40

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO



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

AÑO LIV TOMO XCVII

NUMEROS 463 Y 464

SEGUNDO SEMESTRE

1979

RELATORES:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

AÑO LIV

TOMO XCVII

NUMEROS 463 - 464

SEGUNDO SEMESTRE DE 1979

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

RELATORES:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

CONSEJO DE ESTADO

1979

SALA PLENA

Presidente:

Doctor Jorge Dávila Hernández

Vicepresidente:

Doctor Bernardo Ortiz Amaya

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJEROS:

SECCION PRIMERA

Doctor Alfonso Arango Henao
Doctor Carlos Galindo Pinilla
Doctor Jacobo Pérez Escobar
Doctor Mario Enrique Pérez Velasco

SECCION SEGUNDA

Doctora Aydeé Anzola Linares
Doctor Samuel Buitrago Hurtado
Doctor Alvaro Orejuela Gómez
Doctor Ignacio Reyes Posada

SECCION TERCERA

Doctor Osvaldo Abello Noguera
Doctor Carlos Betancur Jaramillo
Doctor Jorge Dangond Flórez
Doctor Jorge Valencia Arango

SECCION CUARTA

Doctor Jorge Dávila Hernández
Doctor Enrique Low Murtra
Doctor Bernardo Ortiz Amaya
Doctor Alfonso Angel de la Torre

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

CONSEJEROS:

Doctor Humberto Mora Osejo
Doctor Jaime Betancur Cuartas
Doctor Mario Latorre Rueda
Doctor Jaime Paredes Tamayo

FISCALES:

1º *Doctor Alvaro León Cajiao*
2º *Doctora Edné Cohen Daza*
3º *Doctor Carmelo Martínez Conn*
4º *Doctor Euclides Londoño Cardona*
5º *Doctora Clara Forero de Castro*
6º *Doctor Floresmiro Hernández Lerzundy*
(se posesionó el día 25 de septiembre de 1979)

RELATORES:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

PERSONAL DOCENTE CON FUNCIONES ADMINISTRATIVAS. — Régimen Salarial, régimen prestacional o indemnizatorio. Cáracter de docentes para algunos efectos y administrativos en otros. INSPECTORES (Supervisores), constituyen un género de funcionarios docentes administrativos.

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

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

Referencia: Consulta. Radicación N: 1282.

El Señor Ministro de Educación Nacional formula la siguente consulta:

"Se encuentra al servicio del Ministerio de Educación Nacional una serie de funcionarios que ostentando el carácter de docentes, no sólo por su titulación profesional sino también por su clasificación en el Escalafón Nacional, cumplen dentro de la administración educativa del Ministerio, funciones esencialmente administrativas, en forma total o parcial. Total porque todas sus funciones son de carácter administrativo y parcial porque en ciertos casos ejercen funciones docentes y administrativas a la vez".

El Decreto 2512 de 2 de noviembre de 1960 en el Parágrafo de su artículo 5º expresa "Para los efectos del presente artículo (vacaciones) se considerará como personal administrativo de los planteles, el que no desempeña funciones docentes".

A su turno el Decreto 223 de 21 de febrero de 1972, que aunque fuera suspendido y permanece en tal condición en virtud de lo dispuesto por el Decreto 641 de 24 de abril de 1972, la definición que da de la profesión docente, bien puede servir para establecer criterio sobre este particular, y ella expresa:

"ARTICULO 2º La profesión docente de que trata el presente decreto es el ejercicio del magisterio, del profesorado en establecimientos de enseñanza preescolar, primaria, secundaria en sus distintas modalidades, profesional, normalista, especial, de adultos y de la administración educativa. Así mismo, es profesión docente la actividad educativa que realiza el personal docente por medio de la televisión y otros medios de comunicación de masas en programas regulares de carácter escolar oficial o no oficial en general, en aquellas instituciones que imparten enseñanza sistemática y de cuya labor los profesionales en educación y administradores docentes derivan los medios de subsistencia".

Así mismo, el Decreto 224 de 21 de febrero de 1972, actualmente vigente, en su artículo 6º reza: "ARTICULO 6º Los profesionales de la docencia, en ejercicio o inscritos en el Escalafón, que hayan sido o sean llamados a ocupar cargos administrativos relacionados con la enseñanza elemental, secundaria o media, capacitación, supervisión e investigación científica en el Ministerio de Educación Nacional o en organismos descentralizados del Sector Educativo, conservarán el carácter de docentes y disfrutarán de todos los beneficios para efectos de ascenso en el escalafón y pensión de jubilación.

El Decreto Ley 128 de enero de 1977, por el cual se dictó el estatuto de personal docente, que aunque se encuentra suspendido por el Decreto Legislativo, Nº 2608 de 1977, en sus artículos 23 y 26 se determina que "los cargos de director y de rector tienen simultáneamente el doble carácter de docentes y administrativos y serán provistos por concurso". Lo mismo dispone el artículo 26 sobre los inspectores y supervisores nacionales.

El Decreto 174 de 31 de enero de 1975 que reajustó la escala de remuneración para las clases de empleos contempladas en los Decretos 1912 y 2058 de 1973; 594 y 965 de 1974, para los Ministerios Departamentos Administrativos y Superintendencias y los Decretos subsiguientes 540 de 1977; 710 y 1042 de 1978, excepcionaron de los derechos y prestaciones en ellos consagrados "al personal docente de las distintas dependencias de la Rama Ejecutiva", por cuanto éstos se rigen por disposiciones especiales en esta materia.

El Decreto 524 de 20 de marzo de 1975, así como los Decretos subsiguientes y que corresponden a los números 1247 y 1457 de 3 y 29 de junio de 1977, con los cuales se fijaron "las asignaciones del personal de planteles nacionales dependientes del Ministerio de Educación Nacional y se dictaron otras disposiciones", establecían para los docentes un régimen salarial y prestacional especial, el cual consistió en la elevación de los sueldos de las categorías y el reconocimiento de primas de alimentación, alojamiento y economato (artículo 7º) vacaciones proporcionales, liquidables por décimas partes (artículo 4º) y los demás derechos que aparecen determinados en el precitado Decreto 524 de 1975 y en el 715 de 1978.

A los funcionarios administrativos al servicio del Ministerio y a los que sirven en los establecimientos educativos que dependen de éste o se encuentran en el proceso de nacionalización ordenado en la Ley 43 de 1975, les son aplicables con especialidad los Decretos 174 de 1975, 540 de 1977, 710 y 1042 de 1978, con derechos salariales y prestacionales totalmente diferentes a los que disfrutan los docentes tanto en la cuantía como en las condiciones legales de pago.

Caso especial en este aspecto lo constituyen los llamados "Inspectores Nacionales (Supervisores), los cuales en virtud de lo dispuesto en los artículos 5º y 6º del Decreto 524 de 1975, para ocupar dichos cargos deben acreditar como requisito indispensable, su título de licenciados y su remuneración debe correspon-

der a la fijada en la respectiva categoría en el escalafón nacional, más un cuarenta (40%) adicional, mientras dichos cargos, con la excepción en materia de asignación establecida en el artículo 6º del mismo decreto. Pero sus funciones corresponden a las administrativas dentro de la educación oficial. Estos funcionarios en virtud de lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto Ley 224 de 1972, antes transcrito pretenden no sólo ampararse en los derechos sociales y prerrogativos administrativos que otorgan las Leyes a los funcionarios docentes sino también las propias de los funcionarios administrativos. Cuál entonces sería el procedimiento a seguir en este caso especial, siendo así que el Decreto 715 de 1978 y Decreto 1250 del mismo año, que fija "las escalas de remuneración para el personal docente de enseñanza primaria y secundaria y que dependen del Ministerio de Educación Nacional y que prestan sus servicios en los planteles Nacionales y en los nacionalizados por la Ley 43 de 1975 y sus decretos reglamentarios", en su artículo tercero, literal 1), determina que "los Inspectores Nacionales del Ministerio de Educación Nacional, devengarán el sueldo de su categoría más un cuarenta por ciento (40%) de dicha asignación".

"Es por lo expuesto y luego de establecidos los presupuestos y antecedentes legales anteriores, que me permito concretar la consulta sobre el tema que nos viene ocupando así:

1. Qué normas les son aplicables en materia salarial, prestacional, indemnizatoria y demás, a los funcionarios dependientes del Ministerio de Educación Nacional o que presten servicios en Establecimientos Educativos adscritos a éste, que ostentan el doble carácter de docentes y administrativos en forma simultánea, siendo así que para cada uno de estos funcionarios rigen disposiciones especiales y distintas en materia de derechos sociales derivados de la prestación de sus servicios?

2. Cómo los debe considerar la Administración Pública para dichos efectos?

3. A los Inspectores Nacionales (Supervisores) cuáles normas les son aplicables en materia prestacional y salarial, las de los funcionarios docentes o las de los administrativos o simultáneamente ambas, consagrando en este último caso un doble derecho social para estos funcionarios y para ciertos derechos sociales? ".

Hace relación esta consulta, tal vez no sobra advertirlo y por eso ofrece particular dificultad, a la abundante legislación sobre educación, como se puede observar por el número de decretos y leyes citados en ella, legislación que se repite a través de distintos años con variaciones a veces substanciales, y que es, en cierto sentido casuística, con muchos problemas para su interpretación y aplicación. Es conveniente advertir también que para la consideración de esta consulta se tiene en cuenta la legislación citada en ella. Y dentro de esta legislación se destacan, como en seguida se hace, algunas disposiciones que sirven de marco para tratar esta materia.

1. Decreto 224 de 1972 "actualmente vigente" según se expresa en la misma consulta, según el cual se señalan las asignaciones de los Rectores o Directores, Prefectos y Profesores de enseñanza prima-

ria etc. y se establecen estímulos para los mismos funcionarios, que establece entre otras cuestiones:

"Artículo 6º Los profesionales de la docencia en ejercicio o inscritos en el escalafón que hayan sido o que sean llamados a ocupar cargos administrativos relacionados con la enseñanza elemental, secundaria o media, capacitación, supervisión e investigación científica en el Ministerio de Educación Nacional o en organismos descentralizados del sector educativo, conservarán el carácter de docentes y disfrutarán de todos los beneficios para efectos de ascenso en el escalafón y pensión de jubilación.

"Parágrafo. Al terminar en el ejercicio del cargo o cargos para los cuales hubieran sido designados conforme al presente artículo, los docentes tendrán derecho a ser reincorporados a la enseñanza".

2. El Decreto 715 de 1978 por el cual se fijan las asignaciones básicas mensuales de las distintas categorías del magisterio, determina en su artículo 1º que las escalas de remuneración que en este mismo decreto se establecen rigen para el personal docente que depende del Ministerio de Educación Nacional, en el artículo 2º fija las escalas de remuneración y en el artículo 3º en algunos de sus literales prescribe:

"Artículo 3º De otras asignaciones. Fíjanse las siguientes asignaciones básicas mensuales para el personal que a continuación se determina:

a) Para los rectores o directores de educación secundaria, media o superior no universitaria, la asignación básica que corresponda a la categoría a la cual pertenezcan de acuerdo con el escalafón nacional de secundaria, más un treinta por ciento de dicha asignación.

b) Para los directores de las escuelas anexas a las normales nacionales, la asignación básica que corresponda a su respectiva categoría más un veinte por ciento de dicha asignación.

"..... .....

"l) Para los Inspectores nacionales del Ministerio de Educación Nacional el sueldo de su categoría más un cuarenta por ciento de dicha asignación.

"m) Para los supervisores de primaria y secundaria de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, la asignación básica que corresponda a su categoría y el porcentaje adicional que perciban en la actualidad.

El personal docente a que se refiere el presente artículo recibirá las asignaciones básicas mensuales fijadas en los ordinales anteriores, mientras permanezca en ejercicio de las funciones correspondientes a tales cargos".

3. El Decreto 1045 de 1978 que fija las reglas generales sobre prestaciones sociales para los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional determina en su artículos 1º y 2º el campo

de aplicación de este Decreto y en su artículo 45 señala, entre otros y como factor de salario para la liquidación de cesantía y pensiones, la prima de vacaciones.

Hecho lo anterior, y con base en esa legislación, pueden hacerse las siguientes consideraciones:

1. Hay docentes que pasan a la administración pero que al hacer ese paso conservan el carácter de docentes, que no pierden ese carácter; en esto la ley es muy clara. Por eso, ese paso del docente a la administración es por su naturaleza temporal; es decir, no importa el tiempo que el docente permanezca en la administración, puede ser por un espacio limitado de tiempo o prolongarse: al terminarse su permanencia en la administración readquiere plenamente, si puede decirse así, su carácter de docente. Entre otras cosas, por ser así, como lo especifica la ley, conserva durante su paso por la administración, sus beneficios en el escalafón, manteniendo así ese funcionario docente su estabilidad.

2. Al pasar a la Administración, varía la remuneración, se aumenta la asignación de ese funcionario docente. Hay, si se quiere, una compensación por esa tarea administrativa que el docente va a cumplir. Esto tiene varias consecuencias: una, evidente, que ese suplemento, si se le puede dar ese nombre, sólo le recibe el docente mientras desempeña esas tareas administrativas; al regresar a la docencia, al dejar la administración, deja de percibir ese que hemos llamado suplemento, y recibe entonces sólo la asignación que le corresponde como docente; en esto la ley es también muy clara.

3. Esta asignación suplementaria proviene o es un aspecto de una cuestión general que puede servir para tratar toda esta materia. El funcionario docente que pasa temporalmente y mientras dura en la administración entra al régimen de trabajo propio de la administración, entra a quedar cobijado por un nuevo régimen, y no puede ser de otra manera. El funcionario docente, temporalmente, es un funcionario administrativo y como tal queda, en ese aspecto, sometido a las reglas que regulan el trabajo administrativo. Así su horario de trabajo, su continuidad durante el año, sus vacaciones, para mencionar sólo algunos aspectos son aquéllos propios de los funcionarios administrativos. No considerarlo así podría producir una verdadera desorganización en la administración. Por eso, como ya se advirtió, se la da esa compensación o suplemento en su asignación. Pero se insiste, dado que es un funcionario docente, que conserva ese carácter, mantiene los beneficios del escalafón y de la pensión de jubilación que son propias de los docentes.

4. Pero precisamente por pasar al régimen de trabajo que es propio de los funcionarios administrativos adquiere temporalmente, mientras está en la administración, otras características que son propias de ese régimen. Así para referirse a una cuestión concreta, mientras está en la administración, tiene derecho a recibir la prima de vacaciones. Y, se considera, no puede ser de otra manera y otra solución no tendría lógica: si se adquiere el carácter de funcionario administrativo debe adquirir las obligaciones y las condiciones que son propias de quien desempeña tareas administrativas. Esto naturalmente, mientras temporalmente se desempeñan esas funciones administrativas.

En principio y en general el docente que pasa a la administración en cuanto a sus prestaciones sociales le son propias las de los docentes, en cuanto a sus asignaciones básicas están ellas determinadas por la ley, en cuanto a régimen de trabajo queda sometido o cobijado por las que son propias de la administración.

En relación a las preguntas concretas se puede contestar:

1. Aquellos funcionarios que siendo docentes desempeñan funciones administrativas le son aplicables en materia salarial las normas legales que fijan ese salario y en cuanto al régimen de trabajo les es propio el de los funcionarios administrativos. En materia prestacional las que son propias de los docentes. En materia indemnizatoria se rigen por los principios que regulan esta cuestión.

2. La administración pública los debe considerar como establece la ley: continúan siendo docentes para algunos efectos y administrativos en otros, como se consideró en el curso de la consulta.

3. Los Inspectores (Supervisores) no son sino un género de estos funcionarios docentes administradores, y quedan cobijados por las mismas reglas generales que se han expresado. En este último punto cabe anotar que no puede existir "un doble derecho social" como se expresa en la consulta: sus prestaciones son las fijadas para los docentes pues no sería aceptable que se aplicaran normas de uno y otro régimen.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta formulada por el Sr. Ministro de Educación Nacional.

Jaime Betancur Cuartas, (Presidente); *Mario Latorre Rueda, Samuel Arango Reyes, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.



NACIONALIZACION DE MERCANCIA. Intervención de los funcionarios de la Contraloría General de la República. Unica y exclusivamente pueden intervenir en el recaudo de los derechos de aduana, correspondientes a importación de mercancías en ejercicio de las funciones propias de la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración.

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

(Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*)

Referencia: Consulta. Radicación Nº 1301.

El Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público hace la siguiente consulta:

"...1. Al tenor del mandato contenido en el artículo 59 de la Constitución Nacional "la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley" sin que pueda la Contraloría ejercer "funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización".

"2. En desarrollo del referido mandato constitucional, el artículo 2º de la Ley 20 de 1975, orgánica de la Contraloría General de la República, dispone que su titular "ejercerá sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento".

"3. A su turno, los artículos 245 y 246 de la Ley 79 de 1931 preceptúan que "cada manifiesto será revisado inmediatamente después de que lo hagan las autoridades aduaneras, por un fiscal que designará al efecto el Contralor general" y que en el evento de presentarse objeciones sobre la clasificación o el avalúo de la mercancía por parte del funcionario de la Contraloría, "el Administrador mandará hacer otro aforo, por aforadores distintos de los que hubieren hecho el primero" presentado el cual, la decisión administrativa será definitiva.

"4. Así mismo, el Decreto 849 de 1979 dictado en ejercicio de las facultades otorgadas por la Ley 6ª de 1971, consagra precisas y expresas normas sobre el trámite para la nacionalización de las mercancías y sobre los funcionarios que en él deben intervenir, previendo sólo en tres casos la participación de los Auditores Fiscales de la Contraloría, taxativamente señalados en los artículos 17, 18 y 19 que reglamentan la denominada "entrega de la mercancía mediante acta".

"Con base en las consideraciones anteriores y frente a algunas discrepancias que se han presentado entre los funcionarios fiscales y los administrativos, en cuanto a su intervención en el referido proceso de nacionalización se refiere, pregunto a esa Honorable Sala:

"En qué instancia del proceso de nacionalización de una mercancia deben o pueden, según el caso, intervenir los funcionarios de la Contraloría General de la República, y cuáles son las funciones que pueden ejercer teniendo en cuenta su carácter fiscal?".

La *Sala* considera:

1. Dice el artículo 59 de la Constitución Nacional: "La vigilancia de la Gestión Fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley. La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización".

A su vez, el artículo 60 de la misma Carta señala como funciones del indicado organismo estatal, llevar el libro de la deuda pública del Estado; prescribir los métodos de contabilidad de la administración nacional y sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales; exigir informes a los empleados públicos nacionales, departamentales o municipales, sobre su gestión fiscal; revisar y fenecer las cuentas de los responsables del erario; proveer los empleos de su dependencia que haya creado la ley, y las demás que señale la ley.

Por su parte, el artículo 120 del citado Estatuto expresa que corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: "...Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión con arreglo a las leyes";

2. La Ley 20 de 1975, por la cual se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría general de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del Control fiscal y se dictan otras disposiciones, preceptúa en el artículo 2º que "El Contralor General de la República, ejercerá sobre las entidades o personas que a cualquier título reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación, la vigilancia y el control fiscal que le garanticen al Estado su conservación y adecuado rendimiento". Y en el artículo 3º dice que "aplicará sobre las dependencias incluidas en el Presupuesto Nacional, los sistemas de control fiscal que ha venido empleando dentro de sus etapas integradas de "Control Previo", "Control Perceptivo" y "Control Posterior". El Control de estas dependencias administrativas, será ejercido por los Auditores Fiscales o por funcionarios designados por el Contralor, directamente sobre Caja, inventarios, comprobantes, libros, máquinas de contabilidad y sistemas de computación electrónica que se estén utilizando";

El Decreto-Ley 925 de 1976, dictado en base a las facultades de la citada Ley 20 de 1975, establece en el artículo 2º que "El Control Previo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su fiscalización, consiste en examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos

y documentos que las originan o respaldan, para comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos". En el artículo 3º aparece que "El Control Perceptivo que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República en las entidades bajo su control, consiste en la comprobación de las existencias físicas de fondos, valores y bienes nacionales, y en su confrontación con los comprobantes, documentos, libros y demás registros". Y el artículo 4º define: "El Control Posterior que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República, consiste en la comprobación de las transacciones y operaciones ejecutadas por las entidades bajo su control y de sus respectivas cuentas y registros, y en determinar si se ajustan a las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos".

3. Transcritas las anteriores normas jurídicas, resulta interesante para el caso, conocer algunas de las interpretaciones que el Consejo de Estado ha dado a la denominada "Gestión Fiscal" de la Contraloría General de la República, así:

A. En sentencia de la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 26 de abril de 1973, Ponente el Consejero Doctor Carlos Galindo Pinilla, Referencia 1838, se expresa:

"La Constitución Nacional confiere al legislador la competencia para dictar normas reguladoras de la actividad de la administración pública Nacional y al Gobierno la potestad de dictar los reglamentos necesarios para la ejecución de los mismos.

"Este doble poder normativo no lo comparten el Congreso y el Gobierno con la Contraloría General de la República a la cual, la Carta le encomendó un simple poder de vigilancia de la Gestión Fiscal, que debe ejercer dentro de los límites que la propia Constitución y las leyes establecen, y una de estas limitaciones es la de no ejercer 'funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización' ".

"De lo anterior se concluye que la función de la Contraloría debe ser la de velar porque la administración realice su actividad conforme a las leyes fiscales, mas no la de modificar o reglamentar éstas, pues de llegar a hacer esto, invadiría competencias privativas del Congreso y del Gobierno con manifiesta violación de la Constitución Nacional".

B. Esta Sala, en concepto de agosto 4 de 1977, con ponencia del doctor Luis Carlos Sáchica, Radicación número 1159, se pronunció así:

"La Contraloría General de la República tiene como función primordial la de ejercer la vigilancia de la gestión de la administración, de acuerdo con la ley, según lo prescribe el artículo 59 de la Constitución. El mismo precepto aclara, para precisar mejor el ámbito de esa competencia, que dicho organismo no cumplirá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización, criterio que responde al principio de separación de poderes, consagrado en el artículo 55 de aquel estatuto.

"La ley ha desarrollado estos preceptos mediante la definición de lo que se ha de entender por 'gestión fiscal de la administración'. La Ley 20 de 1975, reguladora del control fiscal, determina que tales ges-

tión y control se ejercerán sobre las entidades o personas que, a cualquier título, 'reciban, manejen o dispongan de bienes o ingresos de la Nación' ", para garantizar su conservación y adecuado rendimiento.

"...quien habla de 'control' dice vigilancia, supervigilancia, supervisión, esto es, acción que se ejerce respecto de entes y actos distintos de los que ejercen el control. De donde, resulta evidente que quien controla no debe tener participación alguna en las decisiones objeto del control, pues dicha participación podría equivaler a coadministración y, entonces, se trataría de una especie de auto-control; o el control podría degenerar en indebida intromisión, entrabamiento, o negación de la autonomía del sujeto sometido a su control".

"El fin señalado por la ley al control fiscal no es otro que el mantenimiento y rendimiento de los fondos, valores y bienes a que se refiere; dicho objetivo no exige necesariamente que la vigilancia se extienda a los actos antecedentes y preparatorios de la decisión y, por lo tanto, a la decisión misma, sino que debe concretarse a sus resultados, sin perjuicio de que en el análisis de éstos se puedan examinar aquellos pasos previos, pero simultáneamente con el ejercicio de la potestad administrativa correspondiente".

"Delimitados los procesos de administración y control y los objetivos de este último, es bien fácil entender cuál es la oportunidad y el momento en que procede el control. Según el artículo 2º de la Ley 20 de 1975 el control fiscal opera sobre los actos de recibo, manejo o disposición de bienes o ingresos nacionales, operaciones que están claramente tipificadas en el derecho fiscal".

4. Ya en el aspecto de la Consulta, que es el relativo al trámite para la nacionalización de las mercancías importadas, es de importancia conocerse las normas legales que indican la intervención de la Contraloría y de los Administradores de Aduanas, veamos:

La Ley 20 de 1975, orgánica de la Controlaría General de la República, en su artículo 44 expresa: "para desempeñar el cargo de Auditor Fiscal ante las Administraciones Nacionales de Aduana se requiere además de las calidades previstas en el artículo anterior, tener conocimientos especiales en régimen aduanero, arancel de aduanas y comercio exterior. Parágrafo 1º Las calidades exigidas serán acreditadas mediante certificado expedido por cualquiera de las de Capacitación en materia aduanera, oficialmente reconocidas. Parágrafo 2º Los revisores de documentos y demás funcionarios de la Contraloría que tengan que intervenir en el reconocimiento y aforo de mercancías de importación o exportación, antes de ser asignadas acreditarán su versación en estas materias en la forma señalada en el parágrafo anterior".

Por su parte, el Gobierno Nacional, autorizado por el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971, que puede considerarse ley cuadro según el numeral 22 del artículo 76 de la Constitución Nacional en armonía con el numeral 22 del artículo 120 de la misma Carta, introdujo modificaciones al régimen de aduanas, y en especial por la autorización expresa al contenido en la Ley 79 de 1931 "Orgánica de Aduanas" y al efecto expidió el Decreto 849 de 1979, abril 17, que rige a partir del 15 de mayo último. Este decreto, en lo pertinente a la consulta, reglamenta las funciones así:

Prevé los requisitos que debe llenar el importador para la presentación del manifiesto de Importación (artículo 2º); la aceptación o devolución de dicho manifiesto por parte de la Sección de Comprobación (artículo 3º); la controversia sobre el aforo o el valor de la mercancía y los trámites para su solución (artículos 10, 11, 12, 13, y 14).

El decreto, asi mismo, en los artículos 17, 18 y 19, atribuye a la Auditoría Fiscal la intervención en el reconocimiento y aforo de mercancías importadas, previos a la denominada entrega mediante acta, que corresponde efectuar a los Administradores de la respectiva aduana.

Finalmente, cuando el indicado decreto hace en el artículo 28 derogaciones expresas de artículos de la Ley 79 de 1931 no lo hizo respecto del Capítulo LVI, titulado "Fiscalización por la Contraloría" (artículos 245, 246 y 247), en los que se atribuye al Fiscal de la Contraloría las funciones siguientes:

a) Revisar cada manifiesto de aduana "inmediatamente después de que lo hagan las autoridades aduaneras";

b) Objetar la clasificación o el avalúo de cualquier mercancía, y

c) Revisar las operaciones aritméticas del mismo manifiesto.

Como puede observarse de lo anterior, es fácil deducir la confusión o duda del Ministerio Consultante. Porque, de una parte existen normas de la Ley 79 de 1931 que le atribuyen amplias facultades de intervención en el proceso de nacionalización de mercancías importadas, al fiscal de la Contraloría, mientras que, en el mismo aspecto, el Decreto 849 de 1979, dictado con base en la Ley 6ª de 1971, aunque no hizo derogatorias expresas de las indicadas amplias funciones, preceptuó una intervención más restringida para los Auditores Fiscales, por ejemplo, en cuanto en forma expresa no les atribuye las facultades de intervención para objetar la clasificación o el avalúo de las mercancías.

5. Conocidas la interpretación del alcance Constitucional y legal de la "gestión fiscal" de la Contraloría General de la República, (Sala de Consulta, Radicación 1159, Sección Primera, Sentencia de 26 de abril de 1973, Expediente 1838), y las diversas actividades que aparecen en las normas legales invocadas en la Consulta, señaladas para los Auditores Fiscales y los Administradores de Aduanas, la Sala tiene elementos de juicio para emitir su concepto así:

A) El reconocimiento y aforo de mercancías importadas es diligencia que hace parte del trámite consiguiente a la aceptación del manifiesto de importación, ya que conduce precisamente a la tasación y liquidación de los derechos de aduana y a su posterior recaudo;

B) En el referido proceso de nacionalización de mercancías importadas, es preciso considerar que hay funciones de diversa naturaleza jurídica. Constituye una actuación *exclusivamente administrativa,* propia de los organismos aduaneros de la rama ejecutiva, toda la parte del trámite que atribuye funciones y crea mecanismos para que las Administraciones de Aduana determinen las bases o extremos de una relación tributaria, definan el gravamen, mediante acto reglado, creador de una situación jurídica particular.

Pero en cambio, *la operación de recaudo del gravamen por parte de las Administraciones de Aduana no sería exclusivamente administrativa, sino que también es constitutiva de una gestión fiscal,* en cuanto recae sobre fondos públicos, sujetos al manejo e inversión posteriores, actos que sí son inherentes a la naturaleza propiamente dicha de esa gestión, de competencia de la Contraloría General de la República, mediante los mecanismos propios establecidos, como el control documental, de constatación, de revisión, de conformidad y ajuste legal;

C) Desde el punto de vista constitucional, inicialmente expuesto, se evidencia, además que la delimitación del campo de acción de la Contraloría General de la República a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, conforme a la ley, pero con la prohibición del ejercicio de "funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización", excluye el ejercicio de funciones administrativas distintas, como son en el caso de la consulta, las atribuidas a las Administraciones de Aduana.

Y puesto que la Constitución es norma reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente (artículo 9º de la Ley 153 de 1887), es de concluirse que los artículos 245, 246 y 247 de la Ley 79 de 1931, anteriores a la expedición de los Actos Legislativos número 1º de 1945, artículo 93, y núm. 1º de 1968, artículo 7º, quedaron derogados como contrarios a dichos ordenamientos, y no pueden subsistir por igual razón disposiciones dictadas posteriormente en desarrollo de los artículos de ley citados.

6. CON BASE EN LO EXPUESTO, la Sala responde la Consulta así:

Los funcionarios de la Contraloría General de la República única y exclusivamente pueden intervenir en el recaudo de los derechos de aduana, correspondientes a importación de mercancías, en ejercicio de las funciones propias de la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración.

En los anteriores términos se contesta al Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Jaime Betancur Cuartas, (Presidente); *Humberto Mora Osejo,* (Ausente en la Sesión con excusa); *Mario Latorre Rueda, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

PENSION DE JUBILACION. La Caja Nacional de Previsión Social, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 3135 de 1968, puede asumir, en todo o en parte, el pago de las pensiones de jubilación de los empleados y trabajadores de los establecimientos públicos, empresas comerciales o industriales del Estado, los Departamentos y Municipios, de conformidad con las correspondientes estipulaciones contractuales, dentro de los límites señalados por el mismo precepto. El mayor costo de las pensiones por causa de convención colectiva o laudo arbitral, en defecto de estipulación en contrario debe ser pagado por el contratista y si la Caja Nacional de Previsión Social debe efectuar el reconocimiento de la pensión, tiene derecho a repetir por igual valor.

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

(Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*)

Referencia: Radicación Nº 1299.

Se absuelve la siguiente consulta del señor Ministro de Agricultura:

"Analizando la diversidad de criterios existentes para la aplicación de lo dispuesto por la Ley 4ª de 1975, en relación con las cuotas partes con que deben concurrir las entidades obligadas al reconocimiento y pago de pensiones de jubilación para sus servidores y teniendo en cuenta el compromiso adquirido por el INCORA con sus pensionados, respetuosamente solicito a esa H. Corporación se pronuncie sobre las siguientes inquietudes:

"1. Si de acuerdo con el Decreto 732 de 1976, las Entidades obligadas —en caso de acumulación de tiempo de servicios— deben reajustar las cuotas partes de acuerdo al porcentaje establecido en el momento de autorizarse la mesada pensional.

"2. Si esa participación se extiende a la mesada adicional que debe reconocérseles a los pensionados en el mes de diciembre de cada año.

"3º Si esa obligación se extiende aun a aquellos casos en que se han suscrito convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, etc.".

La Sala considera

1º) Según los artículos 1º y 5º de la Ley 4ª de 1976, 3º y 6º del Decreto Reglamentario Nº 732 del mismo año, el reajuste de la pen-

sión de jubilación y la mesada adicional que reconocen a los pensionados en el mes de diciembre de cada año, deben ser satisfechos por la entidad que tenga a su cargo el pago de la pensión. La ley, por motivos de orden público, le impone esta obligación.

2º) Pero los mencionados ley y decreto no regulan la concurrencia de entidades de derecho público, por acumulación de tiempo de servicios, para el pago de las obligaciones que imponen. La Sala considera que el vacío debe llenarse con las normas y principios generales que regulan la materia, a saber:

a) El artículo 18 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que "el Gobierno procederá a organizar la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior" que comprende, entre otras prestaciones, la pensión de jubilación. El artículo 1º del Decreto 1600 de 1945, en armonía con el artículo 19 de la Ley 6ª de 1945, organizó la Caja Nacional de Previsión Social como un establecimiento público de carácter nacional "a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones oficiales indicadas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, —modificado sucesivamente, en cuanto a la pensión de jubilación, por los artículos 3º de la Ley 65 de 1945 y 27 del Decreto Ley 3135 de 1968— y de las adicionales a que tengan derecho los empleados y obreros nacionales que a ella están afiliados forzosamente y los demás empleados y obreros oficiales que lleguen a afiliarse por el procedimiento facultativo que este decreto determina". El artículo 2º *ibídem* determinó que "son afiliados forzosos de la Caja los empleados y obreros de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, cuyos sueldos, salarios o emolumentos se paguen exclusivamente con cargo al Tesoro Nacional" a condición de pertenecer o de haber pertenecido al servicio público nacional y de "no estar afiliados a otra institución oficial de previsión social". El artículo 4º del Decreto 1600 de 1945 además autorizó a la Caja para admitir, "como afiliados facultativos", "a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que, hallándose afiliados a otra institución oficial de previsión social, deseen contratar con la Caja, individual o colectivamente, la diferencia de prestaciones entre los que consagra el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y las que la respectiva institución les reconoce"; "los demás empleados y obreros nacionales que carezcan de alguno de los requisitos para ser afiliados forzosos" y éstos y los empleados y obreros, forzosos o facultativos, que contraten "las prestaciones adicionales, que la Caja decida asumir" (letras a), b) y c). De manera que, según las indicadas disposiciones, son afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social los empleados y obreros permanentes de la Nación —entendida como persona jurídica de Derecho Público, conforme al artículo 80 de la Ley 153 de 1887— que no estén afiliados a otra institución oficial de previsión social; y facultativos los empleados y obreros nacionales que, sin ser afiliados forzosos, por cualquiera de los motivos señalados por el artículo 4º del Decreto 1600 de 1945, sean admitidos en la institución. Esta distinción entre afiliados forzosos y facultativos, la reitera el artículo 10, ordinales 1º y 2º, del Decreto Ley 434 de 1971. Además, como prescribe el artículo 7º del Decreto 1066 del año en curso, aprobatorio de los estatutos de la Caja Nacional de Previsión Social, "son afilia-

dos adscritos aquellas personas naturales no vinculadas al servicio público, que reciben de la Caja prestaciones asistenciales por mandato de la ley".

b) Por otra parte, el artículo 2º del Decreto Ley 3135 de 1968 no comprende, entre los afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social, a los empleados y obreros de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, los cuales pueden ser afiliados facultativos si, como prescribe, las correspondientes entidades celebran con ella contratos para que tome a su cargo, en todo o en parte, las prestaciones económicas y asistenciales que la ley les reconoce; exceptuada, según el inciso 2º del mismo precepto, la cesantía, que debe serles pagada, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto Ley 3118 de 1968, por el Fondo Nacional de Ahorro.

El mismo precepto autoriza a la Caja Nacional de Previsión Social para asumir, por contrato, total o parcialmente, las prestaciones sociales de los empleados y obreros de los departamentos y municipios. Esto sin perjuicio de que las respectivas entidades de previsión social, creadas con fundamento en el artículo 23 de la Ley 6ª de 1945, tengan a su cargo, en todo o en parte, las prestaciones sociales de los empleados y obreros de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios.

c) Pero también existen, con fundamento en la ley, instituciones especiales de previsión social de carácter nacional, encargadas de las prestaciones sociales de sus afiliados específicos, como la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, la de Retiro de las Fuerzas Militares, la de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional o la de Previsión Social de la Universidad Nacional.

d) Según los artículos 27 del Decreto Ley 3135 de 1968 y 75 del Decreto Reglamentario Nº 1848 de 1969, la pensión de jubilación debe ser pagada al empleado oficial de carácter nacional "por la entidad de previsión social a la cual estuvo afiliado al tiempo de cumplir el tiempo (sic) de servicio requerido por la ley", si se retiró de él sin cumplir la edad necesaria, o por la institución de previsión social "a que esté afiliado al tiempo de retiro", si entonces reúne los dos requisitos concurrentes, edad y tiempo de servicio, necesarios para tener derecho a la pensión. Si el empleado oficial "no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, el reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora" (artículo 75, número 2, del Decreto 1848 de 1969). Lo propio disponen, *mutatis-mutandi*, en relación con los empleados y obreros de los departamentos y municipios, los artículos 21 de la Ley 72 de 1947, 1º y 8º del Decreto Reglamentario Nº 2921 de 1948, y lo mismo es aplicable a los de las intendencias y comisarías (artículos 23 de la Ley 6ª de 1945, 8º del Decreto 2921 de 1948 y 8º de la Ley 153 de 1887).

e) La entidad a la cual prestó sus servicios el empleado y obrero debe pagar la pensión de jubilación, directamente o por conducto de la correspondiente institución de previsión, si ahí permaneció, continua o discontinuamente, durante el mínimo de veinte años que exige la ley. Pero si este lapso de servicio lo cumplió en diferentes

instituciones, todas ellas deben concurrir proporcionalmente al pago de la pensión y, por lo mismo, la encargada de reconocerla y pagarla, conforme a lo expuesto antes, tiene derecho a que las demás le devuelvan sus respectivas cuotas o, como se suele decir, a repetir (artículos 21 de la Ley 72 de 1947, 1º, 2º, 3º y 6º del Decreto Reglamentario 2921 de 1948, 28 del Decreto Ley 3135 de 1968, 72 y 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969). Esta concurrencia no sólo puede ocurrir, como es frecuente, entre la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, sino también, entre entidades de carácter nacional, si ellas tienen Cajas de Previsión Social encargadas de las prestaciones sociales de sus respectivos empleados y obreros, o si éstos sirvieron los veinte años en parte como afiliados forzosos de una Caja y en otra como facultativos o directamente adscritos a un establecimiento público o empresa industrial o comercial del Estado, sin estar afiliados a una institución de previsión social (artículo 2º del Decreto Ley 3135 de 1968).

f) La Ley 4ª y el Decreto Reglamentario 732 de 1976 disponen que los aumentos y la mensualidad adicional que prescriben deben ser pagados por las entidades que hayan reconocido las pensiones de jubilación. Pero la Sala entiende que no se trata de una obligación indiscriminada que les impone la ley de pagar esos mayores costos, sino que ella debe ser deducida de los principios jurídicos, antes expuestos, que rigen la institución, a saber:

1) Los aumentos de las pensiones de jubilación, dispuestos por la ley y decreto indicados, deben ser pagados por las entidades que las reconocieron, como una obligación unilateral que les impone la ley, si por causa de la vinculación y el tiempo servido, debían cubrirlas íntegramente.

2) Si las pensiones de jubilación se reconocieron en concurrencia con otras entidades, porque los beneficiarios sirvieron a dos o más de ellas, los aumentos dispuestos por la Ley 4ª de 1976, que deben ser liquidados y pagados por las que reconocieron las pensiones, deben distribuirse, en proporción directa al tiempo servido, entre aquellas a las cuales prestó sus servicios el empleado oficial. En este caso, la institución que debe liquidar el aumento, previo el procedimiento legal y reglamentario, antes indicado, tiene derecho a repetir.

3) Lo expuesto en los dos puntos anteriores es aplicable a la asignación mensual que el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 reconoce, en el mes de diciembre de cada año, a los pensionados o a sus causahabientes. Así también lo ha entendido el artículo 3º del Decreto Reglamentario Nº 2567 de 1946 en relación con la Caja Nacional de Previsión Social.

4) Las instituciones de previsión social o las correspondientes entidades, según el caso, están obligadas a pagar, en todo o en parte, en proporción al tiempo servido, las pensiones de jubilación, respectivamente, de sus afiliados forzosos o empleados u obreros, *en la cuantía determinada por la ley,* en ella incluidos los aumentos que prescriba.

5) En relación con los trabajadores oficiales, el mayor valor de las pensiones de jubilación por concepto de convenciones colectivas de trabajo o laudos arbitrales, en la hipótesis anterior, debe ser pa-

gado, en todo o en parte, en este caso en proporción al tiempo servido, por las correspondientes entidades de previsión social o instituciones, a cuyo servicio estén o hayan estado vinculados, obligadas por las correspondientes convenciones o laudos. Por consiguiente, si hay concurrencia, y si la entidad que debe reconocer la pensión no es la obligada a asumir ese mayor costo, previo el procedimiento legal y reglamentario, tiene derecho a repetir por igual valor. Este principio que se deduce para todos los casos del conjunto de la institución, así fue reconocido, en relación con la Caja Nacional de Previsión Social, por el Decreto Reglamentario Nº 2567 de 1946, a saber:

> Artículo 3º "La Caja Nacional de Previsión Social, además de las prestaciones sociales consagradas en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 11 del Decreto 1600 del mismo año, deberá atender a cualesquiera otros beneficios o prestaciones adicionales a que sus afiliados tengan derecho por razón de disposiciones especiales, convenciones colectivas o fallos arbitrales, atendidos directamente por el respectivo Ministerio, establecimiento, institución o empresa oficial, y sin perjuicio de su oportuno reembolso de su mayor costo por parte de la entidad obligada a reconocerlos".

6) La Caja Nacional de Previsión Social, de conformidad con el artículo 2º del Decreto Ley 3135 de 1966, puede asumir, en todo o en parte, el pago de las pensiones de jubilación de los empleados y trabajadores de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del Estado, los departamentos y los municipios, de conformidad con las correspondientes estipulaciones contractuales, dentro de los límites señalados por el mismo precepto. En este caso, el mayor costo de las pensiones, por causa de convención colectiva o laudo arbitral en defecto de estipulación en contrario, debe ser pagado por el contratista y, si la Caja Nacional de Previsión Social debe efectuar el reconocimiento de la pensión, tiene derecho a repetir, por igual valor.

En esta forma la Sala absuelve la consulta del señor Ministro de Agricultura. Transcríbesele en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas, (Presidente de la Sala); *Mario Latorre Rueda, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo*, (Se excusó).

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

ACUERDO SUBREGIONAL Y LA INCORPORACION DE SUS NORMAS AL DERECHO INTERNO. Consideraciones de carácter general relacionadas con el "fenómeno integracionista" y consecuencias de carácter jurídico que este proceso implica. La integración como fenómeno jurídico. La supremacía que rodea el órgano comunitario como fundamento de la elaboración de la norma en el Derecho de integración.

Definición de Supranacionalidad críticas al Derecho de la Integración por considerarlo violatorio de la soberanía de los Estados. Incorporación de la norma supranacional al Derecho interno, determinación sobre si su aplicación tiene efecto inmediato o si por el contrario tal efecto requiere de una previsión expresa de derecho interno en cada uno de los países miembros. Normas supranacionales indirectas y normas supranacionales directas. Artículo 21 del Reglamento de la Comisión.

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

(Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo*)

Referencia: Consulta. Radicación Nº 1294.

El señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación, en comunicación de fecha 21 de mayo del corriente año, somete a consideración de la Sala la siguiente consulta:

"Me permito someter a su consideración el interrogante consistente en si las Decisiones 124 y 125 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, cuyos textos acompaño, requieren un decreto del Gobierno para su aplicación en Colombia o si, por el contrario, son de aplicabilidad directa e inmediata en el ámbito nacional.

"Los hechos y la normatividad que dan lugar a esta consulta son los siguientes:

"1. La Comisión del Acuerdo de Cartagena, en su XXIII período de sesiones en Caracas, aprobó las Decisiones 124 y 125 sobre tratamiento del capital neutro, como consta en el acta final respectiva de fecha 16 de diciembre de 1977.

"2. Durante algunos meses, consideró este Departamento que era conveniente esperar un pronunciamiento de la Junta del Acuerdo o del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia sobre la aparente incompatibilidad entre la finalidad política de las Decisiones mencionadas y lo establecido por el artículo 51 de la Decisión 24 (Decreto 1900/73), así como por algunas normas

legales internas (artículo 42, Código Fiscal, y artículo 63 Decreto 150/76).

"3. Si ahora se expidiera el decreto, el Gobierno Nacional estaría reconociendo un posible incumplimiento suyo respecto de dichas Decisiones, durante el tiempo transcurrido entre la fecha de su aprobación —16 de diciembre de 1977— y la futura fecha de expedición del decreto, con la eventual responsabilidad internacional que de ello pudiese derivarse.

"4. De acuerdo con el artículo 21 de la Decisión 6 de la Comisión —que anexo— cuando las Decisiones impliquen obligaciones para los Países Miembros y no indiquen en su artículo final la fecha de su "entrada en vigor", como es el caso de las Decisiones 124 y 125, se tendrá como tal la fecha "de aprobación del acta final respectiva", lo cual impone su aplicación directa en los Países Miembros y haría innecesaria su reproducción en un decreto interno, en armonía con jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia (Sentencia de febrero 27/75 sobre Ley 8ª/73), entendiéndose según lo dicho por la Corte, que al dictar tal decreto, asume el Gobierno la responsabilidad internacional que corresponda.

"5. En el mismo sentido de la citada Decisión 6, el proyecto definitivo del artículo 3º del Tratado próximo a firmarse por los Países Miembros, mediante el cual se crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y cuya copia adjunto, consagra de manera aún más explícita, la aplicabilidad directa de las Decisiones de la Comisión en los países miembros, salvo en los casos en que las mismas decisiones dispongan para tal efecto la expedición de normas internas en dichos países...".

Consideraciones de la Sala

La importancia del tema propuesto a estudio de la Sala constituye ocasión propicia para hacer algunas consideraciones de carácter general relacionadas con el "fenómeno integracionista" y sobre las consecuencias de carácter jurídico que este proceso implica.

Es un hecho evidente que los grandes avances logrados por el hombre en el campo científico y tecnológico, especialmente a partir de la década del cincuenta, trajeron como consecuencia un cambio en el marco de su actividad tradicional. La era del Jet y de las comunicaciones por satélite, lo acercaron, por así decirlo, más a sus semejantes, sacándolo del ámbito de sus fronteras nacionales para demandarle una real participación en el plano universal, en orden a colaborar en la solución de los problemas que afectan a un mundo complejo, en estado permanente de transformación y cambio.

Surgieron, entonces, motivaciones de diferente naturaleza: históricas unas, sociales, económicas, políticas otras, etc., que indicaron al hombre y a los pueblos la necesidad de adoptar fórmulas de integración como el medio más adecuado de satisfacer comunes intereses.

El fenómeno integracionista se presenta entonces, como un fenómeno múltiple dada la gran variedad de facetas que puede comprender. En algunos casos la realización de objetivos de carácter

eminentemente económicos será el factor determinante de la integración; en otros, el elemento prevaleciente estará referido a la obtención de niveles adecuados en el desarrollo social de los países que conforman las entidades integracionistas. También habrá ocasiones en que problemas y propósitos comunes de orden cultural, serán los determinantes de esta clase de acuerdos.

La integración, finalmente, puede comprender también aspectos de carácter político. Esta idea que en definitiva vendría a constituir la culminación del proceso integracionista, fue objeto de especial examen por los países del viejo mundo en el año de 1954, cuando estuvo a su consideración el proyecto de crear la comunidad política europea.

La experiencia histórica registra ejemplos de integración en varias regiones del mundo. En todos estos procesos los elementos de naturaleza económica se han constituido en factor aglutinante. Lo demuestra la experiencia del Mercado Común Europeo en el viejo continente, y lo propio puede afirmarse, en el ámbito latinoamericano respecto a los objetivos que animan la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, el Mercado Común Centroamericano y el llamado Pacto Subregional Andino.

En los países en vía de desarrollo, como el nuestro, los propósitos y políticas tendientes al estrechamiento de vínculos económicos con países vecinos adquieren aún mayor trascendencia. Las necesidades de estas naciones de alcanzar un mayor crecimiento económico y bienestar social se han visto tradicionalmente constreñidas por diversos factores limitantes: La pequeñez de nuestros mercados internos; la sub-utilización de la capacidad industrial instalada a que el anterior fenómeno conduce; la insuficiencia de capitales que se vinculen al esfuerzo del desarrollo nacional; la necesidad de adoptar mecanismos que regulen y controlen las operaciones de las inversiones extranjeras en los países receptores y la vulnerabilidad de las economías nacionales, aisladamente consideradas, frente a los países desarrollados, particularmente en lo que hace referencia con la adquisición de tecnología foránea, son factores determinantes del propósito de integración, a cuya solución se propende dentro del correspondiente marco del acuerdo subregional.

La integración como fenómeno jurídico

Si parece indudable que el fenómeno integracionista se presenta como una expresión moderna de las relaciones internacionales, no es menos cierto, que este proceso, para su desarrollo exigió la necesidad de crear un derecho específico, que por sus características propias, —agilidad y elasticidad jurídica— se ajustara a la realidad y al dinamismo que exige la integración económica.

"Cuando se planteó la tesis integracionista, expresa el doctor José J. Caicedo Perdomo, los Estados se dieron cuenta que el derecho internacional existente no les ofrecía los procedimientos y las técnicas jurídicas para llevarla a cabo. El proceso de la elaboración de las normas de derecho internacional, así como el sistema de solución pacífica de las controversias, no permitían actuar con la elasticidad y agilidad necesarias. Ante esa situación los Estados no quisieron iniciar una

reforma total del derecho internacional sino más bien crear una rama específica de ese derecho cuyas características jurídicas constituyeran excepciones a los principios generales adoptados por la comunidad internacional".

En efecto, dentro de la concepción clásica del derecho internacional, el Estado era el único sujeto de los derechos y obligaciones de carácter internacional. El ámbito a que se extendía su aplicación estaba circunscrito a las relaciones exclusivamente exteriores de los Estados. Su función se orientaba a coordinar la voluntad de los Estados sobre la base del consentimiento prestado por ellos, dentro de un criterio esencialmente individualista, orientado con exclusividad a proteger intereses nacionales.

En el proceso integracionista el derecho que nace a la vida jurídica como consecuencia de este fenómeno se aparta sustancialmente de las etapas o secuencias normativas de uso corriente en el derecho internacional. En la doctrina clásica la norma de derecho internacional solamente obliga a los Estados cuando se hayan satisfecho los requisitos para su elaboración, exigidos en sus diferentes etapas: negociación, firma, aprobación interna y ratificación. "Para que una norma de derecho internacional sea obligatoria, es indispensable que haya sido negociada y firmada por plenipotenciarios cuya situación sea conforme a las leyes internas de cada país. El acuerdo debe ser aprobado posteriormente en el ámbito interno por una ley aprobatoria expedida por el Congreso". Pero aun con tal aprobación el tratado o acuerdo no adquiere eficacia hasta que el gobierno y las otras partes contratantes manifiesten su acuerdo final, por medio de ratificación o en cualquier otra forma aceptada.

Se expresó anteriormente, cómo en razón de la agilidad jurídica que exige el fenómeno integracionista, su proceso normativo se separa del empleado en el Derecho Internacional tradicional. En el derecho de integración la elaboración de la norma se realiza con fundamento en el concepto de supranacionalidad que rodea al órgano comunitario.

La supranacionalidad se ha definido como "la competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones directamente obligatorias en el territorio de los Estados Miembros sin la necesidad de una incorporación en el ordenamiento jurídico nacional".

"La adquisición de poderes reguladores por los órganos comunitarios, en el derecho de integración económica, expresa la Corte Suprema de Justicia en fallo de 27 de febrero de 1975, viene de un traslado de competencias que las partes contratantes les hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y así se opera, pues, según terminología corriente, un cambio, una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional".

Dentro del mismo criterio se expresó la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas en el fallo VÁN CEND - Y LOOS, del 5 de febrero de 1963:

"La Comunidad constituye un nuevo orden jurídico en provecho del cual los Estados han *limitado,* aunque en aspectos restringidos

sus derechos soberanos". (Derecho de la Integración: Nuevo Fenómeno de las Relaciones Internacionales, página 29).

En el fallo consta contra en el del 15 de julio de 1964 se dijo:

"Al establecer una comunidad de duración ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de una capacidad de representación internacional y más particularmente de poderes reales surgidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los estados a la comunidad, éstos han limitado, aunque sea en terrenos restringidos sus derechos *soberanos* y creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos".

"La transferencia efectuada por los Estados, de su orden jurídico interno en beneficio del orden jurídico comunitario, de los derechos y obligaciones que corresponde a las disposiciones del tratado, trae aparejada una limitación definitiva de sus derechos soberanos sobre la cual no podría prevalecer un acto unilateral incompatible con la noción de Comunidad". (Citas de Pierre Pescatore).

Coincidente con el mismo criterio adoptado por la Corte el Doctor Caicedo Perdomo expresa: "El fundamento de esa competencia supranacional, sea cual fuere la teoría utilizada, aparece en el tratado negociado, firmado, aprobado y ratificado por los Estados, de acuerdo con las normas tradicionales del derecho de los tratados".

"Esta competencia, expresa el mismo autor se caracteriza por la autonomía del órgano internacional, por la estricta obligatoriedad de la norma aprobada y por su aplicación directa sin la necesidad de su incorporación en el arbitrio jurídico interno de los Estados por medio de un acto del poder ejecutivo o del poder legislativo".

Estudiosos del Derecho Constitucional han formulado serios reparos al Derecho de Integración por considerarlo violatorio de la soberanía de los Estados. Expresan ellos que al aprobarse tratados integracionistas, los Estados están delegando competencias que no pueden delegar sin afectar directamente a su soberanía nacional.

En rigor la observación tiene plena validez a la ley del concepto clásico de soberanía, entendida, como el "conjunto de atributos inherentes a la personalidad del Estado".

Esta concepción de la soberanía, se avenía, por los demás, con el pensamiento político del Siglo XVIII y con la conformación del mundo de esa época, constituido por países en total estado de aislamiento.

Nuestra realidad contemporánea, sinembargo, nos muestra una situación diferente. Los fenómenos económicos han hecho del mundo moderno un mundo interdependiente. "Cada país, cada mercado depende de otros países y de otros mercados". Esta interdependencia limita el concepto de soberanía tal como fue entendido en el siglo pasado. Hay que acudir, pues, a una noción real y objetiva de este concepto que cambie e identifique los términos soberanía y derecho; derecho y límite de la actuación jurídica del poder del Estado.

Dentro de este criterio podría intentarse una aproximación al concepto moderno de soberanía, expresando que ésta consiste en las

competencias que de manera exclusiva ejerce un Estado independiente dentro de su territorio, pero sujeto a las obligaciones nacidas de sus compromisos contraídos con otros estados u organizaciones internacionales.

La aceptación de los criterios expuestos está tácita en las motivaciones dadas por la Corte Suprema de Justicia a su fallo de 27 de febrero de 1975 proferido dentro de la acción de inconstitucionalidad de los artículos 2º y 4º de la Ley 8ª de 1973, por la cual se aprobó el Acuerdo Subregional Andino.

El acuerdo subregional y la incorporación de sus normas al Derecho Interno

Se expresó en considerandos anteriores que el concepto de supranacionalidad trasciende como una modalidad específica de algunas organizaciones internacionales, dotándolas de competencia para tomar decisiones directamente obligatorias en el territorio de los Estados Miembros. Esta función se ejerce por conducto de los órganos o autoridades comunitarias a los cuales el Pacto o el Acuerdo les haya atribuido aptitud normativa.

En el Pacto Subregional Andino, la *Comisión* es el órgano con competencia normativa. A través de actos, que toman el nombre de *Decisiones* "expide legislación vincular para los Estados y los sujetos de derecho que actúan en el seno del mercado andino".

"Tales reglas expedidas por la entidad andina —expresó la Corte en el fallo citado—, rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto; y sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieran el desarrollo de trámites nacionales (v. artículos 6º, 7º, 29, 30, 33, 48, 50, 66, 75, 82, 109 y 27, 28, 31, 52, 57, 61, 64, 65, 68, 79, 80, 104 y 110)".

En efecto el artículo 6º del Pacto expresa:

"La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y está constituida por un representante Plenipotenciario de cada uno de los gobiernos de los países miembros. Cada gobierno acreditará un representante titular y un alterno. La Comisión expresará su voluntad mediante decisiones".

Y el artículo 7º por su parte, dispone:

"Corresponde a la Comisión:

"a) Formular la política general del Acuerdo y adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de sus objetivos.

"b) Aprobar las normas que sean indispensables para hacer posibles la coordinación de los planes de desarrollo y la armonización de las políticas económicas de los países miembros.

"....."

Finalmente el artículo 11 del Acuerdo expresa:

"La Comisión adoptará sus decisiones con el voto afirmativo de los dos tercios de los países miembros. Se exceptúa de esta norma general:

"a) Las materias incluidas en el Anexo I del presente Acuerdo, en las cuales la Comisión adoptará sus decisiones por los dos tercios de votos afirmativos y sin que haya voto negativo".

Las materias a que se refiere el ordinal anterior están relacionadas con las pautas que deben seguirse "para la Autorización, Registro y Control de la Inversión Extranjera".

Se advierte por el texto de las normas que han sido objeto de consideración, cómo la obligatoriedad de la norma supranacional, además de fundamentarse en las disposiciones del tratado, adquiere su fuerza vinculante en razón de la votación efectuada conforme a los requisitos establecidos en el acuerdo constitutivo del organismo integracionista. Por esta razón los representantes de los Estados en la Comisión del Acuerdo son Plenipotenciarios que pueden con su voto comprometer al Estado y manifestar mediante ese voto el consentimiento del Estado para someterse internacionalmente a esa norma supranacional.

En la apreciación del fenómeno de incorporación de la norma supranacional al derecho interno, surge como cuestión previa la de determinar si su aplicación tiene efecto inmediato o si por el contrario tal efecto requiere de una previsión expresa de derecho interno en cada uno de los países miembros.

El problema que se plantea fue objeto de un amplio debate de carácter jurídico con ocasión de la expedición del Decreto Nº 1299 de 1971, por el cual el Gobierno Nacional *puso en vigencia* (el subrayado es de la Sala) el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías "expedido por el Acuerdo de Cartagena".

Parece pertinente traer al caso que el artículo 27 del Acuerdo dispuso que antes del 30 de diciembre de 1970 la Comisión a propuesta de la Junta, aprobaría y sometería a la consideración de los Países Miembros un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros, y entre otros sobre marcas, patentes, licencias y regalías. Los Países Miembros, expresa el artículo, "se comprometen a adoptar las providencias que fueren necesarias para poner en práctica este régimen dentro de los seis meses siguientes a su aprobación por la Comisión".

Dentro de los términos de la norma referida, la Comisión del Acuerdo de Cartagena expidió la Decisión 24, complementada posteriormente en la Decisión 37, constitutiva de "El Régimen Común de tratamientos a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías".

El Gobierno Nacional consideró que para dar vigencia a las citadas normas dentro del ámbito interno del país se requería su adopción mediante la expedición de un instrumento jurídico. Fue así como se expidió el Decreto 1299 de 1971, por el cual se puso en vigencia el referido régimen de capitales.

Diversas consideraciones se tuvieron en cuenta para la decisión gubernamental. Por una parte, se partió del supuesto de que el Acuerdo de Cartagena constituía un desarrollo del Tratado de Montevideo. Que como el citado tratado había sido aprobado por la Ley 88 de 1961, y el artículo 2º de dicha ley facultó al gobierno para adoptar las medidas conducentes al desarrollo de dicho convenio, siendo el régimen de capitales una norma expedida por un organismo internacional creado dentro del marco del acuerdo del Tratado de Montevideo, el gobierno estaba facultado para expedir el decreto que lo pusiera en vigencia.

Tal es el razonamiento de carácter jurídico que parece desprenderse de los considerandos de dicho decreto.

Sinembargo si se repasan los antecedentes de la expedición del decreto en cuestión, no pueden dejar de mencionarse las consideraciones contenidas en el Acta final correspondiente al cuarto período de sesiones extraordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena cuyo texto se transcribe a continuación:

"La Comisión estimó conveniente que, de conformidad con las modalidades jurídicas propias de cada país, *se dicten los decretos que pongan en vigor el mencionado régimen común.* Recomendó que, la Decisión 24 se recoja íntegramente en un instrumento único, mientras las disposiciones reglamentarias y de otro género que sean necesarias para aplicar el régimen se expidan en instrumentos separados, los cuales pueden ser inclusive simultáneos. Si fuere necesario completar el texto de la Decisión Nº 24 con disposiciones tendientes a adoptarlo a las modalidades jurídicas nacionales, se convino que, en ningún caso, ellos podrían referirse a materias de interpretación ni a aspectos reglamentarios que sean competencia de la Comisión".

El decreto fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia, demanda sobre la cual recayó el pronunciamiento de esta Corporación, fechado el 20 de enero de 1972, cuyos considerandos desconocen absolutamente el alcance que dio el decreto demandado a las Decisiones 24 y 37 de la Comisión en el sentido de su obligatoriedad original y propia, atribuyendo, de paso, a tales Decisiones el carácter de un Tratado Internacional autónomo. En efecto, reproduciendo conceptos anteriores la Corte estimó: "Ni se diga que existe un derecho de las comunidades internacionales conforme al cual ciertas estipulaciones de tipo económico consagradas en pactos multilaterales por elásticas, dan vida, así como así, a organizaciones diferentes y les confieren poderes superiores a los que son ajenos de ordinario a los estados, aisladamente considerados en el manejo de sus asuntos exteriores. No: ese derecho no existe ni por semejas".

De acuerdo con lo expuesto la Corte declaró inexequible el Decreto Nº 1299 de 1971.

Sinembargo, fue la misma Corte la que en sentencia de 27 de febrero de 1975 que desató la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 2º y 4º de la Ley 8ª de 1973, la que opuso consideraciones diferentes a las que acaban de mencionarse y cuyo fundamento estriba precisamente en el carácter obligatorio de las normas supranacio-

nales. "Cuando una norma de derecho regional deba aplicarse, su ejecución se lleva a cabo por mérito propio, directamente, o en la forma que disponga la carta comunitaria o el órgano regional competente y según diga en último término, el ejecutivo colombiano".

Si no se entiende muy claramente cómo la voluntad del ejecutivo colombiano pueda regular, en últimas, la aplicabilidad de las normas comunitarias, sí resulta evidente que para la Corte existen normas cuya ejecución "se lleva cabo por mérito propio, directamente, o en la forma que disponga la Carta Comunitaria o el órgano regional competente...".

Aquí la Corte, como los doctrinantes, plantean la distinción entre normas supranacionales indirectas, es decir que requieren incorporación en el ordenamiento jurídico interno para que puedan surtir efectos jurídicos obligatorios y normas supranacionales directas, es decir normas que surtan efectos jurídicos en el territorio de los Estados sin la necesidad de incorporarlas.

Viene al caso, entonces, examinar si las Decisiones 124 y 125 expedidas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena durante el vigésimo tercer período de sesiones (12 a 16 de diciembre de 1977) y aprobadas por Acta final de fecha 16 de diciembre de 1977, se asimilan o no al tipo de normas que la Corte y los tratadistas han distinguido como de aplicación directa o de necesaria incorporación al derecho interno mediante un acto expreso.

Es precisamente el artículo 21 del Reglamento de la Comisión (Decisión Nº 6) el que al efecto dispone:

"El texto de la Decisión en su parte resolutiva estará dividido en artículos. En los casos en que sus disposiciones impliquen obligaciones para los Países Miembros o para los Órganos del Acuerdo, se indicará la fecha de su entrada en vigor en el artículo final. En caso contrario, se entiende que la fecha correspondiente es la de aprobación del Acta final de la reunión respectiva".

Del texto de tal artículo se infiere que para efectos de su entrada en vigor dos son las clases de Decisiones que puede expedir la Comisión del Acuerdo: las primeras, las que implican obligaciones para los Países Miembros o para los órganos del Acuerdo. Obligaciones para los Países Miembros serían las derivadas de la necesidad de adoptar mediante actos de derecho interno el contenido mismo de la Decisión; en otras palabras, incorporación nacional del Derecho Comunitario como requisito indispensable de su vigencia. O, con otra perspectiva, vendrían a ser normas de supranacionalidad indirecta las que por requerir tal incorporación no podrían entrar en vigor sino al cumplirse aquélla, sin perjuicio de que la Comisión señalare una fecha límite para cumplirla.

La vigencia de la Decisión incorporada tendría entonces, como fecha la que el acto de incorporación señalare.

Desde luego es la propia Comisión la que indica en la respectiva Decisión o al aprobar el Acta final correspondiente la fecha de su entrada en vigor, según la naturaleza de la que expida.

La segunda clase de decisiones que puede expedir la Comisión, o sea, aquellas que no implican para los Países Miembros, obligaciones conexas con la adopción de actos de derecho interno, conformaría las denominadas normas de supranacionalidad directa, cuya entrada en vigor la determinaría la fecha de aprobación del Acta final de la reunión respectiva.

Si las Decisiones 124 y 125, no indican en el artículo final la fecha de su entrada en vigor, porque no implican para los Países Miembros obligación de adoptarlas mediante actos de derecho interno, su condición de normas de supranacionalidad directa es indiscutible y su entrada en vigor está determinada por la fecha de aprobación del Acta final de la reunión respectiva: 16 de diciembre de 1977.

Esta exégesis del artículo 21 de la Decisión Nº 6 se afianza cuando se considera que el nuevo tratado sobre creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena incorpora dentro del ordenamiento jurídico de tal Acuerdo una norma concebida en los siguientes términos:

"*Artículo* 3º Las Decisiones de la Comisión serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

"Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Se confirma así que la vigencia de las Decisiones de la segunda clase se entiende referida al territorio de los Países Miembros, sin condicionamiento derivados de mecanismos autónomos de Derecho Interno, propios de cada País Miembro. Es una vigencia sin fronteras nacionales, no asimilable a la de actos de derecho interno, circunscrita al territorio del Estado que los expide, y cuya regulación sólo puede depender del propio organismo comunitario, investido de plena autonomía para expedirla. De lo contrario, no habría obligaciones que entraran en vigor, o, en otros términos, las Decisiones de la Comisión del Acuerdo quedarían sin obligatoriedad.

En consecuencia, las Decisiones de esta segunda clase son obligatorias en el ámbito territorial de los Países Miembros a partir del día de aprobación del Acta final de la respectiva reunión y sólo a partir de dicho día. Con esta fecha de entrada en vigor resultaría incompatible cualquiera otra que fijara un País Miembro.

Ante lo expuesto esta Sala debe concluir que las Decisiones 124 y 125 del Acuerdo de Cartagena, por el efecto inmediato de su aplicación no requiere la expedición de acto alguno para entrar en vigencia.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del señor Jefe del Departamento Nacional de Planeación.

Jaime Betancur Cuartas, (Presidente de la Sala); *Mario Latorre Rueda, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

SUBSIDIO DE ALIMENTACION. — El artículo 9º del Decreto Ley 2924 de 1978 no exige, como requisito indispensable para percibir subsidio de alimentación, que el empleado trabaje en jornada continua. Lo reconoce en cuantía de $ 500.00 mensuales, a todos los empleados de los "Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades administrativas especiales" que devenguen una remuneración básica no superior a $ 15.000.00, salvo si se encuentran en vacaciones o en licencia superior a 15 días.

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

(Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo*)

Referencia: Radicación Nº 1322

Se absuelve la siguiente consulta del señor Ministro de Salud Pública:

"De acuerdo a las facultades otorgadas por el Decreto 1876 de 1970, diferentes instituciones establecieron la jornada continua para sus funcionarios y empleados.

"Posteriormente crearon primas de alimentación a favor de los empleados que laboraban en jornada continua, asumiendo el pago del 50% del valor del almuerzo diario.

"Como se ve más adelante disposiciones posteriores modificaron estas normas y establecieron que dichos auxilios o primas de alimentación se pagarían sin considerar si el trabajador laboraba en jornada continua o lo hacía de manera discontinua.

"Posteriormente, se han dictado varios acuerdos para reglamentar la prima de alimentación pero siempre se ha tenido en cuenta como requisito esencial, para disfrutar de este beneficio, el de que los empleados laboren en jornada continua.

"Mediante el artículo 51 del Decreto 1042 de 1978 se dispuso que las entidades reconocieran y pagaran a sus empleados que tuvieran una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala del nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos, 'siempre que trabajen en jornada continua' ".

"El artículo 9º del Decreto 2924 del 28 de diciembre de 1978 estableció a favor de los empleados a quienes rige el mismo decreto y que devenguen remuneración básica no superior a $ 15.000. 00 un subsidio de alimentación de $ 500.00 mensuales.

"La misma norma establece como excepciones al pago de este subsidio las siguientes: a) Cuando el funcionario disfrute de vacaciones; b) Cuando se encuentre en licencia superior a 15 días.

"Se pregunta:

"Es requisito indispensable, de conformidad con el artículo 51 del Decreto 1042 de 1978, para disfrutar del subsidio de alimentación que el empleado labore en jornada continua o debe tenerse en cuenta el texto del artículo 9º del Decreto 2924 del mismo año que estableció este subsidio, en cuantía de $ 500.00 para los empleados que devenguen remuneraciones básicas inferior (sic) a $ 15.000.00 con las únicas excepciones ya enunciadas, sin tener en cuenta que laboren o no en jornada continua?".

La Sala considera

1º) El artículo 51 del Decreto Ley 1042 de 1978 prescribía que, salvo los casos en los cuales los organismos administrativos suministren alimentación a los empleados, "las entidades señaladas en el artículo 1º de este decreto reconocerán y pagarán a aquellos de sus empleados que tengan una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos diarios, siempre que trabajen en jornada continua". La remuneración básica a que se refería el precepto, según el artículo 20 del mismo decreto, era de $ 2.800.00 en 1978.

2º) El artículo 9º del Decreto Ley 2924 de 1978 dispuso que "a partir del 1º de enero de 1979, el subsidio de alimentación para los empleados públicos a quienes rige el presente decreto y que devenguen remuneraciones básicas no superiores a $ 15.000.00 será de $ 500.00 mensuales pagaderos por las respectivas entidades. No se tendrá derecho a este subsidio cuando el funcionario disfrute de vacaciones o esté en licencia superior a 15 días".

3º) Es claro que el artículo 9º del Decreto Ley 2924 de 1978 subrogó el artículo 51 del Decreto Ley 1042 del mismo año, porque regula de modo completamente diferente el derecho a percibir subsidio de alimentación. En efecto, varió el término de referencia, la remuneración básica mensual, la cuantía de la suma que se reconoce por tal concepto y no condicionó el derecho al subsidio a que el trabajo se cumpla "en jornada continua".

4º) De este modo el precepto excluyó del derecho a percibir el subsidio a los empleados cuya remuneración básica sea superior a $ 15.000.00 y a quienes disfruten de vacaciones o estén "en licencia superior a 15 días". En relación con este último aspecto, si el subsidio de alimentación hace parte de la remuneración, como prescribe el artículo 42, letra e), del Decreto Ley 1042 de 1978, lo lógico habría sido, por una parte, reconocer al empleado el derecho a percibir subsidio de alimentación durante las vacaciones, que son remuneradas, y, por otra, en caso de licencia, pagarlo en proporción directa al tiempo servido.

Por lo expuesto, la Sala absuelve la consulta del señor Ministro de Salud Pública en los siguientes términos:

El artículo 9º del Decreto Ley 2924 de 1978 no exige, como requisito indispensable para percibir subsidio de alimentación, que el empleado trabaje en jornada continua. Lo reconoce, en cuantía de $ 500.00 mensuales, a todos los empleados de los "ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales" que devenguen una remuneración básica no superior a $ 15.000.00, salvo si se encuentran en vacaciones o en licencia superior a 15 días.

Transcríbase en copia auténtica al señor Ministro de Salud Pública.

Jaime Betancur Cuartas, (Presidente de la Sala); *Mario Latorre Rueda, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

AUXILIO DE TRANSPORTE. — La administración está obligada al pago del auxilio de transporte en la cuantía prevista en la ley, salvo cuando la entidad administrativa presta el servicio de transporte a sus empleados.

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

(Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas*)

Referencia: Consulta. Radicación Nº 1338.

El Jefe Encargado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística hace por oficio Nº 008967 la siguiente consulta:

"La Jefatura del DANE desea plantear muy comedidamente a esa Sala una consulta sobre la aplicación del artículo 8º del Decreto 2924 de 1978, decreto este por el cual se modificó el sistema salarial de los empleos de la rama ejecutiva del poder público. El tenor literal del artículo sobre cuya interpretación versa la consulta, es el siguiente:

"Artículo 8º Cuando la asignación básica de los empleados públicos a que se refiere este decreto sea igual o inferior a $ 7.000.00, dichos empleados tendrán derecho al reconocimiento y pago de un auxilio de transporte en cuantía de $ 170.00 mensuales. No habrá lugar a este auxilio cuando la entidad preste el servicio de transporte a sus empleados".

"Lo que motiva la consulta es el hecho de que el DANE presta en la mañana servicio de transporte a sus empleados, del lugar de su residencia al sitio de trabajo. En la tarde la entidad, por el contrario, no facilita el transporte a sus servidores quienes, desde luego, se desplazan por sus propios medios a sus hogares.

"El interés de la entidad radica en saber si por la circunstancia antes descrita, de prestar parcialmente (en la mañana) el servicio de transporte a sus empleados, debe pagarse la totalidad del auxilio, o si debe reconocerse tan sólo la mitad del beneficio, teniendo en cuenta, como se dijo que se presta la mitad del aludido servicio".

En relación con la consulta planteada, es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

1. El auxilio de transporte, fue establecido inicialmente por la Ley 15 de 1959 con el fin de cubrir a los trabajadores, el pago del transporte desde el lugar de su residencia hasta el sitio de su trabajo. Dicha ley previó que el valor del auxilio de transporte se pagaría exclusivamente por los días trabajados, pudiendo el patrono cumplir

con su obligación prestando directamente el servicio en forma gratuita a sus trabajadores.

2. El Decreto 1258 de 1959, reglamentario de la Ley 15 de 1959, consagró nuevamente los principios generales señalados en la ley en relación con el auxilio de transporte, extendiendo el alcance de sus disposiciones a los trabajadores oficiales y aclarando que el auxilio cubría el número de viajes que el trabajador tuviere que hacer para ir al lugar de trabajo y retirarse de él.

3. En relación con el auxilio de transporte de los empleados públicos el Decreto 1042 de 1978, en su artículo 50 señaló su cuantía y el salario máximo que permitía percibirlo, expresando en su inciso segundo: "No habrá lugar a este auxilio cuando la entidad preste el servicio de transporte a sus empleados". Posteriormente, el Decreto 2924 de 1978, en su artículo 8º indicó la cuantía del mismo en $ 170.00 mensuales del salario devengado por los empleados que tienen derecho al mencionado auxilio de transporte, manteniendo la salvedad establecida en el Decreto 1042 de 1978, en el sentido de no cancelar el auxilio cuando la entidad preste el servicio de transporte a sus empleados.

4. De las normas citadas, se deduce claramente que la intención del legislador ha sido la de reconocer a ciertos empleados públicos un auxilio que les permita subsidiar los gastos que ocasiona el transporte desde su residencia al sitio de trabajo y de éste nuevamente a sus hogares; la administración queda exonerada del pago del auxilio, cuando asume directamente el servicio de transporte de sus empleados. En este último evento, debe entenderse que el servicio prestado por la entidad administrativa, sea completo, es decir, que abarque todos los viajes realizados por los empleados, cuyo objeto lo constituya la movilización desde sus residencias al lugar de trabajo y el regreso a sus hogares, en desarrollo de la jornada laboral ordinaria. Así las cosas, la administración frente al auxilio de transporte, tiene dos alternativas para atenderlo: Pagar su valor en dinero de acuerdo con la cuantía fija señalada en la ley, o prestar el servicio directamente en forma completa.

De esta manera, la escogencia de una de las anteriores opciones excluye la otra, por cuanto la ley no permite la prestación parcial del servicio de transporte y el pago en dinero del valor correspondiente a la parte del servicio dejado de prestar por la entidad.

5. EN CONCLUSION, la administración está obligada al pago del auxilio de transporte en la cuantía prevista en la ley, salvo cuando la entidad administrativa preste el servicio de transporte a sus empleados; aceptar una interpretación contraria significaría facultar a la administración para que señale el valor en dinero del auxilio, cuando preste el servicio de transporte en una sola jornada, contrariando el principio de interpretación, según el cual donde no distingue el legislador, no le es permitido al intérprete hacerlo.

6. NO SOBRA ADVERTIR que respecto de cuantía del citado auxilio de transporte el Decreto 1703 de julio 13 de 1979 aumentó a $ 294.00 mensuales para los empleados oficiales y los trabajadores

particulares. Posteriormente, por el Decreto 1950 de agosto 13 de 1979, fue derogado el decreto que acaba de citarse y el dicho auxilio fue nuevamente aumentado a $ 344.00 mensuales.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

Transcríbase.

Jaime Betancur Cuartas, (Presidente); *Mario Latorre Rueda, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Clara Stella Ramos S., Secretaria.

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO I

DECRETOS DEL GOBIERNO

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL. La Asamblea a pesar de no disponer de iniciativa en relación con el proyecto de ordenanza sobre presupuesto de rentas y gastos, conserva el derecho de introducir las modificaciones que ella acuerde. Se suspende provisionalmente la norma contenida en el Ordinal 3º del artículo 46 del Decreto 2058 de 1974.

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

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Referencia: Expediente Nº 3237.

El Dr. Manuel Horacio Nieves M. en su calidad de ciudadano formula demanda ante esta jurisdicción para que se declare la nulidad del ordinal 3º del artículo 46 del Decreto 2058 de 1974 que dice:

"La Asamblea no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos, propuestas por el Gobierno, ni incluir un nuevo gasto, sea por reducción o eliminación de partidas o por aumento en el cálculo de las rentas y otros recursos, sino con la aceptación escrita del Secretario de Hacienda".

La demanda reúne los requisitos legales de admisibilidad.

Suspensión provisional

Afirma el demandante que la disposición cuya nulidad impetra es manifiestamente violatoria del Parágrafo del artículo 187 de la Constitución Nacional que dice:

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

Con fundamento en ello pide el demandante que se decrete la suspensión provisional del precepto en referencia.

Consideraciones de la Sala

La regla contenida en el ordinal 3º del artículo 46 del Decreto 2058 es idéntica a la contenida en el artículo 211 de la Constitución Nacional que establece iguales limitaciones al Congreso para la expedición del Presupuesto Nacional; sinembargo es evidente que, ni por ministerio de la ley ni de los reglamentos, es posible extenderla a la expedición de los presupuestos departamentales frente a disposición tan categórica y tan específica como el parágrafo del artículo

187 de la Constitución Nacional. Antes transcrito y según el cual la Asamblea, a pesar de no disponer de iniciativa en relación con el proyecto de ordenanza sobre presupuesto de rentas y gastos, conserva el derecho de introducir las modificaciones que ella acuerde.

De la simple confrontación directa entre la norma constitucional y el precepto impugnado se deduce la manifiesta violación de aquélla, lo cual significa que la violación es manifiesta y que, por consiguiente, se configura el presupuesto señalado en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 94 del Código Contencioso administrativo.

En mérito de lo expuesto, se dispone:

1) Admitir la demanda que antecede.

2). Decretar la suspensión provisional de la norma contenida en el ordinal 3º del artículo 46 del Decreto 2058 de 1974, que dice:

> "La Asamblea no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos, propuestas por el Gobierno, ni incluir un nuevo gasto, sea por reducción o eliminación de partidas o por aumento en el cálculo de las rentas y otros recursos, sino con la aceptación escrita del Secretario de Hacienda".

3). Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que las partes, el Señor Agente del Ministerio Público o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción soliciten las pruebas que tengan a bien y hagan valer los derechos que la ley les concede.

4). Notifíquese personalmente al Señor Fiscal de la Corporación.

5). Comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público con copia de esta providencia.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Galindo Pinilla.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

FONDO FINANCIERO AGROPECUARIO. — Naturaleza. Sistema de Financiación. Títulos de Fomento Agropecuario. Exclusión incondicional de la Caja Agraria y del Bco. Ganadero y la condicional del Bco. Cafetero como suscriptores de los Títulos de la Clase "A". El Gobierno sólo está autorizado para imponer la obligación de suscribir títulos de la clase "B", a institutos y empresas oficiales o de economía mixta, exclusión hecha de la Caja de Crédito Agrario, del Bco. Ganadero y del Bco. Cafetero, éste en cuanto satisfaga la obligación prevista en el Parágrafo 11 del artículo 5º de la Ley 5ª de 1973. Se declaró la nulidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 2644 de 1977 del Gobierno Nacional.

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

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Referencia: 2831. Demandante: Noel Gaviria Londoño.

En ejercicio de la acción contencioso administrativa, el doctor Noel Gaviria Londoño pide que se declare la nulidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 2644 de 1977, por medio de los cuales se impuso a los Bancos Ganadero y Cafetero la obligación de suscribir títulos de fomento agropecuario de la clase B.

Síntesis de los cargos formulados en la demanda

Afirma el demandante que la Ley 5ª de 1973 al establecer como fuente de financiación del Fondo Agropecuario la Comisión de Títulos de la clase "A" y de la clase "B" determinó claramente que los primeros deberían ser suscritos por los Bancos y los segundos deberían ser colocados entre los institutos o empresas oficiales o de economía mixta. Que, expresamente y de manera incondicional exceptuó al Banco Ganadero y a la Caja Agraria de la obligación de suscribir títulos de la clase "A" y en forma condicional eximió de esa misma obligación al Banco Cafetero. Sostiene también el demandante que la facultad que la ley le concedió al Gobierno para señalar periódicamente las entidades oficiales que deban suscribir títulos de la clase "B", excluyó a las Bancarias, tal y como lo entendió el mismo Gobierno al expedir el Decreto Reglamentario 1562 de 1973, en cuyo artículo 12 se dispuso que deberían suscribir títulos de la clase "B" las empresas industriales y comerciales del Estado adscritas o vinculadas al Ministerio de Agricultura *que no tuvieran el carácter de establecimientos de crédito.* Si tal es el sentido y alcance de la ley, concluye el demandante que las disposiciones por él impugnadas, en

cuanto obligan a los Bancos Ganadero y Cafetero a invertir en títulos de la clase "B", entrañan violación directa de los artículos 3º y 5º de la Ley 5ª de 1973 e indirecta de los artículos 76 Nº 1ª y 120-3º de la Constitución Nacional. Por las mismas razones aduce violación directa de los artículos 6º, 8º, 9º y 12 del Decreto 1562 de 1973.

Suspensión provisional

El demandante solicitó el decreto de esta medida cautelar que la Sala Unitaria dispuso, previa la siguiente consideración:

"El texto de los artículos 3º y 5º de la Ley 5ª de 1973, es como sigue:

"Artículo 3º Clases de Títulos. Los Títulos de Fomento Agropecuario serán de dos clases:

"Títulos de Fomento Agropecuario de la clase 'A' que serán suscritos por los bancos comerciales en los términos de esta ley.

"Títulos de Fomento Agropecuario de la clase 'B', para ser colocados entre los institutos o empresas oficiales o de economía mixta.

"Parágrafo. El Gobierno determinará periódicamente las entidades oficiales que deban suscribir títulos de la clase B y el monto de la suscripción que a cada una de ellas corresponda.

"Artículo 4º Características de los Títulos. La Junta Monetaria fijará el monto, interés, plazo y amortización de cada una de las dos clases de Títulos de Fomento Agropecuario autorizados en esta ley.

"Artículo 5º Obligación de suscribir los Títulos de Fomento Agropecuario de la clase A. Los bancos que operan en el país deberán invertir no menos del 15% ni más del 25% de sus colocaciones en Títulos de la clase A de que trata el artículo 3º de la presente ley. Esta obligación no se hará extensiva a las siguientes entidades: Caja de Crédito, Industrial y Minero y Banco Ganadero, en razón de los fines específicos que deben cumplir conforme a su organización y a las leyes vigentes.

Parágrafo I. La Junta Monetaria señalará periódicamente el porcentaje de inversión que deban hacer los bancos, dentro de los límites previstos en este artículo.

Parágrafo II. El Banco Cafetero estará exento de la obligación establecida en este artículo, si en el plazo de cinco (5) años contados a partir de la fecha en que entre en vigencia esta ley y de todos a partir de la fecha en que entre en vigencia esta ley, y de allí en adelante destina no menos del 50% de sus colocaciones al sector agropecuario y no menos de un 10% adicional a otras actividades de fomento.

Para que se pueda gozar de este beneficio, durante los primeros cinco (5) años, y con el fin de satisfacer el requisito de que trata el acápite anterior, el Banco Cafetero deberá incremen-

tar periódicamente el porcentaje de sus colocaciones destinadas al sector agropecuario y a fomento en general, en la forma que le señala la Junta Monetaria, a solicitud del Ministerio de Agricultura.

Para los efectos de este parágrafo, se entenderán por colocaciones agropecuarias los préstamos de que trata el Art. 15 de esta ley, los préstamos y descuentos para actividades agropecuarias; los bonos de prenda de productos agropecuarios, los bonos agrarios, los bonos de fomento agropecuario, las inversiones en corporaciones financieras que tengan por objeto principal el fomento agropecuario y, en general, los títulos de crédito e inversiones que estén destinados a financiar directamente la producción de bienes agropecuarios".

De acuerdo con la norma legal transcrita el Banco Ganadero, en razón de su función crediticia específica, está exento de la obligación de suscribir los títulos de crédito de fomento agropecuario de que trata la Ley 5ª de 1973.

El Banco Cafetero también está exento de esa obligación a menos, que incumpla las exigencias establecidas en el parágrafo 2º del artículo 5º de la ley en referencia. En el decreto impugnado no se invoca el incumplimiento de tales obligaciones, por parte del Banco Cafetero sino la facultad conferida al Gobierno en el parágrafo del artículo 3º *ibídem,* la cual, obviamente sólo puede ejercitarse con relación a dicho banco, dentro del marco señalado en la misma ley es decir sobre la base del incumplimiento de las obligaciones allí mismo establecidas.

Por consiguiente se concluye que los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Reglamentario Nº 2644 de 1977 (noviembre 21) dictado por el Gobierno Nacional son manifiestamente violatorios del artículo 5º de la Ley 5ª de 1973 en concordancia con el artículo 3º *ibídem.*

Esta providencia fue revocada por la Sala de Decisión, la cual expresó:

"Si el artículo 3º de la Ley 5ª de 1973 dispone que los títulos de Fomento Agropecuario de la 'Clase B' deben ser 'colocados entre los institutos o empresas oficiales o de economía mixta', entre los cuales se cuentan los Bancos Ganadero y Cafetero, no se verifica, por lo menos de modo ostensible o manifiesto, que el Decreto 2644 de 1977, modificatorio del Decreto 2175 del mismo año, que los obliga a suscribir bonos de la clase mencionada, sea violatorio del indicado precepto legal: por el contrario, por lo menos en principio, se expidió conforme a sus regulaciones.

Además, el examen de si las excepciones, dispuestas por el artículo 5º de la Ley 5ª de 1973, en relación con los Bancos Ganadero y Cafetero y la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y los títulos de la 'Clase A', se hacen o no extensivas a los de la clase 'B', es un problema de fondo que se debe definir en

la sentencia; como también lo es el definir si los 'Bancos comerciales' sólo pueden suscribir títulos de la 'Clase A' o si, por ser institutos o empresas oficiales o de economía mixta, se les puede imponer la obligación de suscribir títulos de la 'Clase B', según el artículo 3º de la Ley 5ª de 1973".

Partes intervinientes

I El Ministerio de Hacienda, por conducto de apoderado se constituyó en parte para impugnar las pretensiones de la demanda. Entre otras, adujo las siguientes:

A). La Ley 5ª al referirse a las entidades oficiales o semioficiales que podrían ser obligadas a invertir en títulos de la clase "B" no excluyó expresamente a las de naturaleza bancaria, luego el Gobierno, dentro de las facultades que la misma ley le otorgó podía imponerles esa obligación.

B). La exclusión del Banco Ganadero, de la Caja Agraria y del Banco Cafetero sólo se refiere a la obligación de suscribir títulos de la clase "A" y por lo tanto, no comprende la de suscribir títulos de la clase "B".

C) Es infundado el cargo de violación del Decreto 1522 de 1973, porque tanto éste, como el que se impugna en la demanda tienen la misma jerarquía normativa.

II. El doctor Humberto Zuluaga Monedero, actuando en su propio nombre se hizo parte para coadyuvar la demanda y manifestó como razón fundamental para que se declare la nulidad impetrada, la siguiente:

"De los antecedentes antes citados se desprende que el espíritu del legislador fue el de que tanto el Banco Ganadero como la Caja Agraria no quedaran obligados a suscribir títulos de fomento agropecuario, ni de la Clase A ni de la Clase B, y esto es obvio si se tiene en cuenta que el Fondo Financiero Agropecuario, formado por los dineros provenientes de la emisión de tales títulos, tiene como objeto, precisamente, el redescuento de los préstamos que efectúen estas dos entidades; no sería entonces lógico y también repugnaría, que los recursos de estas dos entidades orientados *hacia el crédito agropecuario directo vayan a engrosar el F. F. A., para, a su turno, generar crédito de la misma índole pero indirecto*".

Alegatos de conclusión

I La parte demandante reitera las razones que adujo en la demanda y para sustentarlas alude a los antecedentes de la expedición de la Ley 5ª de 1973, de los cuales deduce que fue la intensión del legislador excluir de toda inversión en títulos "A" y "B" a los bancos Ganadero, Cafetero y a la Caja Agraria.

II. La parte impugnadora reitera en su escrito los puntos de vista que ya había expuesto con anterioridad.

El concepto fiscal

El Señor Agente del Ministerio Público opina que debe accederse a declarar la nulidad impetrada. Los apartes de su vista, son los siguientes:

"Respecto de las anteriores decisiones, considera esta Fiscalía que si en verdad el problema a resolver implica una definición de fondo, no por ello puede desconocerse la clara intención del legislador al expedir la Ley 5ª de 1973, cuyos artículos pertinentes los considera infringidos el demandante. De acuerdo con las mencionadas disposiciones, los Títulos de la Clase "A" y "B" deberán ser suscritos por los bancos comerciales los primeros, y por los institutos o empresas oficiales, o de economía mixta, los segundos.

De conformidad con lo anterior, cabría preguntarse qué ocurriría si una entidad tuviera la obligación de suscribir las dos clases de títulos? Si tal evento se diera, indudablemente habría un tratamiento inequitativo para la entidad afectada de doble carga, pues es evidente que no se puede imponer a una institución la obligación de suscribir dos clases de títulos mientras a otras entidades de su misma índole y que desarrollan su misma actividad, sólo tienen la obligación de suscribir una clase de títulos, según su actividad predominantes".

"En conclusión de lo dicho, el Decreto 2644 de 1977, que crea para los Bancos Ganadero y Cafetero la obligación de suscribir Títulos de la Clase 'B', no sólo excede las facultades establecidas en la ley orgánica sobre la materia, sino que burla específicamente la excepción que a favor de los mismos se estableció en la misma ley. Además, cualquier otra interpretación que se haga, desvirtúa no solamente el espíritu y texto de la Ley 5ª de 1973, sino que dejaría sin sentido ni alcance alguno el régimen específico de esas excepciones".

Consideraciones de la Sala

El Fondo Financiero Agropecuario creado por la Ley 5ª de 1973 es una cuenta especial que maneja el Banco de la República "para el redescuento de préstamos de fomento agropecuario que otorguen a corto, mediano y largo plazo (artículo 6º), la Caja de Crédito Agrario, el Banco Ganadero, el Banco Cafetero, los fondos Ganaderos, las Cooperativas de producción agropecuaria, aquellas instituciones financieras que tengan por objeto principal el Fomento Agropecuario" y por los bancos comerciales.

Una de las principales fuentes de financiación de dicha cuenta son los títulos de fomento agropecuario, creados por la ley que serán de dos clases: "A" y "B". Prescribe el artículo 3º que los bancos comerciales deberán suscribir los primeros y que los segundos deberán ser colocados entre los institutos o empresas oficiales o de economía mixta. En el artículo 5º al determinar la cuantía de la inversión obligatoria, se precisa qué ha de entenderse por bancos comerciales y, al efecto, se expresa que todos los bancos que operen en el país

deberán hacer la inversión. De esta obligación se excluye, sinembargo a la Caja Agraria y al Banco Ganadero, *"En razón de los fines específicos que deben cumplir conforme a su organización y leyes vigentes"* y también al Banco Cafetero si en un plazo de cinco años destina no menos del 50% de sus colocaciones al sector agropecuario y no menos de un 10% adicional a otras actividades de fomento.

La pura literalidad de los textos legales pone en evidencia que la finalidad inequívoca del sistema adoptado para financiar el Fondo Agropecuario es sustraer recursos de crédito ordinario o corriente para canalizarlo hacia el objetivo específico del fomento agropecurio; sólo por razón de esta misma finalidad se explica la exclusión incondicional de la Caja Agraria y del Banco Ganadero y la condicional del Banco Cafetero como suscriptores de los títulos de la Clase A, pues, si lo que se pretende es fomentar el crédito agropecuario no sería razonable incrementar la capacidad de redescuento a través de la inversión en títulos, con mengua o sacrificio de la capacidad para hacer préstamos directos de fomento agropecuario redescontables por el Fondo. En otras palabras, lo que la Ley pretende es obtener la financiación del Fondo con dineros que, de otra manera, se dedicarían a formas de crédito distintas del crédito agropecuario, para orientarlo hacia el redescuento de préstamos de fomento a la industria agropecuaria.

Ya de la simple lectura del artículo 3º se deduce que, así como únicamente las entidades bancarias están obligadas a suscribir títulos de la Clase "A", igualmente los suscriptores forzosos de la clase "B" sólo pueden ser entidades públicas o de economía mixta que no tengan carácter bancario. De no ser así, podría resultar factible que la obligación que el legislador no quiso imponer a determinados bancos, por las razones ya dichas, pudiera imponerla el Gobierno, a través de la inversión en títulos de la clase "B", no obstante obrar las mismas razones para no hacerlo. Si la ley excluyó a determinados bancos de la inversión en títulos de la clase "A" la misma razón habría para excluirlos de la inversión en Títulos de la clase "B", pues, también en este caso el incremento de la capacidad de redescuento se haría en detrimento o con mengua de la capacidad para hacer préstamos directos de fomento agropecuario. Es principio general de derecho que donde obra la misma razón debe aplicarse la misma disposición (*"ubieadem ratio ibieadem dispositio"*), pues de lo contrario se rompería la armonía lógica del ordenamiento jurídico. Por consiguiente si el legislador excluyó a determinadas entidades bancarias de la inversión de títulos de la clase "A", por ser generadoras de crédito agropecuario directo o de préstamos redescontables por el Fondo Agropecuario, ha de entenderse que el Gobierno tampoco está autorizado para obligarlas a suscribir títulos de la clase "B" con el fin de financiar el referido fondo.

La interpretación, precedente, que fluye de la literalidad de los propios textos está corroborada por los antecedentes relacionados con la expedición de la Ley 5ª de 1973.

En la exposición de motivos, suscrita por el Ministerio de Hacienda, se expresa lo siguiente:

"En el artículo 9º se incluye al Banco Cafetero como una de las entidades a las cuales no se hará extensiva la obligación de suscribir títulos de fomento agropecuario. *Se piensa que el Banco Cafetero debe estar colocado en esa especial condición dada la circunstancia de que por el origen de su capital, por su estructura y por sus fines, debe ser catalogado como un banco de fomento.*

Para asegurar que efectivamente el Banco Cafetero se coloque y mantenga bajo el esquema de un banco de fomento, se establece en el mismo artículo que tal entidad en un plazo prudencial, debe presentar un porcentaje de su cartera dedicada al sector agropecuario y al fomento, siquiera de un 60% en relación con su cartera total". (página 665 Anales del Congreso Nº 45 agosto 17 de 1972).

En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se expresó:

"Los Bancos oficiales o semioficiales: *Caja de* Crédito Agrario, Banco Ganadero, quedan exentos de la obligación de suscribir títulos de fomento agropecuario, por razón del objeto que les es propio. En cuanto hace relación al Banco Cafetero igualmente quedará exento de la obligación y suscripción siempre y cuando no menos del 50% de sus colocaciones estén destinadas al sector agropecuario y no menos de un 10% adicional a otras actividades de fomento que a mi entender, directa o indirectamente tengan que ver con financiación de servicios o actividades varias relacionadas con la economía agropecuaria.

Me parece entender que dichas actividades de fomento estarían vinculadas por ejemplo con la producción de insumos (fertilizantes, abonos, materias primas varias, etc.).

El mecanismo de capitalización de acuerdo con el artículo 6º del proyecto gira en torno a la creación de un fondo de fomento agropecuario, constituido con el producto de la colocación de los Títulos de Fomento cuyo objetivo fundamental es el de servir para el redescuento de los préstamos de fomento agropecuario que se concedan de acuerdo con las prescripciones de la ley. Este Fondo Financiero Agropecuario tendrá cupo adicional de redescuento en el Banco de la República con un 7% de tope respecto al valor de las colocaciones del sistema bancario".

(Anales del Congreso. Marzo 18 de 1973 página 211).

Por consiguiente, si la razón para excluir a ciertos bancos oficiales o semioficiales de la suscripción de títulos de la clase "A" fue su carácter o su actividad preponderante, como bancos de fomento agropecuario, la misma razón milita para entender los excluidos de la obligación de invertir en títulos de la clase B.

En orden a precisar el alcance de la facultad que se otorga al Gobierno por medio del Parágrafo del artículo 3º de la Ley 5ª de 1973, para determinar periódicamente las entidades oficiales (institutos o

empresas oficiales o de economía mixta) que deban suscribir títulos de la clase "B", no se puede hacer caso omiso de los fines que el legislador se propuso al expedir la ley y de los medios que él mismo señaló para alcanzarlos, a saber: Financiación de un fondo de redescuento para obligaciones de crédito agropecuario, con dineros que no provinieran de entidades bancarias que por sus fines específicos, según las leyes vigentes o por razón de su propia organización, tengan por objeto el crédito primario para actividades agrícolas y pecuarias. La ley no es letra inerte, pues tiene un contenido vital, con su dialéctica propia, de medios y de fines que enmarcan sus regulaciones y que le sirven al intérprete para fijar su alcance. Si el propio legislador se propuso canalizar parte del crédito corriente hacia fines agropecuarios y por ello excluyó de la obligación de contribuir a la financiación del Fondo con Títulos de la clase "A" a ciertas entidades bancarias de carácter oficial o de economía mixta, dedicados al crédito de fomento agropecuario, no puede suponerse que, a la vez, hubiera facultado al Gobierno para obligarlas a suscribir otra clase de títulos, con idéntica destinación. De esta suerte debe entenderse que el Gobierno sólo está autorizado para imponer la obligación de suscribir títulos de la clase "B", a institutos y empresas oficiales o de economía mixta, exclusión hecha de la Caja de Crédito Agrario, del Banco Ganadero y del Banco Cafetero; a este último, en cuanto satisfaga la obligación prevista en el Parágrafo II del artículo 5º de la Ley 5ª de 1973.

Por medio de los artículos 1º a 3º del Decreto 2644 de 1977 el Gobierno impuso a los Bancos Ganadero y Cafetero la obligación de suscribir títulos de fomento agropecuario de la clase B por las cuantías que allí se determinan. Al Banco Cafetero no se le obliga a la suscripción por incumplimiento de la condición prevista en la Ley 5ª de 1973, sino a título de empresa de economía mixta. Para la Sala es evidente que tales disposiciones exceden el marco legal de la atribución gubernamental en cuanto violan los artículos 3º, 5º, 6º y 10º de la Ley 5ª de 1973.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso —Sección Primera—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley Declara la nulidad de los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 2644 de 1977.

Comuníquese al Gobierno Nacional por conducto de los Ministros de Hacienda y de Agricultura.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

STATUS DE PENSIONADO. — Es una condición de la persona que surge de la circunstancia de haber reunido los dos requisitos esenciales señalados en la ley para tener el derecho a gozar de una pensión jubilatoria, o sea el tiempo de servicio y la edad que la ley consagra para acceder a tal derecho.

Nulidad del artículo 2º del Decreto Ejecutivo Nº 732 de 1975, reglamentario de la Ley 4ª del mismo año.

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

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 2307. Decretos del Gobierno. Actor: José Roberto Herrera Vergara.

El doctor JOSE ROBERTO HERRERA VERGARA en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, demandó ante esta Corporación la nulidad del artículo 2º del Decreto Reglamentario número 732 de 22 de abril de 1976.

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"1º Con el fin de morigerar las precarias condiciones socio-económicas de uno de los sectores de la población más olvidados, el Congreso de Colombia expidió la Ley 4ª de 1976".

"2º La precitada disposición además de consagrar ciertas prestaciones fundamentales para el pensionado y su familia ordenó reajuste oficioso de las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores oficial y privado, con excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial que paga el Instituto de Seguro Social".

"3º De conformidad con el parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 4ª de 1976, los beneficiarios de dichas revalorizaciones pensionales son quienes tengan el 'status de pensionado' con un año de anticipación a cada reajuste".

"4º El artículo 2º del Decreto Reglamentario restringió arbitraria e ilegalmente el campo de aplicación dispuesto por la norma superior, privando del merecido reajuste a un considerable contigente de pensionados, al establecer que sólo tendrían derecho a los reajustes las personas que un año antes de la fecha de los mismos 'estén disfrutando' de una pensión o que ésta les haya sido otorgada para disfrutarla con un año de anterioridad a tal fecha".

"5º Varios artículos del Decreto Reglamentario han sido declarados nulos por el Honorable Consejo de Estado, recayendo respecto de algunos de ellos la suspensión provisional por su palmaria insurgencia respecto de la norma reglamentada".

En el libelo se analizan extensamente las disposiciones violadas y el concepto de la violación, y se pide expresamente la suspensión de la norma acusada, a lo cual accedió el Magistrado sustanciador mediante providencia de fecha veinticinco de enero de mil novecientos setenta y ocho, en que además, se admite la demanda.

El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación en su vista de fondo expresa su concepto acorde con los conceptos que se enunciaron para sustentar la declaratoria de suspensión provisional del acto acusado y en consecuencia coadyuva la solicitud del actor.

Surtida la instancia sin que aparezcan causales que puedan invalidar la actuación es del caso dictar sentencia de fondo lo que se hace previas las siguientes

Consideraciones

Como lo expresa el señor Fiscal en su vista de fondo no es del caso agregar nada a lo expuesto por la Sala unitaria como fundamento para decretar la suspensión provisional del acto acusado. Por tal razón se transcriben en esta oportunidad aquellas consideraciones, como parte motiva de esta sentencia.

Se dijo así al decretar la suspensión provisional:

"La demanda se dirige a obtener la nulidad del artículo 2º del Decreto 732 de 1976 (abril 22) por el cual se reglamenta la Ley 4ª de 1976. Al analizar las disposiciones violadas y el concepto de la violación el actor destaca el contenido que la doctrina y la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, han dado a lo que debe entenderse por status de pensionado, para de allí deducir que la norma acusada al definir 'que tienen el status de pensionado las personas que un año antes de la fecha del reajuste estén disfrutando de una pensión o que ésta le haya sido o le sea otorgada para disfrutarla con un año de anterioridad a tal fecha', violó las normas consagradas en la Ley 4ª de 1976, configurándose así un desbordamiento de la facultad reglamentaria que conduce a la nulidad del acto acusado".

"Para entrar al estudio de la suspensión provisional solicitada hay que buscar en primer término el contenido exacto de la norma superior que se reglamenta. El parágrafo 2º de la Ley 4ª de 1976 dice textualmente: 'Los reajustes a que se refiere este artículo se harán efectivos a quienes hayan tenido el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste'. Es evidente que la jurisprudencia constante de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado ha definido que el status o estado de pensionado es una condición de la persona que surge de la circunstancia de haber reunido los dos requisitos esenciales señalados en la ley para tener el derecho a gozar de una pensión jubilatoria, o sea, el tiempo de servicio y la edad que la ley consagre para acceder a tal derecho. De suerte que

reunidos estos dos requisitos la persona adquiere el derecho a la pensión, que deja de ser una mera expectativa, para convertirse en un derecho patrimonial cuya eficacia opera al retirarse la persona del servicio. En consecuencia la percepción de las mesadas es un hecho posterior a la adquisición del status de pensionado y para cuyo cumplimiento se requiere el reconocimiento de aquel estado y el retiro de la persona del servicio. Pero desde luego son circunstancias jurídicamente diferentes".

"Hechas estas consideraciones es evidente que cuando el artículo 2º del Decreto acusado definió que debe entenderse que tienen el status de pensionado las personas que un año antes de la fecha del reajuste estén disfrutando de una pensión extralimitó la facultad reglamentaria que le otorga al Presidente de la República el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Si la norma superior reglamentada había definido que los reajustes decretados beneficiarían a quienes tuvieren el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste, el decreto reglamentario, para obtener la cumplida ejecución de dicha ley, no podía restringir el ámbito de la norma superior a quienes venían disfrutando o a quienes se les hubiere reconocido u otorgado la pensión con un año de anterioridad al reajuste. Tal restricción que aparece clara y ostensible de la confrontación entre la norma reglamentada y la reglamentaria, convence de que es procedente la suspensión provisional impetrada por el actor, como habrá de decretarse".

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 y de acuerdo con el concepto Fiscal,

Falla:

Artículo Unico. DECRETASE la nulidad del artículo 2º del Decreto Ejecutivo Nº 732 de 1976, reglamentario de la Ley 4ª del mismo año.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada el día 21 de junio de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA. — En la industria siderúrgica (La Ley 97 de 1933; la reforma constitucional de 1945; la Ley 45 de 1947, el Decreto Extraordinario 3123 de 1943; la Ley 95 de 1948; el Decreto 4051 de 1949, el Decreto 235 de 1955, el Decreto 261 de 1950, los Decretos 2187 de 1442 y 0323 de 1951). Financiación de la industria siderúrgica y de la Empresa de Paz de Río S. A., mediante la participación activa de la inversión estatal y particular (contribuyentes del impuesto de renta y complementarios). Intervención económica del Estado en el crédito ganadero (la Ley 29 de 1959 sobre Banco y Fondos ganaderos; la Ley 5ª de 1973). El Gobierno no solamente está habilitado para dictar las normas reglamentarias de la ley que contiene el mandato, sino también para expedir disposiciones con fuerza de ley, dentro del marco de ese mismo mandato. Las acciones provenientes de inversiones sustitutivas de impuestos financiaciación en la empresa Acerías Paz de Río, en el Banco y en los Fondos Ganaderos (Decreto Ley 4051 de 1949, Leyes 26 de 1959 y 42 de 1971, el Decreto 602 de 1976).

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

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Sesión del día 17 de agosto de 1979.

Referencia: 2462/67 y 2476. Demandante: Pablo Cárdenas Pérez.

Los doctores Pablo Cárdenas Pérez, Francisco Zuleta Holguín y Gustavo de Greiff Restrepo, quienes dicen obrar en su propio nombre, han demandado la nulidad del Decreto 602 de 1976, "por el cual se reglamenta la representación de algunas acciones suscritas por los contribuyentes como inversión sustitutiva de los impuestos para fomento siderúrgico y ganadero".

Los tres procesos originados en estas demandas fueron acumulados y por lo tanto se decidirán en esta sentencia.

Las demandas. Resumen de los cargos de ilegalidad

A. *Proceso* 2462

La pretensión de nulidad se fundamenta sobre 4 cargos de ilegalidad , a saber:

1). Violación de los artículos 2º, 30, 12, 50, 55, 76 (*atribuciones* 1ª, 2ª y 10ª) *y* 120 *ordinal* 3º *de la Constitución Nacional* porque el

Gobierno ha dictado normas cuya expedición le corresponde al Congreso, toda vez que, "en ejercicio de la potestad reglamentaria carece de facultades para restringir o limitar los derechos de los accionistas a deliberar y votar en las Asambleas generales de las sociedades anónimas y a disponer libremente las personas que deben representarlos"; agrega que "tampoco puede modificar las normas legales sobre representación de los accionistas en tales asambleas, ni conferir mandato a terceros, menos aún si son funcionarios públicos, para representar las acciones de quienes no hayan reclamado los títulos expedidos a su favor por las sociedades anónimas".

Para demostrar la validez del cargo se extiende en consideraciones sobre el alcance subordinado de la potestad reglamentaria que no le permite al Gobierno restringir o limitar los derechos que la ley le otorga, al accionista, como el de conferir la representación de su interés social en las Asambleas Generales, derechos que están garantizados por el artículo 30 *de la Constitución Nacional.* Sostiene que todo lo relativo a la representación del accionista debe regularse exclusivamente por la ley y que cualquier disposición reglamentaria que se expida con mengua del derecho de representación es violatoria también de los artículos 184 y 379 del Código de Comercio.

Afirma que los funcionarios públicos no pueden asumir la representación de intereses particulares en las asambleas de las sociedades a que se refiere el decreto, pues a ellos sólo les incumbe el cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales.

2). *Violación del numeral* 15 *del artículo* 120 *de la Constitución Nacional* porque el Gobierno debe cumplir la función de inspección y vigilancia de las sociedades dentro del marco que le señala la ley y ésta no lo faculta "para decidir quiénes son los legítimos representantes de los accionistas", ni para restringir sus derechos, ni para integrar el "quorum" deliberatorio o decisorio con supuestos mandatarios nombrados por decreto para representar a determinados accionistas. Con fundamento en estas razones concluye que el Decreto 602 también es violatorio de los artículos 184, 186, 190, 191, 379, 427 y 429 del Código de Comercio.

3). *Violación del artículo* 32 *de la Constitución Nacional.* porque el Decreto 602 implica una intervención en las actividades de personas privadas sin un mandato previo del legislador.

Cuarto cargo. En el supuesto, improbable según el demandante, de que el Decreto 602 de 1976 tuviera fundamento en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional sostiene que aún sin haberse definido la jerarquía jurídica de los decretos dictados en ejercicio de esa función específica, es lo cierto que de ninguna manera tendrían virtualidad suficiente como para modificar la representación de los accionistas y que por ello es violatorio de los artículos 184 y 379 del Código de Comercio.

B. *Proceso Nº* 2467

Primer cargo: *Violación de los artículos* 63 *y* 120 *de la Constitución Nacional por carecer el Gobierno de competencia para dictar*

medidas como las contenidas en el Decreto 602 *de* 1976. *El demandante* considera que el referido decreto no tiene categoría legal, pues no se dictó en uso de las facultades extraordinarias del artículo 76 numeral 12, ni de facultades especiales (artículo 76 Nº 11), ni de los atributos que emanan del artículo 80 de la Constitución Nacional, ni tampoco de los poderes previstos en los artículos 121 a 122 *ibídem.* Estima que no es un reglamento constitucional autónomo de los previstos en el numeral 14 del artículo 120 de la Carta, pues no concurren los presupuestos de esta norma. Considera que tampoco es un reglamento de ejecución de la ley, pues para ello es menester la existencia de ésta; en el Decreto 602 no se indica ninguna norma legal y las leyes o decretos que allí se citan ya fueron derogados y, por lo mismo, no son susceptibles de ejecución.

Del examen anterior concluye que el Decreto 602 es un simple decreto ejecutivo ordinario que sinembargo no encuadra dentro de las competencias que se le atribuyen al Gobierno como suprema autoridad administrativa.

Segundo cargo: *Violación del artículo* 76 *de la Constitución Nacional por usurpación de la competencia del Congreso.* "El demandante examina el contenido de las disposiciones acusadas y de allí deduce que se trata de normas con fuerza de ley en sentido material", pues la relativa a la representación de las personas naturales en las Asambleas de accionistas y atinente a la atribución de competencia a funcionarios públicos son cuestiones para cuya regulación la Carta fundamental le ha confiado la competencia al Congreso Nacional.

Tercer cargo. *Violación del artículo* 32 *de la Constitución por intervención en la empresa privada sin mandato legal.*

Afirma el demandante que si se analiza el Decreto 602 desde el punto de vista de las sociedades a las cuales se refiere, constituye un acto de intervención, pues conlleva la participación estatal en la administración de las mismas. Como quiera que un acto de tal naturaleza exige mandato legal y éste no existe, el Decreto 602 es violatorio del artículo 32 de la Constitución Nacional.

Cuarto cargo: Violación de los artículos 379, 384 y 394 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 30 de la Constitución Nacional, "en cuanto se desconocen derechos adquiridos por accionistas de sociedades anónimas privadas".

Cuando los particulares suscribieron y pagaron acciones en acerías Paz del Río, en el Banco y en los Fondos Ganaderos, con fundamento en disposiciones legales de carácter tributario, adquirieron todos los derechos inherentes a la condición de accionistas. Por virtud del Decreto 602 de 1976 se le han desconocido esos derechos a quienes, siendo dueños de las acciones no hayan retirado sus títulos.

Quinto cargo: *Violación de los "artículos* 181, 184 *y* 419 *del Código de Comercio.* En cuanto el Decreto modifica las regulaciones sobre composición de las asambleas de accionistas y sobre representación en ellas". Dice el demandante que de acuerdo con las disposiciones citadas, solamente los accionistas o sus mandatarios contrac-

tualmente designados pueden integrar la asamblea de las sociedades anónimas; en cambio el Decreto 602 dispone que determinados accionistas puedan ser representados por funcionarios públicos sin que medie mandato de ninguna especie.

C. *Proceso* 2476

Como el Decreto 602 no indica la norma reglamentada, el demandante considera varias hipótesis:

Primera: Que lo reglamentado, en razón de la materia relativa a la representación de acciones suscritas sean las disposiciones que sobre esta materia contiene el Código de Comercio. Después de transcribir los artículos 181, 184, 185, 419 y 379 y de confrontarlos con las disposiciones acusadas, concluye que éstas exceden a aquéllas, en cuanto convierten el derecho de asistir o no a las asambleas en una obligación y transforman la facultad del accionista para otorgar o no, su representación a través del mandato, en una norma imperativa que confiere esa representación a los funcionarios públicos allí enumerados.

Segunda: Bajo el supuesto de que las disposiciones reglamentadas fueren las enumeradas en el Decreto 602 sobre inversiones sustitutivas, algunas de las cuales han sido derogadas, considera el demandante que también se incurrió en extralimitación de la potestad reglamentaria porque en ellas no se le confirió al Gobierno la facultad de nombrar representantes de las acciones no reclamadas ni en su texto se consagró que era el propósito del legislador obtener "la participación activa de la comunidad nacional" en esas empresas.

A propósito de los Fondos Ganaderos, sostiene el demandante que, además, las disposiciones acusadas violan los artículos 28 y 29 de la Ley 5ª de 1973 pues el representante del Gobierno sería simultáneamente representante de los particulares con lo cual se rompe el equilibrio que la misma ley establece entre los accionistas de las clases A y B.

Tercera: Si con la expedición del Decreto 602 se pretendió realizar una intervención del Estado en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios privados, tal acto sería violatorio del artículo 32 de la Constitución Nacional por ausencia del mandato legal.

Los impugnadores

Se constituyeron como tales, los doctores Jorge Vélez García y Héctor Julián Pineda Mayorga, pero sólo el primero alegó de conclusión. Las razones expuestas por el doctor Vélez García para sustentar la legalidad del decreto son, en resumen, las siguientes:

Finalidad de las leyes que crearon la inversión sustitutiva. A este respecto afirma el impugnador de las disposiciones correspondientes persiguen dos objetivos:

"La financiación de empresas de interés nacional dedicadas al aprovechamiento y desarrollo de recursos básicos para la economía

del País y la participación activa de la comunidad nacional en dichos propósitos".

Más adelante dice que, si bien se logró el objetivo de la capitalización dirigida o forzosa, el de la participación activa se ha visto frustrado, pues una gran masa de accionistas, "ni siquiera se han acercado a retirar los títulos correspondientes y, por ende, no han intervenido ni personalmente, ni por medio de representantes en la orientación de la empresa", con las consecuencias siguientes:

> "La carencia de interés de los contribuyentes convertidos en accionistas puede determinar la frustración de los objetivos de la empresa por dos maneras: porque una minoría audaz imponga su voluntad, no siempre compatible con las verdaderas metas nacionales de la empresa; o porque también una minoría especuladora adquiera lotes de acciones antes pertenecientes a socios activos y torne la empresa en instrumento de especulación para beneficio exclusivo de grupos financieros privados. En esta forma, la empresa ideada para constituir un gran motor del desarrollo nacional, con el esfuerzo de toda la comunidad, queda reducida a foco de especulación y enriquecimiento de unos pocos. Podría objetarse que este riesgo es apenas una consecuencia natural de la economía de mercado y de la libre empresa. Hay que distinguir varias situaciones, a saber: 1º) Si el grupo financiero se configura dentro de las reglas corrientes, es decir, obteniendo por compra las acciones de la *mayoría efectiva* de los socios (de los contribuyentes totales, activos y pasivos, participantes y renuentes, ejercitantes de sus derechos sociales y abstinentes de tal ejercicio), no cabría reparo desde el punto de vista legal; 2º) Pero si tal grupo logra su consolidación y predominio exclusivamente dentro de los accionistas activos, *sin consideración por los intereses de los socios pasivos, que no han retirado sus acciones, el pequeño grupo dominante no expresa real y auténticamente la voluntad de la sociedad,* y *los intereses de la masa de los no participantes se hallarán completamente desprotegidos;* 3º) *Si, como ya se dijo, la empresa pertenece a un sector vital del desarrollo del país, y su formación ha sido obra del esfuerzo general acometido por los contribuyentes, mal* puede considerarse equitativo y benéfico para la comunidad que su sacrificio vaya a enriquecer a un grupo privado; 4º) Todavía más: si el esfuerzo de la comunidad entera que perseguía una meta de desarrollo nacional no logra su objetivo, debido a que, mucho antes de alcanzarlo, los recursos y disponibilidades se dedican a la retribución especulativa de las acciones adquiridas por el grupo dominante, resulta evidente que a la postre el inmenso sacrificio nacional se hizo en aras de unos pocos y que la brecha del desarrollo que por tal sacrificio trató de llenarse va a subsistir en perjuicio de la Nación".

Más adelante agrega:

> "La contribución forzosa y el compromiso coercitivo de la comunidad para el financiamiento de Paz del Río aparecen después, entre otras normas, en los Decretos Legislativos 4051 de 1949, 702 de 1954 y 285 de 1955, adoptados como leyes perma-

nentes, y en los Decretos Leyes 1392 de 1961 y 926 de 1962; y en cuanto al Banco y los Fondos Ganaderos, en el parágrafo del artículo 5º de la Ley 26 de 1959".

El alcance y la naturaleza del Decreto 602 *de* 1976.

Dice que con la expedición del decreto acusado el Gobierno persigue "atraer la atención de los interesados sobre bienes (acciones) pertenecientes a su patrimonio privado, a fin de que participen activamente en la gestión de sociedades de trascendencia nacional y que gracias a sus disposiciones se ha logrado incrementar en forma sorpredente el reclamo de títulos. Lo anterior significa que el decreto acusado debe considerarse como un instrumento jurídico que el Gobierno consideró necesario para lograr la realización de una de las finalidades de las disposiciones legales sobre inversiones sustitutivas que, hasta ese momento no se había logrado ejecutar, lo cual permite catalogar sus disposiciones como reglamentarias de la ley.

No obstante, sostiene el doctor Vélez García que el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional le presta también sólido fundamento jurídico al Decreto 602, pues las empresas a las cuales se refieren sus disposiciones han captado y manejan ahorro privado para el cumplimiento de sus objetivos relacionados con la extracción y elaboración siderúrgica y con el crédito para la industria ganadera.

Por último, afirma el impugnador lo siguiente:

"Es cierto que el artículo 184 del Código de Comercio, consagra una facultad. Pero también es cierto que todas las facultades conferidas por el derecho implican, precisamente por tratarse de facultades, la opción entre ejercerlas o abstenerse de hacerlo. En consecuencia, si el titular de una facultad deja voluntariamente de ejercerla, no puede colegirse de ello que la disposición que, en aras del bien común, supla tal omisión, vulnera la ley que otorga la facultad. Suplir el ejercicio omitido de una facultad no es violarla, sino, por el contrario, coadyuvarla haciendo que tal facultad cumpla su propósito. La violación sólo aparecería de manera manifiesta si el titular de la facultad quisiera ejercerla o estuviera ejerciéndola, y el acto acusado se la hubiera arrebatado, dándole representación a otra persona.

7. En vista de la acción u omisión que emanan de una facultad, no es exacto afirmar que una potestad se ha trocado en obligación en el caso del artículo 184 con relación al Decreto 602 sobre representación de acciones no retiradas. La *proposición correcta es la de que la abstención en el uso de una facultad ha sido suplida mediante la representación de los asociados omitentes en el retiro de sus acciones,* por tanto en el ejercicio de su facultad de hacerse representar. El fenómeno reflejado por el Dto. 602 consiste exclusivamente en que la abstención en el uso de una facultad ha sido suplida por el Gobierno, mediante una representación *"ad hoc"* para salvaguardiar tanto los intereses del socio omitente cocomo de la comunidad entera, en empresas básicamente vinculadas al bien común".

El concepto fiscal

El Señor Agente del Ministerio Público hace en 43 páginas una larga transcripción de todas las piezas fundamentales de los procesos acumulados y no oculta cierta perplejidad cuando se refiere a los razonamientos de la parte impugnadora y expresa "que en verdad no resulta fácil aceptar a primera vista de parte de quién se encuentra la razón".

Más adelante dice que en las disposiciones legales que cita la parte impugnadora como normas reglamentadas, no se encuentra ninguna que contemple "sustancialmente lo concerniente a la representación, por lo cual el decreto 'acusado' no viene a reglamentar, sino a llenar un posible vacío o a sustituir una norma, lo cual no corresponde a dicha facultad", de donde concluye que es violatorio del artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Finaliza el Señor Fiscal, diciendo:

"Si en la misma forma se siguen analizando los argumentos expuestos en pro y en contra de lo que se demanda, no obstante que no puede desconocerse la muy plausible finalidad pretendida con el Decreto 602 de 1976, no encuentra esta Fiscalía, ni en los argumentos esgrimidos por los impugnantes, ni en otros diferentes, manera de refutar los muy abundantes y serios aducidos por los demandantes y principalmente los expuestos por el doctor Hernán Toro Agudelo en el concepto que se allegó al expediente.

Por todo lo anterior este despacho considera que debe accederse a la nulidad pretendida por los diferentes demandantes".

Consideraciones de la Sala

Aspectos generales

1. *La intervención en la industria Siderúrgica*

Dos años después de la expedición del A. L. de 1936, en cuyo artículo 1º se instituyó la intervención del Estado en la economía por medio de leyes, El Congreso Nacional expidió la Ley 97 de 1938 en virtud de la cual se dispuso que el gobierno procediera "a organizar el establecimiento de fábricas para la elaboración de hierro y acero usando cualquiera de los procedimientos conocidos, conforme a la técnica moderna, de manera que se asegure una producción suficiente y continua, teniendo en cuenta los estudios geológicos y de toda clase, ya verificados si los hubiere, respecto de las regiones donde se encuentren los respectivos yacimientos, (artículo 1º). Para tal efecto se facultó al Gobierno para gestionar la formación de empresas con el fin indicado o destinadas a la elaboración del hierro y del acero producido en dichas plantas, suscribiendo en las Compañías que al efecto se constituyan, hasta el 51% de las acciones (artículo 2º) o también mediante el establecimiento directo de fábricas o empresas por parte del gobierno (artículo 3º).

El legislador del año 38 dispuso, pues, una intervención estatal en un sector muy importante de la economía nacional, como es el de la

industria siderúrgica, con unas características muy notorias de profundidad, en cuanto no la limitó a simples actos de estímulo, sino que le estructuró en forma tal que el Estado asumiera, por sí solo o con la colaboración del capital privado, la formación de empresas y la explotación consiguiente.

En el lapso comprendido entre 1938 y el acto Legislativo de 1945, el Gobierno no creó ninguna empresa con capital puramente estatal, ni con la colaboración del capital privado, en orden a la ejecución de la Ley 97. Tal era la situación, cuando se expidió el Acto Legislativo de 1945 por el cual se le introdujo una reforma importante a la norma sobre intervención económica, a saber: que ésta debía realizarse por mandato del legislador y no por medido de leyes como antes se tenía previsto, con lo cual se amplió la competencia gubernamental en el proceso intervencionista, según ha tenido oportunidad de explicarlo esta Sala en sentencias anteriores, como la dictada el seis de mayo de 1974, expediente 1836, Consejero ponente: doctor Alfonso Arango Henao. Allí se expresa al respecto, lo siguiente:

> "Conforme al artículo 32 de la Constitución Nacional, el ejercicio mismo del poder interventor que, en esencia, consiste en la determinación de los medios para su realización, le corresponde al Gobierno. Esto quedó completamente definido en virtud del Acto Legislativo de 1945 que cambió la expresión "intervenir por medio de Leyes" por la intervención "por mandato de la ley". Entonces se operó un traslado de competencia normativa, del Congreso al Gobierno. Durante la vigencia del A. L. Nº 1º de 1936 era de la competencia del Congreso no sólo la definición política sobre la oportunidad o la conveniencia de intervenir sino también el señalamiento de los medios a través de los cuales se hará operante la intervención, de forma que al Gobierno no le incumbía únicamente la ejecución de la ley y la expedición de los reglamentos necesarios para tal efecto, en ejercicio de su función administrativa ordinaria y corriente (Constitución Nacional 120-3) (ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, septiembre 4 de 1939 Gaceta Judicial Tomo XLVIII pág. 610, y ss). Pero el constituyente del año 45 consideró que no era el Congreso sino el Gobierno, el órgano estatal adecuado y mejor equipado para seleccionar los medios convenientes y eficaces para realizar la intervención y, estimó además, que esos medios dada la versatibilidad de los hechos sociales y económicos, no debían tener la rigidez intrínseca de las leyes sino la agilidad propia de los actos del Gobierno. Por ello procedió a instituir una redistribución de competencias en la materia, reservando al Congreso únicamente la facultad de conferir el mandato de la intervención, vale decir, la atribución de hacer el juicio político sobre la conveniencia, necesidad u oportunidad de la intervención, dejando en manos del Gobierno todas las atribuciones necesarias para su efectividad. Lo anterior significó que el Gobierno adquiriera un poder normativo que antes le correspondía al Congreso, es decir que la Constitución le otorgó a aquél, facultades de normación jurídica con fuerza equiparable a la ley. En otros términos, que los decretos por medio de los cuales el gobierno determina los medios

para realizar la intervención tienen fuerza de ley y, por lo mismo, son instrumentos jurídicos idóneos para derogar disposiciones legales, siempre y cuando no rebasen el ámbito material de la intervención señalado en el mandato conferido por el Congreso. Sinembargo, después de la Reforma Constitucional de 1968, tal virtualidad y jerarquía jurídicas aparecen modificadas en un doble sentido. De una parte por la consagración de una categoría superior de leyes, que se sitúan en un puesto intermedio entre la Constitución y la legislación corrientes, a saber: Las normas orgánicas del presupuesto nacional, las que determinan la estructura general de la administración, los estatutos básicos de los entes paraestatales, los que contienen las normas generales sobre organización del crédito público, sobre cambio internacional y comercio exterior, sobre modificación de aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. A éstas es preciso agregar las disposiciones que fijan los planes y programas de desarrollo económico y social a que deba someterse la economía nacional y los de obras públicas; pues se trata en estos casos de una normatividad fundamental que implica unas decisiones básicas para la organización y orientación del Estado, es decir, los pilares de una política general cuyo señalamiento, en principio, debe corresponder en una democracia como la nuestra, a los órganos de la representación nacional, a menos que ésta, por un acto político suyo, habilite al Gobierno para dictar esa normatividad, por medio de una ley que revista, *"pro tempore"*, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, o de que ocurra la hipótesis prevista en el penúltimo inciso del artículo 80 de la Carta, o, en fin, que sobrevenga la situación contemplada en el artículo 122 y se declare el estado de emergencia. El Gobierno no podría, en uso de las facultades de intervención, modificar las normas legales de que se ha hecho mérito, o sustituir al legislador ordinario en caso de que éste no los haya expedido, salvo que lo haga a través del mecanismo de las facultades extraordinarias como quedó apuntado. Correlativamente con esta limitación del uso de la facultad interventora, se tiene que la potestad reglamentaria (artículo 120-3) resulta ampliada por obra de la reforma de 1968, en cuanto el Gobierno tiene en las materias de que se trata (Leyes cuadro, Ley del plan) un amplio poder reglamentario para darles cumplida ejecución.

La subordinación de los atributos gubernamentales de intervención a los planes económicos y sociales o de obras públicas está, además, reforzada de manera expresa en la Carta cuando en el artículo 32 se indica, como uno de los fines de la intervención, que el desarrollo integral se alcance a través de la planificación. No obstante, esto no significa que la inexistencia del plan de desarrollo económico haga imposible la intervención Estatal. La Constitución propugna el desarrollo planificado, pero si por cualquier circunstancia aún no se hubiere expedido el plan, el Estado, así sea sin el orden y la coordinación apetecidas, debe atender su función esencial de procurar el desarrollo económico y el "objetivo principal" y último de realizar "la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular".

"Por consiguiente dentro de la normatividad que señala el artículo 32 el Gobierno como ejecutor del mandato de intervención dentro de la órbita que en él se le señale, puede dictar decretos con fuerza de ley para determinar los medios de intervención y para lograr las finalidades generales que consagra el artículo en cuestión y los fines inmediatos que persiga el mandato del Congreso, con las salvedades antes apuntadas, y las que nacen de las competencias constitucionales exclusivas del Congreso".

En sentencias de febrero 4 de 1976 y de febrero 3 de 1978 se expresó ese mismo criterio. A la primera de ellas pertenecen los siguientes apartes:

"En el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución, norma nueva adoptada en la reforma constitucional de 1968, se consagra una función gubernamental que en el texto mismo se califica como de intervención sobre una materia de indiscutible contenido económico, como son 'las actividades de personas naturales y jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado', o sea que se trata de una función de intervención económica. Esta expresión tiene en nuestro derecho constitucional un sentido y un alcance perfectamente definidos en el artículo 32 de la Carta, en el cual se señalan no solamente el objeto de la intervención estatal en la economía, sino también sus fines intermedios y últimos. Bajo una concepción política que reconoce y garantiza el principio de la libre empresa y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero que, a la vez, le reserva al poder público 'la dirección general de la economía', la Carta no puede menos de concederle a aquél la competencia de intervenir en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y de los servicios, para lograr el desarrollo armónico o integral de la comunidad y realizar en ella la justicia social a través de medios que permitan su racionalización y su planificación. Tal es, pudiera decirse, la filosofía de la intervención económica, aplicable cuando quiera que la Constitución o la ley se refieran al fenómeno, ya sea con esta calificación, como se hace en el artículo 120-14, o con otra expresión análoga. Si el artículo últimamente citado habla de intervención en una materia de indiscutible contenido económico, no puede el intéprete desatender el sentido propio que a esa expresión le ha asignado el constituyente, ni tratar de entender la función que allí se atribuye como algo divorciado sustancialmente de los principios generales contenidos en el artículo 32.

A propósito, es preciso tener en cuenta que:

"Las palabras de la ley se entederán en su sentido natural y obvio según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará en éstas su significado legal" (artículo 28 de la Constitución Nacional) y que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía" (artículo 30 *ibídem*).

Si se repasan los antecedentes del ordinal 14 en estudio, se advierte que el germen de la disposición se encuentra en una su-

gerencia del senador Tovar Concha cuando, a propósito del examen de la facultad presidencial contenida en el numeral 15 del artículo 120 sobre inspección y vigilancia de los bancos e instituciones de crédito, expresó la conveniencia de darle una mayor profundidad, instituyendo una especie de interventoría "para realizar una labor en el Banco de Emisión en concordancia con el principio de planificación de la moneda". A ello replicó el senador Restrepo Piedrahíta que el término inspección es muy policivo y que el poder interventor se encuentra consignado por el artículo 32. A esta altura del debate el senador Tovar Concha perfila ya una iniciativa y dice que lo que él insinúa "es una intervención racionalizadora o planificadora" como una función propia del Presidente para cuyo ejercicio no sea menester un mandato de la ley; agregó el mismo senador la conveniencia de extender esta nueva función a otras entidades como las del ramo de seguros, los fondos mutuos de inversión, las empresas capitalizadoras. Como consecuencia de todo ello, en la sesión del 10 de noviembre de 1956 se aprobó como numeral 14 del artículo 120 una nueva función presidencial concebida en los siguientes términos: "Ejercer la intervención necesaria en el Banco de Emisión y las sociedades de inversión". Al numeral 15 se le introdujo entonces una modificación consistente en suprimir de su enunciación al Banco de Emisión y agregarle la expresión, los demás, para calificar a los establecimientos de crédito sometidos a la inspección y vigilancia gubernamental (ver actas Nºs. 34 y 76 de los Anales del Congreso). Seis días después se modificó la fórmula adoptada así: "Ejercer como atribución constitucional propia la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de inversión de capitales", para relievar que esa función no comprendía solamente a las sociedades de capital, sino también a las de personas, tanto nacionales como extranjeras (ver acta 36, Anales Nº 80 junio 20 de 1967, páginas 1234/1235).

Posteriormente vuelve a reconsiderarse la cuestión a solicitud del senador Restrepo Piedrahíta, porque él estima poco precisa la frase "actividades de inversión de capitales" y propone sustituirla por la siguiente: "intervenir en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado". El mencionado senador sustentó su proposición así:

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

o sea el ya copiado atrás y que es el texto definitivo y actual del numeral 14 del artículo 120".

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

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

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

Doctor: yo lo que quiero es que me haga el favor de precisarme esto: vamos a ordenar aquí la intervención. Es la misma intervención del artículo 12 (sic) es decir, requiere mandato de la ley o es una autorización constitucional que se le da al Gobierno, sin intervención del legislador; una autorización constitucional para el Presidente de la República sin autorización del poder legislativo. Porque si fuera por mandato de la ley sí no se necesitaría".

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

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

Contra la opinión que, a pesar de estos antecedentes, continúa insinuándose en el sentido de calificar la nueva función creada en 1968 como una especie de inspección y vigilancia, ampliada o profundizada, hay además un argumento incontrovertible, a jui-

cio de la Sala: que si tal hubiera sido el propósito de los constituyentes no habría sido menester una reforma constitucional para lograrlo; mediante una simple reforma de la legislación ordinaria, el Congreso, con plenas facultades constitucionales para hacerlo, hubiera podido mediante una simple ley asignarle al Gobierno mayores poderes para el ejercicio de la función de inspección y vigilancia sobre el Banco Emisor y las instituciones de crédito dedicadas al manejo del ahorro privado, pues le compete al Congreso señalar el cauce, los canales, la intensidad, etc., de aquella función que el Gobierno ha de ejercer conforme a las leyes. Bastó que en la misma legislatura de 1968, advirtiera el Congreso la necesidad de dotar al Gobierno de poderes más amplios de inspección y vigilancia sobre las sociedades que se dediquen a "actividades de enajenación de inmuebles dentro de planes o programas de urbanización o construcción de viviendas, cualquiera que sea el sistema adoptado, así como de las consistentes en el otorgamiento de crédito para la adquisición de lotes o viviendas o para la construcción de las mismas" para que se expidiera la Ley 66 de 1968, en virtud de la cual se facultó al Gobierno hasta para tomar posesión de los negocios, bienes y haberes de tales personas, disponer su liquidación, el embargo y secuestro de bienes, etc. en este caso el legislador consideró que dentro de su atribución constitucional de regular el ejercicio de la función de inspección y vigilancia sobre los establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles podía dotar al Gobierno de amplísimos poderes para proteger a los usuarios de este tipo de crédito y de servicios. Entonces, si lo que se pretendía con la propuesta del doctor Tovar Concha y con la fórmula adoptada por la comisión era algo de alcance igual o análogo, como sostienen algunos, cuál era la necesidad de la reforma del numeral 15 del artículo 120?

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

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

cremento cualificado de la misma, redistribución del ingreso, aumento del poder adquisitivo del consumidor o de la demanda, etc.

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

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

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

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

Se ha ensayado la breve descripción que antecede, no sólo para relievar la diversa tipología que presentan los medios a tra-

vés de los cuales se puede realizar la intervención estatal, sino también para mostrar objetivamente que ellos están destinados a obtener cambios efectivos en el proceso económico, que su adopción comporta limitaciones más o menos profundas en la gestión empresarial y que, por consiguiente, entrañan restricciones en el ejercicio de la libre iniciativa privada. Resulta entonces patente la sustancial diferencia con los controles de tipo puramente legal a los cuales se hizo referencia antes.

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

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

La Ley 97 de 1938, de suyo constituye un mandato para intervenir en la industria del hierro y del acero, por manera que la reforma constitucional del año 45 sobre intervención del Estado en la Economía, no implicó su derogación sino más bien una ampliación de facultades para el Gobierno, que dispondría en adelante no sólo de atributos reglamentarios, sino de competencia para dictar normas con fuerza de ley, necesarias para la debida ejecución del mandato. Por consiguiente y en estricto rigor, el Gobierno dispuso a partir de 1945 de los más amplios instrumentos jurídicos para intervenir en la industria siderúrgica mediante la creación y organización de empresas estatales o de economía mixta. Sinembargo el Congreso consideró conveniente disponer por medio de una ley especial, la 45 de 1947, la creación de la Empresa Siderurgica Nacional de Paz de Río, quizás porque la trascendecia y la magnitud del empeño exigían un gran compromiso nacional. De esta suerte, se sumó al mandato amplio de la Ley 97 de 1938, el concreto y específico de la Ley 45 de 1947.

En la legislatura de 1948, que dio forma de ley ordinaria al Decreto Extraordinario 3123 de 1948, se acogió el criterio expresado por el Gobierno en dicho Decreto, y conforme al cual la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río "responde a urgentes necesidades de orden público económico por la transformación que dicha empresa está llamada a operar en el desarrollo industrial de la Nación...; que con el efectivo desarrollo de la Empresa Siderúrgica se lograría el inmediato mejoramiento de la balanza internacional de pagos, actualmente afectada por el éxodo de divisas destinadas a la adquisición de artículos de hierro y acero, con detrimento de la economía nacional; que es un deber del Estado fomentar y facultar la formación de empresas que como la Siderúrgica Nacional de Paz de Río, ofrece oportunidades propicias al capital, tanto nacional como extranjero para inversiones seguras y lucrativas y que además redunden en beneficio efectivo de la comunidad, y que los resultados favorables al país, que se derivarían del desarrollo de esta empresa, compensarán ampliamente las garantías y exenciones que se otorguen a los inversionistas nacionales y extranjeros" (Considerandos del Decreto 3123 de 1948, cuyas disposiciones forman el articulado de la Ley 95 de 1948).

Bajo el mismo criterio se dictó el Decreto 4051 de 1949, por medio del cual se implantó un nuevo sistema para la financiación de industria Siderúrgica sobre la base del recaudo del 50% del impuesto adicional establecido en la Ley 85 de 1946 para los contribuyentes del impuesto de renta y complementarios, que se invertiría en el pago de las acciones suscritas por el Estado en la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A. (artículos 1º y 2º del Decreto 4051). De este impuesto se exoneró a los contribuyentes que comprobaran la adquisición para sí, de acciones de la Empresa por un monto equivalente al del impuesto adicional (artículo 4º *ibídem*). Posteriormente se dispuso que la suscripción de estas acciones se atendería con las acciones del Gobierno Nacional que manejaba el Banco de la República, en calidad de fideicomisario y se elevó el impuesto adicional del 2½% al 4%. (artículos 9º y 12 del Decreto 285 de 1955).

En un principio las acciones que se adquieran para obtener la exoneración del impuesto no fueron negociables en el mercado (Art. 2º Decreto 261 de 1950), pero luego se les restituyó su negociabilidad (artículo 1º del Decreto 2187 de 1951).

La finalidad de la política adoptada en los decretos precitados, era clara: una empresa de tanta transcedencia para la economía nacional, reclamaba la participación activa del mayor número posible de colombianos, pero ésta dadas las circunstancias sólo se alcanzaría mediante el empleo de algún medio, en cierta forma compulsivo que garantizara, además, una fuente permanente de financiación.

De esta manera, buena parte de la inversión estatal sería sustituida por la inversión particular de los contribuyentes que hicieran uso de la opción legal, sin perjuicio de algunas acciones que conservaría el Estado (788.069 actualmente) representativas del precio de venta del ferrocarril Sogamoso Paz de Río (Decreto 1442 de 1951) y de los títulos o acciones expedidos por concepto del impuesto adicional de la renta, en los casos en que el contribuyente no hubiera he-

cho uso de la opción de comprar acciones. Este volumen de acciones del Estado se incrementará notablemente cuando se perfeccione la operación prevista en el Decreto 00323 de 1951, conforme a la cual, el Estado aportará a la empresa los derechos que a cualquier título le pertenezcan en los yacimientos de hierro, carbón, calizas y demás sustancias minerales situados en la zona de explotación y recibirá como precio de la cesión y de los minerales explotados hasta ahora, el equivalente en acciones de la empresa.

Es indiscutible que esta política significó una sustitución muy apreciable de la inversión pública por la privada, con el fin de vincular al mayor número de colombianos en una empresa de tanta significación nacional y de garantizar, por este medio, la solidez de su financiación, pero de ninguna manera puede interpretarse como si el Estado hubiere dejado de considerar a la Industria Siderúrgica como pilar fundamental del desarrollo industrial y a Paz de Río como empresa clave para la economía nacional. Esa apertura hacia la inversión privada, a través de la sustitución del impuesto, obedeció a circunstancias especiales y se mantuvo mientras fue necesaria para impulsar el crecimiento de la empresa, como un medio, el más adecuado en ese momento para alcanzar los fines de interés público y social, vinculados a ella.

Por consiguiente, no puede entenderse, ni siquiera suponerse que con ello se le había impreso un viraje absoluto a la política estatal, en el sentido de institucionalizar una privatización irreversible que impidiera o hiciera imposible en el futuro, la intervención en la industria siderúrgica, dispuesta por el legislador desde 1938. Ese mandato intervencionista continúa vigente y por lo tanto el Gobierno debe ejecutarlo, utilizando los medios necesarios e idóneos, según las circunstancias del momento, en orden a procurar el desarrollo de la industria y a precaver o a conjurar situaciones que puedan poner en riesgo los altos intereses nacionales vinculados a la empresa y, en ejercicio de esta competencia especial, el Gobierno según lo expresado anteriormente, está habilitado para dictar regulaciones con fuerza equiparable a la de la ley.

2. *El crédito ganadero*

Desde antes de 1959 esta modalidad de crédito ha sido objeto de intervención económica por parte del Estado pero, fue en este año cuando se le imprimió a esa intervención una forma perfectamente definida, al expedir el Congreso la Ley 29, sobre Banco y Fondos Ganaderos, entidades a las cuales se les dio la forma de Empresas de Economía mixta.

Los objetivos de esa intervención se deducen del texto de la ley y pueden sintetizarse en la necesidad de fomentar, canalizar y dirigir esta modalidad del crédito con el fin de alcanzar la financiación que requiere el desarrollo de la Industria Ganadera. El Crédito manejado por la iniciativa privada no ha mostrado mucha apetencia hacia la agricultura y la ganadería, por razón de la amplitud de los plazos que requieren estos préstamos, la complejidad en el manejo de cartera, y los riesgos que comporta, la localización preferente de los establecimientos de crédito en los centros industriales y comerciales de

mayor desarrollo y otras más, que no es menester enumerar ahora. Dadas estas circunstancias y la ineficacia del empleo de medios exclusivamente normativos para lograr una financiación suficiente de la industria, por conducto de la iniciativa privada, se hizo imperiosa la participación activa del Estado, en la organización de instituciones como el Banco y los Fondos Ganaderos, a los cuales aportó parte muy importante del capital.

Este mandato legal de intervención en el crédito ganadero no sólo se mantiene vigente, sino que ha sido ampliado y profundizado por la Ley 5ª de 1973, conforme a la cual el Banco y los Fondos Ganaderos continúan siendo sociedades de economía mixta, cuyo capital se integra con acciones de la clase A (oficiales) y acciones de la clase B (suscritos por particulares). Se dispone que las juntas directivas de los fondos sean paritarias entre el sector público y el privado, a pesar de que esa proporción no corresponda con la representación de acciones en las Asambleas Generales, con lo cual se pretende otorgarle al Estado una preeminencia en la dirección de tales instituciones. Se permite la separación de las elecciones de los miembros del sector público y del privado en tales juntas y se prevé la aplicación del cuociente en esas elecciones, dentro de cada sector.

Para que se entienda conferido el mandato de intervención no se precisa el empleo de fórmulas sacramentales como es de usanza en el otorgamiento de la representación judicial. Si el legislador dispone que el Estado asuma una función de tipo económico que antes no ejercía, bien sea en concurrencia con los particulares o ya sea desplazando a éstos y crea instituciones para ejercerla con el fin de orientar, dirigir, fomentar o canalizar la actividad económica en un determinado sentido, es indiscutible que las disposiciones correspondientes entrañan un mandato de intervención económica que habilita al Gobierno para disponer sobre los medios necesarios y adecuados en orden a la realización del propósito interventor, no sólo mediante el ejercicio de los atributos inherentes a la potestad reglamentaria, sino del empleo de facultades de mayor alcance, como son las que se derivan del artículo 32 de la Carta fundamental.

Es, pues, evidente que, en relación con el crédito Ganadero, existe un mandato de intervención dispuesto por el legislador para fomentarlo, dirigirlo, orientarlo y canalizarlo en orden a lograr la adecuada financiación que permita un desarrollo del sector acorde, con el desarrollo general de la economía nacional. También es incuestionable que el legislador instituyó al banco y a los fondos ganaderos como los organismos fundamentales de esa intervención y, dentro de ese criterio, se le otorgó al Estado una preeminencia sobre el sector privado, como personero del bien común o del interés general. En estas condiciones la Sala concluye que el Gobierno no solamente está habilitado para dictar las normas reglamentarias de la ley que contiene el mandato, sino también para expedir disposiciones con fuerza de ley, dentro del marco de ese mismo mandato y que el Gobierno considere necesarias para realizar los fines que el Congreso le señaló o para impedir o evitar que los organismos de intervención previstos sean desviados de sus objetivos propios.

Las acciones provenientes de inversiones sustitutivas de impuestos

Tanto en la empresa Acerías Paz de Río, como en el banco y en los fondos ganaderos el sistema de financiación establecido en la ley y a través de la inversión sustitutiva de impuestos (Decreto Legislativo 4051 de 1949 y disposiciones posteriores, artículo 5º Ley 26 de 1959 y Ley 42 de 1971), ha producido un fenómeno que se explica fácilmente por la naturaleza misma del sistema: una cantidad muy apreciable de accionistas han omitido el reclamo de sus títulos y han dejado de ejercer los derechos y deberes inherentes a su condición; unos por olvido, otros por inercia, otros porque han desaparecido, bien por muerte o extinción de la persona jurídica, otros porque ignoran la existencia de los títulos. Sea cual fuere la causa, la situación real en el caso de Acerías Paz de Río es la existencia de 12'025.357 acciones sin entregar sobre un total de 60'785.230, que representan un 19,8% (inspección judicial fl. 14 expediente 2462). En el banco ganadero la proporción es del 26% sobre el número total de acciones.

Hasta el año de 1969 Acerías Paz del Río no repartió dividendos y el movimiento de títulos en el mercado no alcanzó a los 4 millones de acciones. Ya en 1970- 71 ese movimiento alcanza la cifra de 15 millones y en los años 74 a 76 monta a más de 32 millones (fl. 141 inspección judicial).

Correlativamente se registra un incremento en los precios de las acciones que pasa de un promedio de $ 1.63 en 1969 a $ 6.39 en 1975, a $ 12.65 en 1976 y a $ 18.5 en 1977 (Inspección judicial folio 141 y certificado de la Bolsa folio 159 expediente 2462).

En las actas de asambleas general se advierte que hasta 1968 el organismo máximo de acerías mantuvo una severa política orientada en el sentido de destinar la totalidad de las utilidades a incrementar la reserva legal y la reserva para agotamiento de minas.

Desde el año 69 la junta directiva propuso destinar una parte moderada, pero racional de la utilidad para la distribución de dividendos y la asamblea general respaldó esa política con una mayoría considerable.

Hasta entonces prevaleció entre los accionistas el criterio de mantener y aumentar la capacidad de endeudamiento externo de la empresa a base de incrementar las reservas con miras a asegurar la financiación de los ensanches industriales. Pero a partir de los años 71 y 72 hace su aparición en la asamblea una tendencia cada vez mayor que persigue el aumento de los dividendos mediante un castigo de los incrementos para reservas.

Esta tendencia adquiere una fuerza numérica muy apreciable en las asambleas generales de 1975 y de 1976 que, si bien no alcanzó a quebrantar del todo la política previsora de garantizar, ante todo, los futuros desarrollos de la empresa, sí se tradujo en castigos a las reservas, con el fin de aumentar los dividendos.

En el año 76 esas fuerzas casi alcanzan a equipararse con la tendencia tradicional (19 millones de acciones frente a 22 millones. Véase fotocopia de actas que hacen parte de la diligencia de inspección judicial cuaderno Nº 4).

Todos estos hechos, debidamente registrados en el expediente indican que en los últimos años, algunos grupos poderosos de inversionistas particulares han venido adquiriendo acciones que cada día se valorizan más y que adquirirán aún mayor valor si la distribución de dividendos fuese mayor. Por ello, el interés de este tipo de inversionistas se ha expresado dentro de las asambleas generales, en la forma anotada anteriormente.

En una empresa puramente privada, cuya actividad se determine por el incentivo de la ganancia o del lucro y a cuyo buen o mal suceso no esté ligado el interés de la Nación, no resultaría extraño ni insólito así fuese equivocado, que prevaleciera en la voluntad social el criterio de sacrificar el porvenir mismo de la sociedad en aras de un aumento de la utilidad distribuible en dividendos.

Pero en una empresa como Acerías Paz de Río el predominio de una orientación en ese sentido, no sólo pugna con las finalidades de interés social que determinaron su creación, sino que, eventualmente y por las características de la industria siderúrgica, podría significar su fracaso, con el consiguiente impacto catastrófico sobre toda la economía nacional. Un gran esfuerzo del Estado Colombiano y de la Nación en general, realizado a lo largo de treinta años, podría quedar arruinado de un momento a otro por la voluntad de un grupo que podría llegar a ser mayoritario, no por virtud de su propia fuerza, sino porque existe un alto porcentaje de acciones (19.8% con acerías y 26% con el Banco Ganadero) que no cuenta para nada en las decisiones de la asamblea por las razones descritas en párrafos precedentes. Significa lo anterior que ese fenómeno de ausentismo *"sui generis"*, que se deriva del sistema financiación adoptado en la ley, a través de las inversiones sustitutivas de un impuesto, se ha traducido en una alteración de la representabilidad real de las fuerzas que actúen en las asambleas generales, con grave riesgo, en el caso de Paz de Río, para los fines de interés social que debe atender la empresa y en eventual detrimento de la orientación estatal en materia de crédito a la ganadería.

El acto impugnado

El Decreto 602 de 1976 constituye el objeto de la pretensión de nulidad; para dictarlo el Gobierno Nacional invocó sus facultades constitucionales y legales, sin ninguna especificación. Por medio de tal acto se dispuso que las acciones suscritas por los contribuyentes como inversión sustitutiva de los impuestos para fomento siderúrgico y ganadero en Acerías Paz de Río S. A., en el banco y en los fondos ganaderos que no hubieren sido reclamados por los contribuyentes en las fechas en que se celebren las asambleas generales deberán ser representados en las mismas, por el gerente general del Banco de la República o de un delegado suyo, por un representante del superintendente bancario y por el Ministro de Agricultura o su delegado, respectivamente.

Dado, el tenor mismo de la disposición, sus implicaciones en la dirección y orientación de las entidades en mención y la naturaleza económica de éstas, es indiscutible que la norma constituye un típico acto de intervención del Estado en la economía.

El efecto previsto en la norma recae exclusivamente sobre las acciones provenientes de la inversión sustitutiva de un impuesto que no hubieren sido reclamadas por sus titulares al momento de celebrarse la correspondiente asamblea general; ello significa que el ámbito de incidencia de la disposición se restringe a una franja de accionistas contribuyentes que no han realizado siquiera el mínimo acto de dueños, de reclamar el título y que han permanecido absolutamente al margen de las respectivas entidades.

En apartes anteriores de esta providencia se dejó demostrado cómo en relación con la industria siderúrgica y con el crédito ganadero existe un mandato de intervención económica que, precisamente, se realiza a través de Acerías Paz del Río, el banco y los fondos ganaderos, entidades de economía mixta que emanan de la propia voluntad legislativa. También quedó demostrado que de conformidad con el artículo 32 de la Constitución Nacional ese mandato habilita al Gobierno para dictar las disposiciones con fuerza de ley que sean necesarias para la ejecución de dicho mandato, mediante la adopción de los medios que el Gobierno considere idóneos, dentro del marco del referido mandato y para los fines del mismo. Por consiguiente, si el Gobierno advirtió que la proporcionalidad de las fuerzas actuantes....

Dentro de las respectivas asambleas generales, no correspondía a la real distribución de los accionistas, de lo cual se derivaba una preeminencia de sectores que, en otras condiciones, tendrían una representación muy inferior y si, además, esa preeminencia amenazaba con traducirse en orientaciones en las cuales eventualmente pudiera predominar el beneficio exclusivo de los accionistas, en detrimento del interés general vinculado a tales empresas, estaba en la obligación de proveer lo conveniente para hacer prevalecer éste (artículo 30 Constitución Nacional) y para preservar en esas entidades sus perfiles legales, como instrumentos de intervención económica, sin desconocer los legítimos derechos de los accionistas, como en efecto no los desconoció, pues, en todo caso queda a la decisión de quienes no hayan retirado sus títulos el ejercicio de la plenitud de sus atributos, ejecutando el acto único y elemental de reclamarlos. En cuanto tal hicieren, la norma contenida en el decreto que se impugna, deja de tener aplicación.

Los cargos formulados

La mayor parte de éstos se estructura sobre una falta de competencia del Gobierno para expedir el acto impugnado, porque consideran los demandantes que una norma de tal naturaleza sólo puede dictarla, en principio, el Congreso y únicamente el Gobierno, si media un mandato de intervención que, en concepto de los demandantes no existe.

La Sala comparte el raciocinio general de los demandantes, pero considera que en el caso *"sub examine"* existe el mandato que ellos echan de menos, según se demostró antes.

También aducen violación del artículo 120 numerales 3º y 15 del artículo 63 de la Constitución, porque esas disposiciones no habilitan al Gobierno sino para ejercer la potestad reglamentaria y la inspec-

ción y vigilancia de las sociedades dentro del marco señalado por la ley, lo cual supone que los actos expedidos por el Gobierno no pueden tener virtualidad para modificar ésta. Este cargo no resulta fundado porque el acto impugnado no se apoya en tales atribuciones, sino que halla respaldo en el artículo 32 de la Constitución Nacional. Y, concretamente en un mandato legal de intervención económica. Establecido como está que el decreto impugnado ha sido dictado en ejercicio de los poderes especiales de intervención, considera la Sala que es competente para conocer de las pretensiones que se han formulado en las demandas acumuladas, de acuerdo con doctrina expuesta en varias providencias de esta corporación como la pronunciada en el proceso Nº 2657, de fecha 31 de noviembre de 1977 y en la cual se dijo:

> "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. (artículos 76, 39, etc. Constitución Nacional)".

El cargo de violación de los artículos 379, 384 y 394 del Código de Comercio en concordancia con el artículo 30 de la Constitución Nacional, en cuanto el acto acusado "implica el desconocimiento de derechos adquiridos por accionistas de sociedades anónimas privadas", tampoco tiene fundamento a juicio de la Sala porque, en verdad no se priva al accionista que quiera hacer valer sus derechos de la facultad de hacerlo; la disposición sólo afecta la inercia del accionista —contribuyente, cuya pasividad no ha permitido lograr que las asambleas generales de esas entidades sean el reflejo proporcional del capital pagado, circunstancia que, a su vez, puede ser eventualmente utilizada para satisfacer intereses contrarios al interés social que está vinculado a tales empresas. El simple reclamo de los títulos por parte del accionista contribuyente impide que sus acciones sean representadas en la forma establecida en el decreto y lo habilita ampliamente para ejercer la plenitud de sus derechos como asociados, luego la disposición acusada no implica el desconocimiento de ningún derecho adquirido.

En torno al cargo de violación de los artículos 181, 184 y 419 del Código de Comercio, sobre composición de las asambleas de accionistas y sobre representación en ellas, la Sala estima: 1º) que en el caso que se examina no se trata de sociedades de mero derecho privado, sino de unas sociedades de economía mixta, creadas con el fin de realizar a través de ellas una intervención económica; 2º) que la disposición impugnada tiene un campo de aplicación restringido a un

tipo de acciones y de accionistas que no es el común, en cuanto sus títulos tuvieron origen en la inversión sustitutiva de un impuesto y, 3º) que el Gobierno, mediante la habilitación de una mandato legal de intervención es competente para dictar preceptos con fuerza de ley en orden a preservar el cumplimiento de los fines señalados en dicho mandato. Por estas razones no se considera que el acto cuya nulidad se demanda sea violatorio de los artículos del Código de Comercio que citan los demandantes, pues, el Decreto 602 de 1976 tiene fuerza legal.

Tampoco advierte la Sala violación de los artículos 28 y 29 de la Ley 5ª de 1973, porque con la disposición acusada no se altera la composición del capital de los fondos ganaderos prescrita en el artículo previamente citado, ni por virtud de ella resulta posible variar la proporcionalidad establecida en el artículo 29 *ibídem*, entre los accionistas de la clase A y de la Clase B. en la integración de las juntas directivas.

En mérito de las razones expuestas, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso administrativo Sección Primera—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley NO ACCEDE A DECLARAR LA NULIDAD IMPETRADA en las demandas que dieron lugar a los procesos acumulados 2462, 2467 y 2476.

Previa ejecutoria archívense los expedientes.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO. — Los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario Nº 2836 de septiembre 30 de 1974, restringieron la base de liquidación de los certificados de abono tributario para el tipo de operaciones de exportación realizadas de acuerdo con los sistemas especiales de importación - exportación a que se refiere el artículo 15 y el artículo 16 del Decreto Ley 683 de 1957, y el artículo 179 del mismo Decreto Ley 444, pues dispone que el certificado de abono tributario se otorgará solamente sobre el valor del ingreso efectivo de divisas, descontando el costo de las materias primas importadas base de liquidación de los certificados de Abono Tributario; cambios Definición de reintegro Objetivo del Estatuto de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior Nulidad de los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario Nº 2086 de 1974.

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

(Consejero ponente: *Doctor Bernardo Ortiz Amaya*)

Referencia: Expediente Nº 4049. Actor: Alfonso Rojas Llorente. Nulidad y suspensión provisional artículos 2º y 3º del Decreto Ordinario Nº 2086 de 1974 del Gobierno Nacional. *Decretos del Gobierno*

El ciudadano Alfonso Rojas Llorente formuló demanda ante esta Corporación para obtener la nulidad de los artículos 2º y 3º del Decreto 2086 de 1974, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 2º El Certificado de Abono Tributario se otorgará sobre las divisas que efectivamente ingresan a las reservas internacionales del país, deducidos los giros de que trata el artículo 1º de este decreto, y de conformidad al porcentaje que le corresponda al producto, según el Decreto 2004 del 24 de septiembre de 1974".

"Artículo 3º Para que los exportadores puedan hacer uso del sistema de 'Reposición' previsto en el artículo 179 del Decreto Ley 444 de 1967, deben demostrar no haber recibido Certificado de Abono Tributario sobre el valor de la materia prima importada que se proyecta sustituir, a más de cumplir el requisito señalado en el Decreto 741 de 1974".

El demandante considera que los artículos mencionados violan lo dispuesto por el artículo 166 del Decreto 444 de 1967 subrogado

por el artículo 12 del Decreto 688 de 1967 y aclarado por el artículo 9º del Decreto Ley 2366 de 1974; igualmente considera que dichas normas violan los artículos 54 y 179, del mismo Decreto Ley 444 de 1967.

El actor expuso el concepto de violación en la siguiente forma:

1. "El artículo 2º del Decreto 2086 de 1974 viola ostensiblemente el mandato superior contenido en el artículo 166 del Decreto Ley 444 de 1967, subrogados por el artículo 12 del Decreto Ley 688 de 1967 y aclarado por el artículo 9º del Decreto Ley 2366 de 1974, por cuanto los decretos con carácter de ley determinan que el CAT se liquidará sobre el valor FOB del reintegro, y el decreto reglamentario restringe el CAT, sin fundamento legal alguno, a sólo una parte de este reintegro, con el simple expediente de calificar la otra parte, por exclusión, como divisas que no ingresan efectivamente a las reservas internacionales del país.

"Además el artículo 2º al calificar como no reintegro implícitamente a una parte de las divisas provenientes de exportaciones y no reconocer sobre dicha parte el CAT, viola lo que dispone el artículo 54 del Decreto 444 de 1967, que si bien permite una destinación especial para tales divisas, las considera, 'parte del reintegro', y no otra cosa, y añade que: 'el Banco de la República tomará de los reintegros respectivos las sumas necesarias para efectuar los giros correspondientes en nombre del exportador'.

"El procedimiento que establece el artículo 54 citado no sólo no autoriza considerar distintamente como reintegro una parte de las divisas del total proveniente de exportaciones, y la otra como no reintegro, sino todo lo contrario, pues dice que 'la totalidad de las divisas provenientes de exportaciones deberá reintegrarse al Banco de la República' y entonces considera explícitamente a ambas partes como reintegro, por lo que el artículo 2º del Decreto 2086 de 1974 viola en forma también manifiesta otra norma superior, al hacer diferencia entre una y otra parte del reintegro y negarle a la una su calidad de tal, con el objeto de restringirle el CAT a que tiene derecho.

"Es oportuno hacer énfasis en que el párrafo primero del artículo 54 citado obliga a que sin excepción todas las divisas provenientes de exportaciones deben ser reintegradas, aunque más adelante el artículo 159 del Decreto 444 de 1967, exime de esta obligación al 'producto en divisas de las exportaciones del petróleo que realicen las empresas extranjeras'.

"En esta forma el Gobierno en Decreto reglamentario va más allá de lo que determina la ley y restringe a una parte de lo que la ley ordena que debe ser para un todo, en abierta contradicción a normas constitucionales, puesto que al restringir el mandato de la ley, no está el Gobierno reglamentando, para lo que tiene facultad, sino legislando.

"Puede recordarse que el Gobierno que dictó en uso de las facultades del artículo 122 de la Constitución el Decreto 2366

de 1974 aclarando que el CAT se liquida sobre el valor FOB del reintegro tuvo también en ese momento, y utilizando las mismas facultades de la emergencia económica, la posibilidad de restringir, si así lo hubiese considerado conveniente, la base para liquidar el CAT a sólo una parte del valor FOB del reintegro, cosa que no hizo, lo que confirma aún más lo que he venido sosteniendo en cuanto a que el CAT debe liquidarse sobre el total FOB del reintegro y no sobre una parte de éste.

2. "Es igualmente rotunda la violación de normas superiores por parte del artículo 3º del Decreto 2086 de 1974 por cuanto condiciona la facultad que otorga a los exportadores el artículo 179 del Decreto Ley 444 de 1967 a que éstos demuestren no haber recibido Certificados de Abono Tributario sobre lo que corresponde al valor de la materia prima importada que se proyecta sustituir, es decir, sobre una parte del reintegro.

"En ninguna parte las normas legales dan pie para restringir el CAT a una parte del valor FOB del reintegro, tal como se demostró atrás, y es la ley tan clara al respecto que no se puede desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

"El artículo 179 del Decreto 44 de 1967 dice:

" 'Artículo 179. Quien exporte con el lleno de los requisitos legales, productos nacionales en cuya manufactura se hubieren incorporado partes o materias primas importadas que hayan cubierto impuestos de aduana, tendrá derecho a que se le otorgue licencia para importar, libre de tales gravámenes y de depósito previo, una cantidad igual de aquellas partes o materias.

"Este derecho conferido por el presente artículo deberá ser ejercitado dentro del término de un año, contado a partir de la fecha de la respectiva exportación y podrá ser cedido por el exportador al fabricante de los productos".

"El Gobierno por medido del Decreto 741 de 1974 definió lo que para efectos del sistema de reposición, de que trata el artículo 179, se considera 'Productos Nacional'.

"Si para el artículo 2º del Decreto 2086 de 1974 el Gobierno por lo menos intenta justificar sin fundamento legal como lo he demostrado, la restricción del CAT a una parte del reintegro calificando la otra como divisas que no ingresan a las reservas del país, en el caso del artículo 3º ni siquiera utiliza este expediente, ni otra cualquiera justificación, que no puede encontrar, sino que arbitrariamente desconoce que el artículo 166 del Decreto 444 de 1967 y 12 del Decreto 688 de 1967 aclarados por el artículo 9º del Decreto 2366 de 1974, mandan que el CAT se liquide sobre el valor FOB del reintegro y exige, sin fundamento alguno, que si se quiere utilizar el mecanismo previsto por el artículo 179 del Decreto 444 de 1967 el CAT no se haya recibido sobre el total del reintegro sino sólo sobre una parte de éste. Debe recordarse que la utilización del sistema previsto por el artículo 179 citado presupone primero la exportación normal (que conlleva al reintegro total correspondiente a lo exportado tal como

lo ordena el artículo 54 del Decreto 444 de 1967 en su párrafo primero) para poder solicitar la reposición de los insumos importados que hayan sido utilizados en la producción de los bienes de exportación y entonces sólo por culpa de la restricción que establece el artículo 3º del Decreto reglamentario 2086 de 1974, en el momento del reintegro el exportador no podrá recibir CAT sobre una parte de este reintegro violándose flagrantemente las disposiciones del artículo 166 del Decreto 444 de 1967, subrogado por el artículo 12 del Decreto 444 de 1967 y aclarado por el artículo 9º del Decreto 2366 de 1974, que dice que el CAT se liquidará con base en el reintegro del valor FOB de las mercancías exportadas y no sobre una parte de éste como establece la norma acusada".

Posteriormente en el alegato de conclusión sustentó sus argumentos así:

1. "El Certificado de Abono Tributario, CAT, se estableció por el Decreto Ley 444 de 1967 como un porcentaje que debe liquidarse sobre el *"Valor total del reintegro"*.

2. "El Decreto Ley 2366 de 1974 ordena que el CAT se liquide *"con base en el reintegro del valor FOB de las mercancías exportadas"*.

3. "El artículo 54 del Decreto Ley 444 de 1967 ordena que 'La totalidad de las divisas provenientes de exportaciones deberá reintegrarse al Banco de la República' y más adelante, y específicamente para el caso de regímenes especiales de exportación, contempla la posibilidad de que 'parte del reintegro se destine a cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador' para lo cual 'el Banco de la República *tomará de los reintegros respectivos* las sumas necesarias para efectuar los giros correspondientes en nombre del exportador'.

4. "El artículo 1º del Decreto Reglamentario 2086 de 1974, en un todo de acuerdo con el artículo 54, *supra*, dice: 'Al momento de reintegrarse al Banco de la República el valor de las exportaciones de productos en cuya elaboración hayan concurrido materias primas importadas para los fines de que tratan los artículos 172 y 173 del Decreto Ley 444 de 1967, el Banco de la República, de conformidad con lo previsto en el artículo 54 del mismo Decreto 444 de 1967 *tomará de los reintegros respectivos* las sumas necesarias para efectuar los giros a nombre del exportador por el valor que éste adeude en moneda extranjera *por concepto del producto importado bajo dichas normas y modalidades*'.

5. "Es decir, tanto el artículo 54 del Decreto 444 de 1967 como el artículo 1º del Decreto 2086 de 1974 reconocen que todas las divisas que entrega el exportador al Banco de la República como producto de la exportación son reintegro y permiten, en el caso de sistemas especiales que de dicho reintegro se pueda deducir el valor de 'los giros de que trata el artículo 1º de este Decreto' (el 2086).

6. "Por lo tanto, si el mismo Decreto 2086 reconoce que tal parte utilizada para girar al exterior es también una porción del reintegro; y como el CAT, por norma superior debe liquidarse sobre el valor total FOB del reintegro, la contradicción entre lo que manda la ley a través de decretos leyes y que reitera el artículo 1º del Decreto 2086 de 1974 y lo que establecen los artículos 2º y 3º del mismo Decreto 2086 reglamentario que restringen el CAT a sólo una parte del reintegro es clara, obvia, manifiesta.

7. "Es el caso del sistema de reposición del artículo 179 del Decreto 444 debe existir también un reintegro total, pues no otra alternativa deja el artículo 54; y como el artículo 3º del Decreto 2086, sin fundamento alguno, sin siquiera proponer la más mínima justificación obliga, para que pueda utilizarse este sistema, a no recibir CAT sobre una parte del reintegro, se viola también en forma ostensible la norma superior que ordena liquidar el CAT sobre el valor FOB total del reintegro y no sólo sobre una porción de éste.

8. "Queda así completamente demostrada la violación por parte de los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario 2086 de 1974 de normas superiores con carácter de ley, lo que está ampliamente explicado y demostrado en mi demanda del 22 de noviembre de 1976 y en el recurso de súplica de enero 13 de 1977 y expuesto con claridad meridiana en el salvamento de voto del H. Consejero Salazar Tapiero, documentos que solicito a la H. Sala tener en cuenta como parte de este alegato".

Por su parte el Señor Fiscal 3º del Consejo de Estado doctor Jorge Dangond Flórez consideró que las violaciones alegadas no tienen fundamento y al respecto se expresó así:

"1. El meollo de la cuestión está en las siguientes expresiones normativas que el demandante subrayó en su libelo y que considera claras: al momento de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones 'el Banco de la República hará entrega al exportador de certificados de abono tribtuario en cuantía equivalente, en moneda colombiana, a un 15% *del valor total del reintegro*' y 'la Junta Monetaria podrá disponer, en caso de regímenes especiales de exportación, *que parte del reintegro* se destine a cubir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador', y 'en tal caso, el Banco de la República *tomará de los reintegros respectivos* las sumas necesarias para efectuar los giros correspondientes en nombre del exportador'.

"Debemos decir, en primer término, que es importantísimo, en el proceso de interpretación de la ley, averiguar y valorar, como fuente primaria de conocimiento, la finalidad perseguida por el legislador; que el punto de partida debe ser teleológico pues toda norma es, sin duda, un medio para lograr un fin, desde luego racional, y que, por consiguiente, es fundamental y no 'inoficioso' encontrar y dar valor a los objetivos que tuvo el legislador en cuenta al expedir el estatuto cambiario y particularmente al establecer los estímulos tributarios a las exportaciones llamadas 'menores'.

"El Decreto Ley 444 de 1967, sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior, según las textuales palabras del mismo, 'tiene por objeto promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario a través de los siguientes medios: a) Fomento y diversificación de las importaciones; b) aprovechamiento adecuado de las divisas disponibles; c) control sobre la demanda de cambio exterior, particularmente para prevenir la fuga de capitales y las operaciones especulativas; d) estímulo a la inversión de capitales extranjeros, en armonía con los intereses generales de la economía nacional; e) repatriación de capitales y reglamentación de las inversiones colombianas en el exterior, y f) logro y mantenimiento de un nivel de reservas suficientes para el manejo normal de los cambios internacionales'.

"En esa primera norma están clarísimos los fines perseguidos por el legislador extraordinario y allí mismo se lee esta nítida orden: 'Las disposiciones del presente estatuto se interpretarán y aplicarán de conformidad con este artículo'.

"El capítulo X sobre estímulos tributarios a las exportaciones contiene la sección primera dedicada a los Certificados de Abono Tributario; la sección segunda a los sistemas especiales de importación - exportación, y la sección tercera al Fondo de Promoción de exportaciones. Todas ellas, como es obvio, con las normas tendientes a incrementar el comercio exterior del país y a fortalecer su balanza de pagos por medio del fomento y diversificación de las exportaciones 'menores'.

"Basta, pues, una lectura cuidadosa del estatuto para ver con claridad los fines económicos y sociales perseguidos y entre ellos, principalmente: aumentar las ventas al exterior, aprovechar en forma adecuada las divisas y lograr y mantener un nivel de reservas suficiente para el manejo normal de los cambios internacionales. Así lo vio el Consejo de Estado en 1971 y por eso entendió que el estímulo tributario 'ha sido concedido para que a través de los exportadores colombianos el país obtenga la mayor cantidad posible de monedas extranjeras', y en 1972 reiteró la importancia del ingreso efectivo al Banco de la República de las divisas provenientes de las exportaciones. Y así lo comprendió también la Corte Suprema de Justicia en 1974 y lo repitió el Consejo, ahora, al expresar que 'existe una voluntad del legislador de liquidar y reconocer certificados de abono tributario para las exportaciones en la medida y proporción en que éstas, por ser generadoras de divisas extranjeras, refuerzan las reservas del país' y al confirmar, a través del criterio de interpretación establecido en el Decreto 444 de 1967, que el fin perseguido no es otro que estimular el incremento efectivo de esas reservas.

"2. Como lo anotó el Consejo, el verdadero alcance de una disposición no se puede deducir del simple examen aislado y desconectado del conjunto normativo. Hay que apreciar la disposición en armonía con las demás para establecer su auténtico significado.

"Un precepto legal se determina, primordialmente, según su finalidad. El sentido literal es, sin duda, un auxiliar valioso en la

averiguación y, por eso se deben examinar las palabras que el legislador ha utilizado en determinada proposición jurídica, pero enlazando las normas para dar preferencia al significado que corresponda, realmente, al objeto total.

"Cuando la más común de las palabras aparece en un texto legal de características especiales, por la materia, se convierte en expresión técnica y el intérprete debe darle el sentido acorde con la estructura del sistema dispositivo que ha creado su propia terminología con una finalidad visiblemente perseguida.

"3. La Fiscalía entiende que cuando la ley ordena *reintegrar al Banco de la República la totalidad de las divisas provenientes de las exportaciones* lo que quiere es que el Estado reciba, *efectivamente*, la moneda extranjera para su aprovechamiento adecuado, para mantener un nivel de reservas suficiente y necesario en el manejo de los cambios internacionales. Y cuando dispone que en ese momento el Banco de la República entregue al exportador Certificado de Abono Tributario en cuantía equivalente, en pesos colombianos, a un 15% *del valor total del reintegro,* quiere decir que ese valor debe corresponder a *la totalidad de lo efectivamente reintegrado,* esto es, de lo que en realidad va a reforzar las reservas del país. En ese sentido, la ley es clara.

"C. *Disposiciones reglamentarias.*

"1. El Decreto Reglamentario 2086 de 1974, al disponer que *el Certificado de Abono Tributario se otorgará sobre las divisas que efectivamente ingresan a las reservas internacionales del país,* interpreta correctamente las normas superiores pues, como antes vimos, eso es lo que claramente se desprende del contenido de las mismas. Y si esto es así, carecen de fundamento las censuras del demandante.

"2. Como lo observó el Consejo en las providencias para no acceder a la suspensión provisional, el Decreto Ley 444 de 1967 contempla en el captíulo X, correspondiente a los estímulos tributarios, un especial sistema contractual en el cual está prevista la importación temporal de materias primas y de más insumos, exentos de depósito previo, de licencia y de derechos consulares y aduaneros, para la producción de artículos exclusivamente destinados a su venta en el extranjero, lo que implica la posterior ' reexportación '.

"El artículo 179 del mismo estatuto dispone que quien exporte con el lleno de los requisitos legales, productos nacionales en cuya manufactura se hubieren incorporado partes o materias primas importadas que hayan cubierto impuestos de aduana, tendrá derecho a que se le otorgue licencia para importar, libre de tales gravámenes y de depósito previo, una cantidad igual de aquellas partes o materias.

"Y según el reglamento acusado, para que los exportadores puedan hacer uso del sistema de reposición previsto, deben de-

mostrar no haber recibido certificado de Abono Tributario sobre el valor de la materia prima importada que se proyecta sustituir.

"La Fiscalía tampoco ve en esta disposición reglamentaria una violación de las normas de superior jerarquía".

En la audiencia pública que se llevó a efecto, el actor reiteró sus tesis sobre violación de las normas que establecen el derecho a reclamar los certificados de abono tributario sobre el valor total del reintegro; expuso que el volumen de las exportaciones menores ha disminuido coincidencialmente con la restricción a la forma de liquidación de los CAT por concepto de dichas exportaciones y explicó cómo para reducir la base de liquidación sobre el valor CIF de la facturación por exportaciones al valor FOB de las mismas el Gobierno recurrió a un decreto extraordinario con las facultades derivadas de la declaración de emergencia económica, lo que por medio del Decreto Reglamentario 2086 de 1974 intenta hacer en los artículos 2º y 3º acusados.

Para resolver se considera

Como muy bien lo dijo el señor Fiscal del Consejo de Estado, el meollo de la cuestión radica en las expresiones de la ley relacionadas con: la obligación de los exportadores de reintegrar la totalidad de las divisas provenientes de exportaciones al Banco de la República; la entrega que éste debe hacer al exportador de "certificados de abono tributario en cuantía equivalente, en moneda legal colombiana, a un 15% del valor total del reintegro" y la facultad otorgada a la Junta Monetaria para disponer, en caso de regímenes especiales de exportación, de parte del reintegro para cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador.

Indudablemente, por disposición de la propia ley todas las normas contenidas en el estatuto de cambios internacionales y de Comercio Exterior deben interpretarse de conformidad con el espíritu del sistema consagrado en el artículo 1º del Decreto Ley 444 de 1967, en el que se expresa que el objeto sustancial buscado por el estatuto es el de "promover el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario, mediante el fomento y diversificación de las exportaciones"; "el aprovechamiento adecuado de las divisas disponibles"; "el control sobre la demanda de cambio exterior, para prevenir la fuga de capitales y las operaciones especulativas"; "el estímulo a la inversión de capitales extranjeros"; "la repatriación de capitales" y el mantenimiento de un nivel de reservas suficientes para el manejo normal de los cambios internacionales.....".

Ahora bien, el fomento y diversificación de las exportaciones los ha programado el Estado por medio de la creación de sistemas ágiles para facilitar la elaboración de productos exportables que tengan acogida en el mercado internacional y mediante determinados estímulos tributarios para hacer más rentable el negocio al exportador.

La primera línea de actividad la desarrolló el mismo Decreto 444 de 1967 estableciendo sistemas especiales de Importación-Exportación,

por medio de los cuales y previa la celebración de convenios con el Gobierno Nacional el exportador pueda introducir las materias primas que necesite para la elaboración de sus productos exportables, libres de depósitos previos, licencias y derechos consulares y aduaneros (artículos 172 a 187) o mediante la facultad de importar en las mismas condiciones anteriores, materia prima que reemplaze la empleada por el exportador cuando éste ha efectuado la exportación de los productos elaborados con el lleno normal de los requisitos legales, siempre que haga uso de ese derecho dentro del año siguiente contado desde la fecha de la importación de la materia prima o de los insumos que sirvieron para elaborar el producto exportado (artículos 179 y 180).

Igualmente se creó el Fondo de Promoción de Exportaciones como un organismo autónomo para fomento del negocio de exportación y para trabajar por la apertura de mercados para los productos nacionales dentro de una política general preestablecida incluyendo la ayuda financiera para proveer de recursos a los exportadores.

La segunda línea de actividad la atacó el Gobierno mediante los estímulos tributarios que fueron establecidos primero por la Ley 81 de 1960 y en su artículo 120 que declaraba como renta exenta la renta líquida gravable producto de las exportaciones y para el efecto se creó la presunción de derecho de que dicha renta debía ser equivalente al 40% del valor de las ventas brutas de los productos exportados.

El sistema anterior, fue substituido por el del otorgamiento de certificados de abono tributario que se liquida con base en el monto del reintegro de las divisas provenientes de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, según lo establecido por los artículos 165 a 171 del Decreto 444 de 1967 que a su vez fueron subrogados por los artículos 39 a 47 del Decreto Ley 1366 de 1967.

Inicialmente el Banco de la República estaba liquidando el valor de esos certificados de abono tributario sobre el valor total de facturación, incluyendo su transporte y seguros, o sea sobre el precio C.I. F. de la mercancía, pero por medio del Decreto extraordinario 2366 de 1974 dictado en uso de las facultades conferidas por el artículo 122 de la Constitución, en su artículo 9º limitó la base de liquidación de dichos certificados al valor de los reintegros de la mercancía por su valor FOB, o sea, sin incluir el costo de transporte hacia el exterior ni el de los seguros correspondientes.

Como se puede observar, el sistema de estímulos tributarios se modificó sustancialmente, pues mientras en el primero se eximió al exportador del pago de impuesto por la renta líquida gravable proveniente del producto de las exportaciones, en el segundo le otorgó un derecho al exportador para obtener documentos negociables denominados "CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO" que pueden ser utilizados para pagar obligaciones fiscales relacionadas con impuestos sobre la renta, de ventas y de aduanas y cuyo valor se liquida sobre el monto total del reintegro, sin tener en cuenta costos, utilidad bruta o utilidad neta.

En estas circunstancias, para determinar el alcance de las normas pertinentes que han reglamentado la forma de liquidar esos certificados de abono tributario, es indispensable estudiar qué se entiende por reintegro, al criterio de nuestro sistema legal, y sin perder de vista lo dispuesto por el artículo primero del Decreto Ley 444 de 1967.

Desde el punto de vista semántico y gramatical la palabra reintegro que es "acción y efecto de reintegrar" es derivada del verbo transitivo que tiene además de otras acepciones la de "restituir o satisfacer íntegramente una cosa", pero ello no arroja luz clara sobre el alcance del término en materias de cambio internacional y de comercio exterior, pero por lo menos ayuda a orientar el criterio sobre lo que quiere significar la ley al hablar del reintegro.

Desde antes de la utilización de este término por el Decreto 444 de 1967, en todas las reglamentaciones legales relacionadas con el negocio de exportación de café, artículo principal productor de divisas extranjeras al país, se determinó como reintegro cafetero aquella cantidad de dólares que los exportadores del grano debían entregar al Banco de la República, por cada libra de café exportado y para cuyo efecto se señalaba no solamente el precio en dólares correspondientes sino la tasa de cambio a que debía liquidarse el dólar cafetero para que el exportador recibiera en moneda nacional el valor de ese producto.

En la práctica, ese sistema que se variaba en cuanto al precio de la libra en dólares y en cuanto a la tasa de cambio correspondiente, de acuerdo con las fluctuaciones del mercado, equivaldría a un control de cambio sobre la producción de divisas de ese producto exportable, lo mismo que para los cueros crudos de res y el banano.

El Decreto 444 terminó con el sistema imperante de libre cambio relativo que existía hasta ese entonces en el país para la producción de divisas provenientes de la exportación de artículos diferentes a los ya mencionados y del renglón de servicios y se generalizó mediante ese estatuto, un completo y radical control del cambio exterior a todo nivel, tal como lo establece el artículo 2º del mencionado decreto, que dice: "Todas las operaciones de cambio exterior están sujetas a control, así:.....".

El artículo 4º dispone que "la posesión y negociación de oro y divisas se ceñirán a las disposiciones de este decreto". y el artículo 5º dice: "La norma del artículo precedente sobre obligación de negociar las divisas con el Banco de la República se aplicará especialmente a los siguientes ingresos; a) los provenientes de exportaciones de bienes y servicios;.....".

Todo lo anterior está indicando que el objetivo del estatuto de cambios internacionales y de comercio exterior es el de radicar en cabeza del Gobierno Nacional, por medio del Banco de la República, la totalidad de las operaciones con el oro y divisas, prohibiendo el que los particulares realicen operaciones de este tipo personal y directamente.

En otros términos, sólo el Estado puede negociar divisas extranjeras y los ciudadanos quedan obligados a hacer entrega de ellas al Banco de la República y sólo pueden adquirirlas de esa entidad.

En estas condiciones, cualquier ingreso en divisas del cual sea titular un particular por razón de la exportación de bienes o de servicios o de cualquier otro tipo de operación que las produzca, son de propiedad del Estado, quien las cambiará por "Certificados de cambio" que serán utilizables en determinados fines y libremente negociables en el mercado interno, dentro de las condiciones y normas establecidas en el capítulo II del Estatuto.

Esta panorámica general del sistema impuesto por el Decreto 444 de 1967 le da un sentido claro a la palabra "reintegro" que se utilizó para señalar el mecanismo de los estímulos tributarios a las exportaciones menores, pues de acuerdo con el espíritu que informa el estatuto, todas las divisas que se produzcan por razón de la exportación de bienes, son de propiedad del Estado y por lo tanto los particulares están obligados a restituirlas, haciendo entrega de ellas al Banco de la República para recibir en cambio los correspondientes certificados de cambio.

Ahora bien, como el artículo 166 del estatuto dispone que en el momento de reintegrar las divisas provenientes de las exportaciones llamadas menores, el Banco de la República hará entrega de Certificados de Abono Tributario representativos de moneda legal colombiana equivalente al 15% del valor de ese reintegro, es lógico deducir que en dicha acepción no se está excluyendo ninguna porción que corresponda a costos del producto exportado, a deudas del propio exportador por razón de esas operaciones comerciales o a cualquier otro factor que pueda disminuir lo que categóricamente está denominando en la ley como valor total del reintegro.

De todas suertes, cualquier incremento en el volumen de exportaciones menores redundará en un aumento de las reservas de divisas del país, precisamente por el sistema de control de cambios impuesto en el estatuto y por las diversas actividades proyectadas en el mismo para facilitar y financiar los costos de producción de los artículos exportables, a que se hizo referencia anteriormente; pero los estímulos tributarios no juegan directamente con el concepto del incremento de las reservas de divisas sino que tienen por objeto interesar a la iniciativa privada a que oriente su actividad comercial e industrial a la producción y negociación de bienes exportables; procurando que dicha actividad sea más rentable a través de un alivio para el pago de los impuestos de renta que causarían las utilidades derivadas de ese tipo de actividad.

Naturalmente, al no determinar la ley la base de liquidación para hacer entrega de los certificados correspondientes, cualquier divisa proveniente de esas operaciones que se entregue al Banco de la República, tiene la calidad de reintegro con derecho a percibir el porcentaje correspondiente en certificados de abono tributario.

Pero ya la misma ley, determinó que la base liquidable para entregar certificados de abono tributario es la del precio FOB de la exportación y ello no puede ser restringido o ampliado sino por medio

de una norma de igual jerarquía a la que estableció el sistema y a la que señaló la base para la correspondiente liquidación.

Los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario Nº 2086 de septiembre 30 de 1974, restringieron la base de liquidación de los certificados de abono tributario para el tipo de operaciones de exportación realizadas de acuerdo con los sistemas especiales de importación-exportación a que se refieren los artículos 172 y 173 del Decreto Ley 444 de 1967, parcialmente subrogados por los artículos 15 y 16 del Decreto Ley 688 de 1967, y el artículo 179 del mismo Decreto Ley 444, pues dispone que el certificado de abono tributario se otorgará solamente sobre el valor del ingreso efectivo de divisas, descontando el costo de las materias primas importadas.

Esta reducción, en la que se tiene en cuenta determinados valores representativos de los costos de producción del artículo exportado, no se compadece indudablemente con el sistema de incentivos tributarios el que no hace diferencia alguna en esta materia y por lo tanto ni el reglamento ni quien interprete la ley puede hacer distinciones que ésta no haya hecho.

Las normas acusadas por corresponder a decreto reglamentario están desconociendo, al restringir sus alcances el artículo 166 del Decreto Ley 444 de 1967, subrogado por el artículo 12 del Decreto Ley 688 de 1967. Igualmente se ha excedido el gobierno en la potestad reglamentaria con violación del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional por modificar con esas disposiciones normas de superior jerarquía.

En 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, en desacuerdo con su colaborador Fiscal:

Falla:

Declárase la nulidad de los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario Nº 2086 del 30 de septiembre de 1974.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 14 de septiembre de mil novecientos setenta y nueve.

Jorge Dávila Hernández, (salva voto); *Alfonso Angel de la Torre, Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya.*

Jorge A. Torrado, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO. — Las exportaciones que lo generan, son las exportaciones ordinarias contempladas en el captíulo V del estatuto que los regula, toda vez que las especiales previstas en la sección segunda, tienen otros, están los tributarios que son propios y típicos de este sistema, los cuales se pactan en forma contractual. Alcance y aplicación del estímulo tributario "CAT". Los reintegros provenientes de exportaciones ordinarias son de libre disposición del Estado; los reintegros hechos por el importador exportador, parte de los mismos se destinan a cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador.

Referencia: Expediente Nº 4049. Actor: Alfonso Rojas Llorente.

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, disiento del presente fallo por las siguientes razones:

Alcance y aplicación del estímulo tributario "CAT"

1. El Capítulo X del Estatuto Cambiario denominado "Estímulos tributarios a las exportaciones" aparece conformado por tres secciones diferentes así: La sección primera, denominada "Certificados de Abono Tributario", la sección segunda, denominada "Sistemas especiales de importación-exportación", y por último la sección tercera, denominada "Fondo de promoción de exportaciones".

El problema de interpretación planteado es el de determinar a qué exportaciones se refiere el artículo 166 que crea el certificado de abono tributario al establecer "Al momento de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros curados de res y café, el Banco de la República hará entrega al exportador de certificados de abono tributario en cuantía equivalente, en moneda legal colombiana a un 15% del valor total de reintegro". En mi opinión, las exportaciones que generan el CAT y al cual se refiere la citada disposición, son las exportaciones ordinarias contempladas en el Capítulo V del estatuto que los regula, toda vez que las especiales previstas en la sección segunda, tienen otros estímulos tributarios que son propios y típicos de este sistema, los cuales se pactan en forma contractual, como son la exención de derechos de aduana y derechos consulares, a más de lo cual las importaciones con destino a su posterior exportación están exentas de depósito previo y de licencia previa.

Ahora bien. Dentro de los criterios de interpretación que establece el estatuto, encontramos el contenido en literal f) del artículo 1º

que señala como una de sus finalidades el logro y mantenimiento de un nivel de reservas suficiente por el manejo normal de los cambios internacionales. De consiguiente, los estímulos tributarios a las exportaciones, en cuanto toca con la balanza de pagos del país, tienden a que las disponibilidades de divisas se incrementen.

En el caso del sistema especial de exportaciones hecho por el importador-exportador, es evidente que el incremento de la balanza sólo está representado por el monto de divisas que no debe girar el Banco de la República para cancelar las deudas en dólares a cargo del importador-exportador y sólo en esta medida, podrían resultar beneficiados por el CAT.

2. Adviértese, de otra parte, que los reintegros provenientes de exportaciones ordinarias son de libre disposición del estado, no tienen una destinación específica, al paso que de los reintegros hechos por el importador-exportador parte de los mismos se destina a cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador. Esta diferencia en el tratamiento de los reintegros, está claramente señalada en el artículo 54 del estatuto.

Puede concluirse de lo anterior que no puede aplicarse, indiscriminadamente, el CAT a un sistema especial de importación-exportación, que genera unos reintegros que, a diferencia de los que generan las exportaciones ordinarias, tienen cuando menos en parte, destinación específica; que, de otra parte no aumentan las reservas del país, como sí ocurre con las exportaciones ordinarias, sino en la parte que significa exportación de agregado nacional y, finalmente, que tiene un régimen específico, nacido de un contrato, a diferencia de las exportaciones ordinarias que se rigen por la ley.

El Decreto 1366 de 1967 reprodujo la reglamentación del CAT y en cuanto a su reglamentación en su artículo 47 estatuye que el Gobierno puede establecer y modificar listas de productos beneficiados con el CAT y aún establecer en que casos se entrega el certificado al productor o al exportador. Cabe, entonces, preguntar: si el Gobierno, respecto de exportaciones ordinarias que, por su propia naturaleza, están beneficiadas por el CAT, puede excluirlas del beneficio, puede o no hacer lo propio respecto de las exportaciones especiales previstas en el artículo 172 y ss. del Estatuto Cambiario?.

Cabe anotar que como el decreto anulado modifica el Decreto Reglamentario 1996 de 1973, las normas de éste recobran su vida jurídica a fin de evitar el vacío legislativo, aspecto sobre el cual no se pronuncia el fallo.

Cambio de jurisprudencia

Conforme a la sentencia de la sección cuarta de 23 de septiembre de 1971, el certificado de abono tributario "...ha sido concebido para que a través de los exportadores colombianos el país obtenga la mayor cantidad posible de monedas extranjeras", finalidad que en el caso de los reintegros provenientes del sistema especial de importación-exportación sólo se logra, como se ha visto, en la medida en que las divisas sean de libre disponibilidad y no deban destinarse, especí-

ficamente, al pago de deudas contraídas por el importador-exportador. Así mismo, en sentencia de 30 de noviembre de 1972 el Consejo, al referirse al reintegro hecho por un exportador con destino al pago del transporte de una mercancía en dólares, dijo, acogiendo el concepto fiscal, que "no constituye ingresos efectivos de divisas" por no incrementar las reservas del país, y por tanto no puede originar el CAT.

Si se trasladan los anteriores criterios al caso *sub judice,* fácilmente se concluye que el reintegro destinado al pago de una deuda por cuenta del importador-exportador, tampoco constituye un ingreso efectivo de divisas que deba beneficiarse del CAT.

Los anteriores criterios jurisprudenciales, en mi opinión acertados, fueron modificados sin intervención de la Sala Plena de lo Contencioso de Estado, por lo cual se desconoció lo previsto por el Decreto 528 de 1964.

En efecto, la sentencia afirma, que "los estímulos tributarios no juegan directamente en el concepto de incrementos de las reservas de divisas" adoptándose así un concepto opuesto al expresamente contenido en el literal f) del artículo 1º del estatuto y a los criterios jurisprudenciales antes transcritos.

Se afirma en la ponencia que "cualquier incremento en el volumen de exportaciones menores redundará en un aumento de las reservas de divisas del país", lo cual resulta cierto en la medida en que el reintegro constituya "una reserva del país" que, como lo indica la propia expresión, es aquello que no ha de gastarse de inmediato y constituye una disponibilidad futura. Pues mal puede considerarse como reservas aquellas divisas que recibe el Banco para ser giradas de inmediato para cancelar un pasivo en el extranjero por cuenta del importador-exportador.

Fecha: *ut supra.*

Jorge Dávila Hernández.

LIBERTAD DE ENSEÑANZA. — Se manifiesta bajo formas y modalidades diversas. El artículo 41 *de la Constitución Nacional estatuye como expresión cardinal de esa libertad, la coexistencia de institutos docentes, públicos y privados; por manera que, si la norma constitucional reconoce a éstos últimos, resulta incuestionable que sólo el legislador ordinario puede dictar las disposiciones fundamentales sobre su constitución o existencia, o las que regulen en lo esencial su funcionamiento o actividad como personas, lo cual, además concuerda con lo preceptuado en los artículos* 44 *y* 50 *de la misma Constitución Nacional, que atribuyen a la competencia de la ley lo relativo al régimen de las personas jurídicas y naturales.*

Nulidad del artículo 5º, *incluido su parágrafo del Decreto* 1543 *del* 27 *de julio de* 1978.

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

(Consejero ponente: *Doctor Alfonso Arango Henao*)

Referencia: Expedientes Nºs 2959, 2968 y 2972.

En providencia de 18 de mayo último, visible a folio 71 del expediente 2968 se dio la orden de acumular este juicio del cual venía conociendo el Consejero Mario Enrique Pérez Velasco con los juicios radicados bajo los números 2959 y 2972, cuyas sustanciación venían al cuidado de los Consejeros Arango y Galindo, respectivamente. Agotados los trámites legales se procede a fallarlos, en vista de que se encuentra en firme el auto de citación para sentencia.

Los tres juicios persiguen *la nulidad del artículo* 5º *del Decreto* 1543 *de* 27 *de julio de* 1978 el juicio 2959 contiene, además, la petición de nulidad del literal b) del artículo 18 y el juicio 2972, la del artículo 29 del mismo decreto. Los juicios 2959 y 2968 fueron iniciados, a nombre propio y en su orden por los doctores Alberto Carbonell Quintero y Ciro Alfonso Gómez Rodríguez, y el otro proceso, el número 2972, obedeció a la demanda que, por intermedio de apoderado, entabló la Asociación Nacional de Rectores de Colegios Privados. En los tres juicios se ejercitó la acción de simple nulidad y todas las demandas contienen la petición de suspensión provisional de los artículos acusados. Esta medida no prosperó en los juicios 2959 y 2968, y en el juicio 2972 tuvo acogida en la relativo al artículo quinto del Decreto 1543, lo cual no ocurrió con el artículo 29 de ese mismo estatuto reglamentario.

Los hechos sobre los cuales se fundamentan las demandas, son más o menos los mismos y se pueden sintetizar diciendo que el 27 de julio de 1978 el señor Presidente de la República dictó, con fundamento en el artículo 132 de la Constitución Nacional, el Decreto 1542 que fijó como función del Ministerio de Educación Nacional el otorgamiento y cancelación de la personería jurídica a las asociaciones, corporaciones y fundaciones con fines educativos, y esa misma fecha, con fundamento en el ordinal 12 del artículo 120 de la Carta, también el señor Presidente de la República dictó el Decreto 1543, cuyo artículo 5º ahora demandado, exige una serie de requisitos para planteles de educación no oficiales acabando así con la educación privada y retrotrayendo los efectos del mencionado artículo 5º, en perjuicio de personas naturales y de sociedades comerciales de carácter particular, que vienen laborando bajo la vigilancia del Estado, y creando "un monopolio y privilegio para las comunidades y personas jurídicas de los religiosos que explotan la educación privada, a veces con capitales y personal extranjero, en detrimento de ciudadanos colombianos propietarios de colegios o sociedades comerciales, que trabajan al servicio de la enseñanza privada".

Las tres demandas señalan, indicando las razones que inducen a sus autores a pensar en la violación, las normas superiores que estiman quebrantadas con los actos acusados, y dicen las tres, que la Constitución Nacional, se viola en sus artículos 17 y 30. El artículo 34 de esa misma codificación lo invocan las demandas correspondientes a los juicios 2959 y 2968, y este último señala como violados al igual que el juicio 2972, los artículos 32, 39, 41 y 44 de la misma Carta Constitucional. La violación del numeral 12 del artículo 120 de esa Carta, la traen los juicios 2959 y 2972, juicio este que cita, además, el numeral 19 de ese mismo artículo 120. Por otra parte, el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, se cita como violado en las demandas que originaron los juicios 2959 y 2968, agregando éste, como disposiciones quebrantadas, los artículos 12, 16, 20 y 31 de la Constitución Nacional. Finalmente, la demanda con la cual se inició el juicio 2959, agrega a la lista de normas violadas, los artículos 1º y 3º del Decreto 53 de 1952, los 27, 28 y 2079 del Código Civil y el 14 del Decreto 088 de 1976 y afirma que todo este decreto sufre quebrantos con los artículos 5º y 29 del Decreto 1543 de 1978 que ella acusa.

Ya se dijo que dentro del juicio 2972, cuya sustanciación correspondió al Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla se decretó, en providencia de 21 de septiembre de 1978, la suspensión del artículo 5º del Decreto 1543, por cuanto al desbordar el Gobierno las facultades administrativas, usurpó los terrenos reservados por la Constitución al Legislativo. La situación referente al artículo 5º, analizada en la providencia de suspensión provisional, no ha tenido variación alguna dentro del juicio, por lo cual se repetirán los mismos argumentos para sostener sobre ellos la anulación que se decretará en esta providencia, acordándose la Sala sobre este punto con el señor Agente del Ministerio Público.

Este colaborador, en su vista de fondo sobre los tres juicios acumulados, se mostró partidario de la anulación del artículo 5º acusado,

fundamentándose para ellos en los conceptos emitidos por la Sala Unitaria que decretó la suspensión provisional. En cambio estimó que el literal b) del artículo 18 demandado por el doctor Carbonell Quintero no debía anularse, como tampoco debería declararse la nulidad del artículo 29 que hace parte de las peticiones de la demanda de la Asociación Nacional de Rectores de Colegios Privados.

El auto de suspensión provisional, después de recalcar que dentro de la teoría del derecho constitucional es principio general, consagrado en nuestra Carta a lo largo del título III, la regulación y las limitaciones fundamentales de las libertades públicas, de los derechos civiles y de las garantías sociales, todo lo cual sólo puede ser decretado por el Legislador y casos especiales, previstos en la misma Carta, por el Gobierno, dice:

"La libertad de enseñanza se manifiesta bajo formas y modalidades diversas, que no es del caso examinar en detalle, ahora. Baste con indicar, por lo pronto, que el propio artículo 41 estatuye como expresión cardinal de esa libertad, la coexistencia de institutos docentes, *públicos* y *privados;* por manera que, si la norma constitucional reconoce a estos últimos, resulta incuestionable que sólo el legislador ordinario puede dictar las disposiciones fundamentales sobre su constitución o existencia, o las que regulen en lo esencial su funcionamiento o actividad como personas, lo cual, además concuerda con lo preceptuado en los artículos 44 y 50 de la misma Constitución, que atribuyen a la competencia de la ley lo relativo al régimen de las personas jurídicas y naturales.

"El artículo 5º del decreto prescribe que sólo bajo determinado tipo de personas jurídicas (fundaciones, asociaciones o Corporaciones civiles, instituciones de utilidad común y Cooperativas) puedan establecerse y funcionar los establecimientos docentes del orden privado. Se trata, pues de un condicionamiento sustancial, que se traduce en una limitación de tan profundo calado en el ejercicio de la enseñanza que, sólo podría dictar el legislador y, de ninguna manera el Gobierno, en ejercicio de sus atribuciones ordinarias, por las razones ya expuestas.

"Si se examina la legislación vigente sobre la materia no se encuentra en ella ningún precepto que permita suponer siquiera que la disposición del artículo 5º en relación con los niveles de enseñanza pre-escolar, básica, primaria, básica secundaria, media vocacional e intermedia profesional pudiera ser una reglamentación de una ley anterior. El enunciado del artículo 14 del Decreto Ley 088 de 1976 según el cual 'la educación es un servicio público y cumple una función social', no sólo adolece de vaguedad e imprecisión, sino que su alcance no puede ser distinto al del propio artículo 41 de la Constitución, según el cual la enseñanza, tanto pública como privada, debe subordinarse 'al cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos' para lo cual no es menester *'per se'*, que los establecimientos privados deban organizarse bajo determinadas formas de personería jurídica.

"Las consideraciones precedentes le permiten concluir a la Sala que el Gobierno, al dictar la norma contenida en el artículo 5º del

decreto impugnado, desbordó de manera manifiesta su órbita administrativa, e invadió la que es propia del Congreso en su función ordinaria de legislador.

"*Segundo*: Al margen del problema atinente a la competencia constitucional para expedir una norma como la contenida en el artículo 5º, se plantea también una cuestión de derecho sustantivo. En efecto, se obliga a los establecimientos educativos no oficiales a constituirse como personas jurídicas de la naturaleza de las indicadas, dentro de los plazos allí mismo señalados; ello puede implicar en la práctica que, en algunos casos, las personas naturales o jurídicas no comprendidas dentro del enunciado del precepto resulten privadas o al menos restringidas en su actividad, ejercida hasta entonces bajo formas perfectamente lícitas, sin que la norma haya previsto la manera o los medios para compensar o resarcir el perjuicio derivado de la privación o de la restricción impuestas. Ello implica quebranto del artículo 30 de la Constitución Nacional porque cuando haya lugar al sacrificio de un derecho de particulares, por razón de la primacía del interés social o de la utilidad púb'ica, de ninguna manera se puede prescindir de una previa reparación o reconocimiento, según se infiere del principio constitucional, contenido en los artículos 30 y 31 de la Carta.

"La validez de los actos de la administración no sólo deriva de la legitimidad o de la bondad de los fines que se persigan, sino también de la legitimidad de los medios para alcanzarlos. Al parecer, en el caso propuesto se pretende impedir que la actividad educativa sea instrumento de enriquecimiento y de especulaciones indebidas; el fin se ajusta a los objetivos que la Constitución le asigna a la enseñanza y es loable; pero el medio adoptado, priva o restringe, como ya se dijo, indiscriminadamente del ejercicio de su actividad a personas que, no solamente se han dedicado a ella bajo formas jurídicas reconocidas legalmente, sino que han ajustado su conducta al cumplimiento de los fines propios de la enseñanza, y pese a ello ni siquiera tienen la perspectiva de una justa reparación".

La demanda del doctor Carbonell Quintero solicita la nulidad del literal b) del artículo 18 que dice: "Copia autenticada de la resolución que le otorgó la personería jurídica si no es oficial".

A pesar de que este literal quedará en la práctica, sin efectos después de la anulación del artículo 5º ya anunciado, la Sala debe pronunciarse sobre el punto, teniendo en cuenta que el señor Fiscal sobre el particular ha dicho.

"En lo referente a la pretendida nulidad del literal b) del artículo 18 del Decreto 1543 de 1978, que se impetra en la demanda instaurada por Alberto Carbonell Quintero, esta Fiscalía considera:

De conformidad con la norma en cuestión, para solicitar una visita de aprobación de estudios, debe incluirse entre otras, la siguiente documentación: '....b) Copia auténtica de la resolución que le otorgó la personería jurídica si no es oficial'.

En sentir del demandante tal exigencia contraría varias disposiciones constitucionales sin que en parte alguna de su libelo deman-

datorio, se especifique el concepto de la transgresión, circunstancia esta última que a juicio de la Fiscalía, impide un pronunciamiento favorable acerca de las pretensiones incoadas, de conformidad con claros principios jurisprudenciales que han orientado el criterio de la corporación".

No comparte la Sala estas apreciaciones de la Agencia del Ministerio Público por cuanto el cargo de nulidad de este literal debe entenderse en función del cargo hecho al artículo 5º. Como en esta providencia se decretará la nulidad del artículo 5º, ello implica que la exigencia del literal b) del artículo 18, adquiera un alcance distinto, o sea que, la exigencia allí consignada sólo queda referida a las entidades educativas que estén constituidas como personas jurídicas y no a las organizaciones de enseñanza cuyos propietarios sean personas naturales. De esta suerte, no debe prosperar el cargo de nulidad formulado contra el mencionado literal b) del artículo 18.

Sobre el artículo 29, demandado por la Asociación Nacional de Rectores de Colegios Privados, se tiene:

La demanda dice sobre las disposiciones de este artículo que la fijación de requisitos para el desempeño del cargo de Rector o de Director de los establecimientos educativos, coarta la libertad de trabajo si se tiene en cuenta que el cargo de rector de un establecimiento de esta naturaleza es "eminentemente administrativo", y agrega que, además de ello, el contenido del acusado artículo 29 "implica una grave injusticia en relación con viejos educadores, que, sin título profesional, durante muchos años han estado dedicados, con devoción y eficacia a la labor docente, a más de que a los profesionales de la administración educativa, se les restringe el campo de trabajo al no poder vincularse sino a establecimientos de educación intermedia profesional".

Al alegar de conclusión el apoderado de la misma Asociación de Rectores de Colegios Privados dijo que a pesar de haber puesto mayor énfasis sobre las violaciones constitucionales por parte del artículo 5º, "... también afirmó que el artículo 29 del Decreto 1543 de 1978 violaba los artículos 17, 32 y 30 de la Constitución Nacional, en cuanto tales cánones establecen la protección por parte del Estado al trabajo como obligación social (artículo 17); garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común ... etc. y autorizan la intervención por *mandato de la ley.....etc.* (artículo 32 de la Constitución Nacional); y finalmente, garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas civiles o jurídicas, los cuales, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por *leyes posteriores* (artículo 30); y este artículo también contempla la expropiación por utilidad pública o interés social, previas sentencia judicial e indemnización".

"Pues bien: el propio Ministerio de Educación ha considerado que los cargos de rector son cargos de carácter administrativo y no docente. Y si se examina la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, principalmente en la sección 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo, esa ha sido la tesis reiterada de la corporación que no ha hecho sino traducir la legislación vigente".

En la providencia de suspensión provisional se expresó que el cargo contra el artículo 29 acusado, se sustentaba en la apreciación del demandante sobre el carácter administrativo del empleo de rector y que como esto era cuestión de fondo, sólo podía examinarse en la sentencia. Sobre este punto la Sala considera que no le asiste razón al demandante en su afirmación, pues el referido empleo tiene funciones de uno y otro orden, como lo expresa el Fiscal en el siguiente aparte de su vista:

"El artículo 29, establece unos requisitos mínimos, graduales, que van desde el de primera categoría en primaria, hasta el título profesional universitario, cuando se trata de establecimientos que expiden título profesional.

En criterio de la Fiscalía, considerando que no se puede afirmar que el cargo de rector o director de un establecimiento educativo no implica el desarrollo de múltiples actividades académicas, a más de algunas administrativas, esta norma del decreto cumple con una finalidad elemental cual es la de garantizar que la dirección educativa así sea en planteles privados se ejerza por personas que posean al menos el conocimiento elemental de la pedagogía que implica el paso y terminación por una normal o una universidad. Porque si bien es cierto que la Constitución consagra que el trabajo gozará de la especial protección del Estado, no lo es menos que corresponde al Jefe del Estado, por intermedio del Ministerio de Educación, velar por la seriedad e idoneidad de la educación en Colombia, máxime cuando los establecimientos educativos son fomentados en gran proporcionalidad por auxilios económicos de diversa índole, provenientes del erario público.

Además, en forma alguna se está limitando a viejos educadores que, como afirma uno de los demandantes 'han estado dedicados con devoción y eficacia a la labor docente', ni 'a los profesionales de la administración educativa', porque los primeros pueden seguir siendo educadores y han tenido acceso al escalafón, sin otro título que el haber sido educadores (Ley 43 de 1945, artículo 5º); y los segundos poseen título universitario.

Además estos requisitos para el cargo de rector tienen antecedentes en el Decreto 0010 de 1958, artículo 3º y en Decreto 30 de 1948, artículo 4º".

Por todo lo que se ha dicho, 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,

Falla:

Es NULO el artículo quinto, incluido su parágrafo, del Decreto 1543 de 27 de julio de 1978, dictado por el señor Presidente de la República, en asocio de su Ministro de Educación.

No se accede a decretar las otras nulidades solicitadas en los juicios promovidos por el doctor Alberto Carbonell Quintero y por la

Asociación Nacional de Rectores de Colegios Privados, juicios que quedan fallados en esta providencia, lo mismo que el promovido por el doctor Ciro Alfonso Gómez Rodríguez.

Comuníquese este fallo al Ministerio de Educación y una vez en firme el mismo, archívese el expediente, dejando constancia que su aprobación se realizó en sesión de la Sala del día 11 de los corrientes, según consta en el acta respectiva.

Cópiese y notifíquese.

Mario Enrique Pérez Velasco, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA. — La relación de los ingresos se exige precisamente a quienes no están obligados a llevar libros de contabilidad, (Decreto 2821 de 1974 artículo 3º) lo que a contrario sensu está indicando que aquellas personas naturales y jurídicas que por su naturaleza o que por razón de sus actividades sí están obligadas a llevar libros de contabilidad están liberadas de la obligación de relacionar en anexo separado a la declaración de renta de los ingresos recibidos.

Nulidad del numeral 2º del artículo 4º del Decreto Reglamentario Nº 1495 de 1978.

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

(Consejero ponente: *Doctor Bernardo Ortiz Amaya*)

Referencia: Expediente Nº 5785. Actor: Jorge E. Paniagua y Pedro Silvio Pulido Pinto. Nulidad y suspensión provisional numeral 2º artículo 4º del Decreto Reglamentario Nº 1495 de 1978 del Gobierno Nacional. AUTORIDADES NACIONALES.

Los ciudadanos abogados Jorge E. Paniagua Lozano y Pedro Silvio Pulido Pinto, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, han formulado demanda para obtener la declaratoria de nulidad del numeral 2º del artículo 4º del Decreto Reglamentario Nº 1495 de julio 21 de 1978 que textualmente dice:

"Artículo 4º El artículo 3º del Decreto 2998 de 1977 quedará así:

"A partir del año gravable de 1978 los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad deberán presentar anualmente a la Administración de Impuestos Nacionales una relación de los siguientes datos contables del año gravable respectivo.

"1. ...

"2. Ingresos que dentro de la contabilidad deban estar identificados con el Nit de quien hizo el pago".

Se señalaron como normas violadas el inciso 3º del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974, 20 del Decreto 2348 de 1974 y 3º del Decreto 2821 de 1974 simultáneamente se solicitó la suspensión provisional, la que fue decretada por auto del 1º de diciembre de 1978 y confirmada por providencia de la Sala de Decisión del 15 de febrero de 1979.

El 26 de enero de 1979 se vinculó al proceso, para coadyuvar la demanda, el ciudadano abogado Alejandro Páez Murillo, quien al efecto hizo una serie de consideraciones relacionadas con lo que disponen los artículos 15, 19 y 30 de la Ley 52 de 1977.

Igualmente se hizo parte para impugnar la acción y en su oportunidad solicitó la revocatoria de la suspensión provisional, la abogada Sub-Director Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de ese entonces, doctora Alba Lucía Orozco de Triana.

El negocio se tramitó en legal forma, se oyó el concepto del señor Fiscal 3º del Consejo de Estado doctor Carmelo Martínez Conn, quien prohíja la declaratoria de nulidad del numeral acusado y el negocio se halla en estado de ser decidido en forma definitiva.

Los conceptos de violación de los demandantes y las razones para impugnar la demanda fueron expuestos respectivamente en la siguiente forma:

Argumentos del demandante:

"De conformidad con el artículo 55 del Decreto 2053 es indispensable identificar a beneficiarios de rentas exclusivas de trabajo o de capital para que el 'pago o abono en cuenta' sea reconocido como deducción. La misma norma en su inciso tercero, que transcribimos, autoriza al gobierno para que señale *'otros pagos'* que requieran la identificación del beneficiario. Es de evidente apreciación que la regulación que hace el mencionado texto legal y la posibilidad que da al ejecutivo para ampliarla se refiere exclusivamente a la noción de gastos deducibles.

"El análisis anterior permite hacer una primera afirmación categórica y es la siguiente: EL ARTICULO 55 DEL DECRETO 2053 DE 1974 NO AUTORIZA PARA QUE POR VIA DE REGLAMENTO EL GOBIERNO EXIJA A LOS CONTRIBUYENTES DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA RELACIONAR O DETALLAR SUS INGRESOS.

"El artículo 20 del Decreto 2348 de 1974 sí creó la obligación de discriminar ingresos pero solamente en el caso de personas naturales que adelantan en forma independiente actividades que necesitan de estudios universitarios.

"Por su parte el artículo 3º del Decreto 2821 de 1974 estableció la obligación de discriminar ingresos pero sólo en el evento de contribuyentes 'no obligados a llevar libros de contabilidad' ".

"Las dos últimas diposiciones citadas hace posible una segunda afirmación también categórica que radica en: LA DISCRIMINACION DE INGRESOS SOLO APARECE CONSAGRADA EN NORMAS SUPERIORES COMO OBLIGACION EXIGIBLE A LOS CONTRIBUYENTES NO OBLIGADOS A LLEVAR LIBROS DE CONTABILIDAD Y AQUELLOS QUE DESARROLLAN OFICIOS O PROFESIONES QUE SUPONEN UN TITULO UNIVERSITARIO.

"Las afirmaciones que nos permitimos destacar constituyen premisas de una conclusión irrefutable: NO EXISTE EN NINGUNA DE LAS NORMAS REGLAMENTADAS NI EN CUALQUIERA OTRA DISPOSICION LEGAL SUSCEPTIBLE DE SERLO UN OR-

DENAMIENTO QUE OBLIGUE A LOS CONTRIBUYENTES QUE LLEVEN LIBROS DE CONTABILIDAD A DISCRIMINAR SUS INGRESOS.

"En las circunstancias anotadas la extralimitación de la potestad reglamentaria por parte del gobierno es evidente. En efecto, el numeral 2º del artículo 4º del Decreto 1495 de 1978 varía el sentido y alcance de las normas reglamentadas porque establece la obligación de discriminar ingresos para los contribuyentes que tienen libros de contabilidad y de esa manera se coloca en abierta contradicción con esas normas pues ellas prescriben todo lo contrario, tal como lo señalamos anteriormente".

Argumentos de coadyuvante:

"El artículo 15 de la Ley 52 de 1977 en su parte pertinente expresa:

" 'La declaración tributaria deberá contener la información indispensable para identificar al contribuyente y para establecer correctamente el tributo'. *Dicha declaración constará de los siguientes documentos*:

" 'a. *El formulario*'.

"b. Los anexos oficiales *que contienen informaciones exigidas por las normas específicas de cada tributo o por los reglamentos, para la aceptación de datos básicos*". (Subrayo).

"El artículo 19 del literal 'a' de la Ley 52 de 1977 dice así:

"*Los formularios contendrán dos clases de datos*:

"a. Básicos: Aquéllos que conforman la declaración de los hechos generadores de la obligación en cada tributo y las informaciones necesarias para determinar correctamente las bases gravables y liquidar el impuesto correspondiente". (Subrayo).

"El artículo 30 literal 'd' de la Ley 52 de 1977 establece:

"La Administración Tributaria tiene amplias facultades de fiscalización e investigación *para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales.*

"Para tal efecto podrá:

"a. ...

"b. ...

"c. ...

"d. *Exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones* cuando unos u otros *estén obligados a llevar libros registrados*". (Subrayo).

"De acuerdo con los textos legales antes transcritos observo lo siguiente:

"a. El inciso 3º del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 faculta al gobierno para que mediante disposición de carácter general y con fines de investigación tributaria, *señale taxativamente OTROS PAGOS para cuya DEDUCIBILIDAD sea obligatorio identificar al beneficiario.* Se colige necesariamente que el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 no faculta al gobierno para exigir a los contribuyentes relación discriminada de INGRESOS.

"b. El artículo 20 del Decreto 2348 de 1974 establece la obligación de relacionar ingresos, pero limitando esa obligación a los contribuyentes que *'ejerzan independientemente actividades que requieran estudios universitarios'*. Luego este artículo tampoco faculta al gobierno para que mediante reglamento imponga la obligación de relacionar INGRESOS a otros contribuyentes.

"c. El artículo 3º del Decreto 2821 de 1974 estableció la obligación de relacionar ingresos pero exclusivamente para aquellos contribuyentes que *no estén obligados a llevar contabilidad.* Se deduce igualmente que aquí tampoco se faculta al gobierno para ampliar esa obligación a otros contribuyentes. Por el contrario, se excluyen expresamente aquellos que están obligados a llevar contabilidad.

"d. El artículo 15 de la Ley 52 de 1977 se refiere a los documentos que deben conformar la declaración de renta: el formulario oficial, anexos oficiales y otros documentos.

"El literal 'b' del citado artículo dice que los anexos oficiales 'contienen informaciones exigidas por las normas específicas de cada tributo o por los reglamentos, para la aceptación de datos básicos'.

"Dentro de las normas sustantivas del impuesto sobre la renta o sobre las ventas no existe una disposición que exija a los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, a que relacionen los INGRESOS. En cuanto a las informaciones exigidas en los reglamentos y que los contribuyentes deben suministrar en los 'anexos oficiales', es obvio que no son otras que aquéllas establecidas por el gobierno *en uso de autorización expresa de normas sustantivas* como podría ser el caso de la facultad conferida en el inciso 3º del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 que he analizado en el punto 'a' de este libelo, y no las que discrecionalmente considere convenientes porque se estaría alterando el orden jurídico.

"De las consideraciones anteriores se concluye que tampoco el artículo 15 de la Ley 52 de 1977 ha creado la obligación para los contribuyentes que llevan contabilidad de relacionar los INGRESOS, ni ha facultado al gobierno para establecer tal requisito.

"e. El artículo 19 de la Ley 52 de 1977 se refiere exclusivamente 'al formulario' y no a los anexos oficiales.

"Recordemos que el artículo 15 de la misma ley enumera taxativamente los documentos que conforman la declaración tributaria, uno de los cuales, el primero, es el formulario.

"El artículo 19 de la Ley 52 de 1977 se refiere pues, sólo a uno de los documentos que conforman la declaración y a la naturaleza de las informaciones o datos que allí se suministran: básicos y derivados.

"En el formulario los contribuyentes suministran globalmente las informaciones necesarias para la determinación correcta de las bases gravables: ingresos y gastos según su naturaleza, rentas exentas, etc. Pero la explicación de los gastos con el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley para su aceptación, se RELACIONA en los anexos oficiales, como lo exige precisamente el literal 'b' del artículo 15 de la Ley 52 de 1977.

"El hecho de que *en el formulario* deban informarse los ingresos como lo exige el artículo 19 literal 'a' de la ley tantas veces citada y como las normas fiscales anteriores lo exigían, no faculta al gobierno para que establezca mediante reglamento el requisito adicional de RELACIONARLOS DISCRIMINADAMENTE en los anexos básicos o cualquier otro anexo.

"Concluyo también en este caso, que el artículo 19 de la Ley 52 de 1977 no ha establecido en parte alguna el requisito y la obligación para los contribuyentes que lleven contabilidad, de RELACIONAR DISCRIMINADAMENTE los INGRESOS, ni ha facultado al gobierno para que mediante reglamento imponga tal obligación.

"f. El artículo 30 de la Ley 52 de 1977 confiere taxativamente algunas facultades a la administración tributaria para que mediante la investigación y fiscalización a los contribuyentes, haga efectivo el cumplimiento de las normas sustanciales tributarias.

"El capítulo II de la Ley 52 de 1977 se refiere a la 'declaración tributaria'. El capítulo III de la misma ley se denomina 'Determinación del Tributo'.

"Esta distinción de materias o temas en la Ley 52 de 1977 hacen suponer, por lo menos en principio, dos hechos distintos donde el uno necesariamente ANTECEDE al otro.

"El capítulo II (artículos 15 a 29 inclusive) regula todo lo relacionado con la forma de elaborar y presentar la declaración tributaria, períodos gravables, términos de adición, definición de inexactitud en las declaraciones y sanciones por inexactitud.

"El capítulo III (artículos 30 a 52 inclusive) se refiere al procedimiento que debe emplear la administración tributaria para determinar los gravámenes a cargo de los contribuyentes: investigación, fiscalización y liquidación de revisión de la liquidación privada presentada por el contribuyente.

"Si esto es así, necesariamente hay que concluir que para aplicar el procedimiento de investigación (capítulo III) es necesario que previamente el contribuyente elabore y presente su declaración tributaria (capítulo II). En caso contrario no hay materia para investigar pues la declaración tributaria es la confesión

expontánea del contribuyente sobre sus operaciones comerciales realizadas en un período fiscal determinado.

"Pues bien: volviendo un poco atrás en el tema tratado en este punto, tenemos que el literal 'd' del artículo 30 (capítulo III) de la Ley 52 de 1977, faculta a la administración tributaria para 'exigir del contribuyente o de terceros *la presentación de los documentos que registren sus operaciones* cuando unos u otros *estén obligados a llevar libros registrados*'. (Subrayo).

"Pero presentación de cuáles documentos?

"Si esta investigación (capítulo III Ley 52 de 1977) se realiza sobre una declaración tributaria presentada por el contribuyente (capítulo II Ley 52 de 1977), no es posible que la ley se refiera a documentos presentados o que deban supuestamente presentarse con la declaración tributaria, porque simplemente las oficinas de impuestos estarían solicitando documentos que ya obran en su poder, lo cual carecería de sentido.

"Los *documentos que registran las operaciones* de quienes están obligados a llevar libros registrados, son los documentos contables, comprobantes de orden interno y orden externo. Así lo define el mismo Decreto 1495 de 1978 en su artículo 1º cuando dice:

"*Los documentos* que justifican los comprobantes de contabilidad y respaldan las partidas asentadas en los libros, son de orden interno o externo". (Subrayo).

"Por otra parte, la Ley 410 de 1971 (Código de Comercio) en el artículo 53 inciso 2º define:

"El comprobante de contabilidad *es el documento* que debe elaborarse previamente al registro de cualquier operación y en el cual se indicará ....." (Subrayo).

"Lo anterior conlleva a afirmar sin duda alguna, que los DOCUMENTOS QUE REGISTRAN LAS OPERACIONES DE QUIENES ESTAN OBLIGADOS A LLEVAR LIBROS REGISTRADOS. Y QUE PUEDEN SER SOLICITADOS POR LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL LITERAL 'D' DEL ARTICULO 30 de LA LEY 52 DE 1977, SON LOS DOCUMENTOS CONTABLES, EN GENERAL LOS LIBROS DE CONTABILIDAD.

"Como lo puede observar claramente el honorable magistrado sustanciador, el artículo 30 de la Ley 52 de 1977 tampoco ha establecido la obligación para quienes lleven contabilidad, de RELACIONAR DISCRIMINADAMENTE en su declaración tributaria los INGRESOS. Tampoco la norma ha facultado al gobierno para que mediante reglamento imponga esta obligación".

Argumentos del impugnador:

"Considero que en el proceso de nulidad que se adelanta contra el ordinal 2º del artículo 4º del Decreto 1495 de 1978, el punto básico a dilucidar es el de aceptar o no, que el procedimiento tri-

butario contenido en el Decreto 2821 de 1974, y demás normas anteriores fue modificado sustancialmente por la Ley 52 de 1977.

"Es concepto aceptado tanto por el Gobierno como por los contribuyentes, que el procedimiento tributario sufrió un vuelco a raíz de la expedición de la Ley 52 de 1977. Instituciones que habían sido consideradas fundamentales en la tradición procesal de los tributos, como es el caso de la segunda instancia desaparecieron con dicha ley; se creó un requerimiento especial, previo a la liquidación de revisión, que tampoco existía en la legislación anterior; se modificó el concepto de la declaración de renta y para efectos de la posibilidad de revisar y de la sanción aplicable se introdujo el criterio de datos básicos y derivados. En suma, se introdujeron cambios sustanciales que exigen analizar el problema procesal desde un ángulo diverso a como se venía analizando antes de la expedición del denominado 'Estatuto del Contribuyente'.

"Si aceptamos como válido el supuesto planteado, debemos acudir a la Ley 52 y en concreto al capítulo II distinguido con el nombre de 'Declaración Tributaria', para precisar los alcances que se le quieren dar a dicha institución y las facultades de que se invistió al Gobierno en dicho caso.

"El artículo 15 integró dentro de un solo concepto las declaraciones de renta y ventas, denominándolas 'Declaración Tributaria'.

"Dijo también la norma que dicha declaración estaría integrada por:

"a. El formulario;

"b. Los anexos oficiales que contienen informaciones exigidas por las normas específicas de cada tributo o por *los reglamentos*, para la aceptación de datos básicos;

"c). Los comprobantes que exija la ley;

"d). Los anexos complementarios que contienen información adicional no prevista en el formulario o en los anexos oficiales.

"PARAGRAFO. ..... (Subrayo)".

"Es evidente que la figura de la declaración tributaria cumple como objetivo máximo suministrarle al Gobierno una información veraz sobre los ingresos obtenidos, los costos y gastos en que se ha incurrido durante el año, el estado del patrimonio, es decir, de una serie de factores sin los cuales al Gobierno le quedaría virtualmente imposible deducir del simple análisis de la declaración, la veracidad de la información suministrada.

"Al solicitar determinado tipo de información el Gobierno persigue, entre otros fines, verificar una auditoría basada en los cruces de información y no necesariamente en las llamadas inspecciones contables, que exigen trasladarse en todos los casos a las oficinas de los contribuyentes, para conformar a través de la observación directa una prueba que evidentemente reviste un gran valor probatorio.

"La figura del requerimiento especial, según la cual, antes de tasarle al contribuyente los impuestos es necesario adelantar con él una discusión previa en desarrollo de la cual pueden ordenarse y aportarse pruebas, imprime a la auditoría derivada del cruce de información una gran importancia, puesto que, antes de la liquidación se desarrollará toda una etapa probatoria.

"Es de la esencia de la declaración entonces, servir como sistema de información para confrontar a través de ella informes sobre las actividades de terceros, ya que lo que para unos es ingresos, para otros es costo o deducción, lo cual disminuye en dichas personas la utilidad y por ende el gravamen a pagar.

"El objetivo descrito se cumple en la Ley 52 de 1977 a través, entre otros, del artículo 15 que en su ordinal b), textualmente reza:

"La declaración tributaria deberá contener la información indispensable para identificar al contribuyente y para establecer correctamente el tributo.

"Dicha declaración constará de los siguientes documentos:

"b). Los anexos oficiales que contienen informaciones exigidas por las normas específicas de cada tributo o *por los reglamentos,* para la aceptación de datos básicos".

"La transcripción textual de la norma nos está indicando, que *con la declaración tributaria,* (entiéndase declaración de renta en el caso discutido) *los reglamentos* pueden exigir informaciones para aceptar *datos básicos,* las cuales deben estar contenidas en los anexos oficiales (El subrayado es mío).

"Dentro de este marco debemos analizar el ordinal 2º del artículo 4º del Decreto 1495 de 1978 para determinar si en verdad excede el contenido de la disposición transcrita o por el contrario su texto se acomoda a dicho ordenamiento.

"Dice el artículo referido:

"ARTICULO 4º El artículo 3º del Decreto 2998 de 1977 quedará así:

"A partir del año gravable de 1978 los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad deberán presentar anualmente a la Administración de Impuestos Nacionales una relación de los siguientes datos contables del año gravable respectivo.

"1. ...

"2. Ingresos que dentro de la contabilidad deben estar identificados con el NIT de quien hizo el pago.

"3. ...

"4. ...

"5. ...

"6. ...

"PARAGRAFO. ..... ".

"Por consiguiente es preciso concluir:

"A. Se trata de una información que debe suministrarse anualmente a la Administración de Impuestos como parte integral de la declaración (entiéndase declaración de renta).

"B. Dicha información ha sido exigida a través de un decreto reglamentario, expedido el 21 de julio de 1978; es decir, en plena vigencia de la Ley 52 de 1977, norma fundamental del procedimiento tributario vigente.

"C. La referida información es necesaria para aceptar los ingresos, DATOS BASICOS, en la terminología de la ley. (Básicos: Aquellos que conforman la declaración de los hechos generadores de la obligación en cada tributo y las informaciones necesarias para determinar correctamente las bases gravables y liquidar el impuesto correspondiente. (artículo 10 ordinal a. Ley 52 de 1977).

"Si como se ha dicho, el marco de análisis es el procedimiento vigente y no las normas anteriores cuidadosamente citadas por el demandante, podemos concluir, sin lugar a equívocos que la norma acusada se ajustó en un todo a las previsiones de la ley vigente en el momento en que se dictó el reglamento. El razonamiento expuesto deja sin piso afirmaciones de la demanda como la que a continuación transcribo:

"Las afirmaciones que nos permitimos destacar constituyen premisas de una conclusión irrefutable: NO EXISTE EN NINGUNA DE LAS NORMAS REGLAMENTADAS NI EN CUALQUIERA OTRA DISPOSICION LEGAL SUSCEPTIBLE DE SERLO UN ORDENAMIENTO QUE OBLIGUE A LOS CONTRIBUYENTES QUE LLEVAN LIBROS DE CONTABILIDAD A DISCRIMINAR SUS INGRESOS".

"Sí existe ordenamiento legal (Ley 52 de 1977, artículo 15 ordinal b) que autoriza al Gobierno para exigir informaciones a través de decretos reglamentarios sin tener en cuenta la naturaleza del contribuyente. Un principio general de la hermenéutica jurídica nos dice que donde no distingue la ley no le es dado distinguir al intérprete.

"El demandante haciendo caso omiso de los hechos precedentes, decide concluir que no existe la norma.

"El coadyuvante expresa similar argumento:

"Dentro de las normas sustantivas del impuesto sobre la renta o sobre las ventas no existe una disposición que exija a los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad, a que relacionen los INGRESOS. En cuanto a las informaciones exigidas en los reglamentos y que los contribuyentes deban suministrar en los 'anexos oficiales', es obvio que no son otras que aquéllas establecidas por el gobierno *en uso de autorización expresa de normas sustantivas* como podría ser el caso de la facultad conferida en el inciso 3º del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 que ha analizado en el punto 'a' de este libelo, y no las que dis-

crecionalmente considera convenientes porque se estaría alterando el orden jurídico".

"y concluye:

"De las consideraciones anteriores se concluye que tampoco el artículo 15 de la Ley 52 de 1977 ha creado la obligación para los contribuyentes que llevan contabilidad de relacionar los INGRESOS, ni ha facultado al gobierno para establecer tal requisito".

"En ningún momento se ha afirmado que el artículo 15 esté creando la obligación de relacionar ingresos a los contribuyentes obligados a llevar libros de contabilidad. Lo que se ha dicho es que el artículo faculta al Gobierno para a través de reglamentos exigir *CUALQUIER INFORMACION, SIN CONSIDERACION AL CARACTER DEL CONTRIBUYENTE.*

"Tampoco se ha afirmado que en alguna parte, el artículo en cuestión, condicione la facultad a la existencia de una norma sustantiva que exija la información. Si así fuese, sobraría la autorización contenida en la ley, puesto que en dicho caso no sería necesario el reglamento.

"Dice además el coadyuvante:

"e. El artículo 19 de la Ley 52 de 1977 se refiere exclusivamente 'al formulario' y no a los anexos oficiales".

"Lo que sucede es que el artículo 19 únicamente define lo que son datos básicos y datos derivados, explicando que dichos datos globalizados van en el formulario. Dicho artículo no da facultades de ningún tipo; es más, en ninguna de las etapas de este proceso se ha lanzado tal afirmación, puesto que, entendemos claramente que unos son los datos básicos cuya información total van en el formulario y otra cosa son los requisitos para su presentación los cuales van en los anexos oficiales, debiendo contener las informaciones exigidas tanto por las normas sustantivas como por los reglamentos, según el tenor del artículo 15 tantas veces citado".

Para resolver se considera

El Decreto 1495 de 1978 acusado parcialmente dice reglamentar los Decretos Legislativos números 2053, 2348 y 2821 de 1974 y modificar el Decreto Reglamentario 2998 de 1977.

Es cierto que la fecha del mencionado decreto es poterior a la de la Ley 52 de 1977 pero no se puede desconocer que mientras el primero reglamenta normas de carácter general y sustancial del estatuto tributario la segunda dicta disposiciones para la aplicación en cuanto a su procedimiento de las normas sustanciales de ese mismo estatuto.

En otras palabras, el decreto reglamentario busca la forma de aplicar los ordenamientos legales sustanciales del régimen tributario y la Ley 52 de 1977 establece el régimen de procedimiento aplicable a nivel administrativo para hacer efectivas las normas sustanciales tributarias.

En ese entendido, no puede pensarse que el decreto reglamentario desarrolle normas de la Ley 52 de 1977 ni que esta ley esté modificando disposiciones sustanciales establecidas por decretos legislativos que tienen igual jerarquía y que constituyen el estatuto tributario propiamente dicho.

Por eso al hablar del artículo 15 de la Ley 52 de 1977 de lo que debe contener la declaración tributaria no hace cosa distinta que sistematizar lo que las normas sustanciales han establecido en los Decretos Legislativos números 2053, 2348 y 2821 de 1974 y normas complementarias.

Pero como se dijo en el auto en que se decretó la suspensión provisional esas normas sustanciales no establecen la obligación de efectuar una relación discriminada de los ingresos para los contribuyentes que están obligados a llevar libros de contabilidad y por eso mismo los anexos oficiales a que se refiere el literal b) del artículo 15 de la Ley 52 de 1977 sólo deben buscar la información necesaria para obtener los datos básicos que exigen las normas específicas de cada tributo y por ende el contribuyente no está obligado a suministrar información adicional diferente a la que la propia ley ha señalado en el estatuto tributario correspondiente.

En esa oportunidad se dijo:

"Pero de los artículos señalados por los demandantes, el más significativo es el artículo 3º del Decreto 2821 de 1974 que exige la relación de los ingresos precisamente a quienes no están obligados a llevar libros de contabilidad, lo que a contrario *sensu* está indicando que aquellas personas naturales y jurídicas que por su naturaleza o que por razón de sus actividades sí están obligadas a llevar libros de contabilidad están liberadas de la obligación de relacionar en anexo separado a la declaración de renta los ingresos recibidos, pues supone la ley que los asientos contables anotados en los libros de contabilidad oficiales y debidamente registrados constituyen prueba de la veracidad y exactitud de la declaración formulada por el contribuyente.

"Estas breves consideraciones que se derivan de un análisis objetivo de las normas legales vigentes en frente del inciso acusado y de los planteamientos de la demanda, llevan a la conclusión que aquél contraría normas expresas del sistema tributario, por estar informado de un criterio diferente y opuesto. Por lo tanto es susceptible de ser suspendido provisionalmente en sus efectos mientras se decide el negocio en el fondo".

Por otra parte las consideraciones hechas por el coadyuvante en este negocio doctor Alejandro Páez Murillo, con relación a los efectos de las normas pertinentes de la Ley 52 de 1977 que fueron acogidos por la Sala de Decisión y que se anticiparon al planteamiento hecho en el alegato de conclusión por la doctora Alba Lucía Orozco de Triana, son igualmente acogidos en esta oportunidad por la Sala como una acertada interpretación de los alcances de dichos artículos que por lo tanto ponen de manifiesto el acierto jurídico planteado por los

demandantes para solicitar la declaratoria de nulidad del numeral acusado como violatorio en forma clara e inobjetable de lo que dispone el artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 2821 de 1974.

En 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:

Declárase la nulidad del numeral 2º del artículo 4º del Decreto Reglamentario Nº 1495 de julio 21 de 1978.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 18 de octubre de mil novecientos setenta y nueve.

Jorge Dávila Hernández, Alfonso Angel de la Torre, Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

COOPERATIVAS. — De la confrontación entre el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963 y las normas acusadas Decreto Reglamentario Nº 2059 de 1968 artículo 35 y artículo 1º del Decreto 381 Bis de 1970, se deduce claramente que mientras el primero faculta a las Cooperativas para invertir sus reservas legales en la forma que prescribe, los segundos les imponen la obligación de hacerlo. De donde se deduce que éstos exceden el alcance de aquél.

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

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Sesión del día 2 de noviembre de 1979.

Referencia: 3040. Demandante: Alberto Navas Sierra y Yamile Forero R.

Dos ciudadanos, en ejercicio de la acción contenciosa, piden que se declare la nulidad del artículo 35 del Decreto Reglamentario Nº 2059 de 1968 y del artículo 1º del Decreto 381 Bis de 1970, en la medida en que este último adiciona la primera norma citada.

Los demandantes aducen como violadas, las siguientes disposiciones:

"1. Artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional;

2. Ordinal 2º, artículo 32, (codificación anterior al Acto Legislativo Nº 1 de 1968); de la Constitución Nacional;

3. Artículo 44 de la Constitución Nacional;

4. Artículo 4º; literal g); artículo 5º; artículo 16; artículo 19, literal i); artículo 38; literal g), artículo 53; artículo 62 y artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963;

5. Artículo 1º, literal a) y b) del Decreto Ley Nº 1630 de 1963;

6. Ordinal 2º, artículo 1502 del Código Civil;

7. Artículo 1524 del Código Civil".

De los 27 folios de la demanda, 25 están dedicados al concepto de las violaciones anotadas entre las cuales, la fundamental consiste en que las normas reglamentarias excedieron el marco legal contenido en el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963, que es el estatuto fundamental de las sociedades cooperativas y conforme al cual

"El Fondo de Reserva Legal debe ser permanente, y no podrá distribuirse entre los socios ni aun en caso de disolución de la Cooperativa. Las respectivas apropiaciones anuales podrán ser aplicadas a diversas inversiones en bienes y derechos, muebles e inmuebles, que por su naturaleza sean seguras, prefiriendo en primer término los organismos de financiamiento cooperativo, o en su defecto las federaciones o centrales cooperativas".

Dicen los demandantes, entre otras muchísimas cosas, lo siguiente:

"De la simple confrontación etimológica, resulta inequívoco que las dos normas reglamentarias aquí acusadas (artículo 35, Decreto 2059 de 1968 y artículo 1º, Decreto 381-Bis de 1970) son violatorias del artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963 por cuanto aquéllas modifican, por la vía restrictiva, la situación jurídica que la norma superior estableció respecto a la constitución y manejo de un elemento esencial al régimen patrimonial y económico de las sociedades cooperativas, tal cual es el denominado Fondo de Reserva Legal.

En efecto, etimológicamente el verbo *'poder'* derivado del latín *'potere'* implica la titularidad de una potestad 'potestas' y aún 'potencia' propia a la voluntad del sujeto en que ella se radica de hacer o no algo según cierta factibilidad de modo, tiempo o lugar. Muy al contrario, el verbo *'deber'* derivado del latín *'debere'* conlleva la carencia de esa facultad volitiva y por lo mismo traduce la pre existencia —para el sujeto de que se trate— de una obligación o principio de hacer algo por imposición de la ley divina, natural o positiva. A su vez, el verbo 'ser', utilizado como auxiliar adjunto al primero de los verbos mencionados, gramaticalmente refleja la conjugación de la voz pasiva del verbo que lo antecede (poder ser); y cuya inclusión, en el caso analizado, enfatiza la voluntad del legislador de radicar, en los sujetos cooperativos, una facultad o potestad para decidir el uso y aplicación del referido Fondo de Reserva Legal.

Lo anterior permite concluir inequívocamente el carácter violatorio de las normas reglamentarias aquí acusadas respecto de la norma superior, al haber aquéllas sustituido la voluntad del legislador —restringiendo indebidamente— el alcance y sentido de esta última; imponiendo una obligación, esto es modificando la situación jurídica objeto de reglamentación donde aquél se abstuvo de hacerlo. Incurrió el Ejecutivo, pues, en un exceso en el ejercicio, de la potestad reglamentaria, desvirtuando el precepto constitucional que reserva al ejercicio de dicha facultad, el eficaz, normal y oportuno cumplimiento de la ley".

Suspensión provisional

La Sala Unitaria decretó la medida provisoria, así:

"2º). Suspender provisionalmente los siguientes apartes del artículo 35 del Decreto 2059 de 1968.

A). Certificados de aportación, bonos, cédulas, pagarés y depósitos a interés en el Instituto de Financiamiento Cooperativos de que trata el Decreto Ley 1630 de 1963, o en su defecto en organismos de financiamiento cooperativo debidamente reconocidos y autorizados por el gobierno.

"....

"De las inversiones previstas, por lo menos un veinticinco por ciento (25%) deberá hacerse conjuntamente o separadamente en los renglones señalados en el literal a) de este artículo, y otro veinticinco por ciento (25% en la clase de obligaciones comprendidas en los literales b, c, y d.

"La Superintendencia Nacional de Cooperativas vigilará el cumplimiento estricto de la presente norma e impondrá a los infractores las sanciones previstas en las disposiciones legales cooperativas".

"Igualmente suspender provisionalmente el artículo 1º del Decreto 381 Bis de 1970".

El Instituto de Financiamiento y Desarrollo Cooperativo de Colombia "Financiacoop" se constituyó como parte opositora y recurrió en súplica contra el auto de suspensión provisional. La Sala de decisión confirmó el auto, aclarándolo en el sentido de disponer que la suspensión provisional del inciso final del artículo 35 del Decreto 2059 de 1968 sólo tiene efectos en cuanto se refiere a los demás apartes suspendidos del mismo artículo.

Concepto fiscal

El Señor Agente del Ministerio Público transcribe y acoge lo expresado en las dos providencias de suspensión provisional. Finaliza su vista así:

"Como puede observarse, lo expuesto en los autos proferidos es más que suficiente para que sin necesidad de ningún argumento adicional se acceda a lo pretendido en la demanda, mayormente si se tiene en cuenta que para decretar la medida provisoria, como ya se dijo, se consideró que la violación fuera manifiesta, tal como lo exige el artículo 94 del C. C. A. Y, además, a la fecha no se han presentado nuevas circunstancias que puedan modificar la decisión adoptada inicialmente".

Consideraciones de la Sala

Lo pertinente de las disposiciones que son objeto de la pretensión de nulidad, es del siguiente tenor:

"El artículo 35 del Decreto Reglamentario 2059 de 1968 estableció:

"El fondo de reserva legal de las sociedades cooperativas y de los organismos cooperativos de grado superior *deberá invertirse* de acuerdo con el siguiente orden de prioridades:

A). Certificados de aportación, bonos, cédulas, pagarés y depósitos a interés en el Instituto de Financiamiento Cooperativos de que trata el Decreto Ley 1630 de 1963, o en su defecto en organismos de financiamiento cooperativo debidamente reconocidos y autorizados por el gobierno.

"..... .....

"De las inversiones previstas, por lo menos un veinticinco por ciento (25%) *deberá hacerse* conjunta o separadamente en los renglones señalados en el literal a) de este artículo, y otro veinticinco por ciento (25%) en la clase de obligaciones comprendidas en los literales b, c, y d.

"La Superintendencia Nacional de Cooperativas vigilará el cumplimiento estricto de la presente norma e impondrá a los infractores las sanciones previstas en las disposiciones legales cooperativas".

"El Decreto 381 Bis de 1970 dispuso en su artículo 1º:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 del Decreto 1598 de 1963, por lo menos el veinticinco por ciento (25%) de la reserva legal de las cooperativas a 31 de diciembre de 1963 y de las apropiaciones que hagan en el futuro deberán ser invertidas en el Instituto en la siguiente forma: Las cooperativas que se afilien a él, en certificados de aportación del mismo; las que no lo hicieren en certificados que para tal efecto expedirá el Instituto mediante reglamentación que hará la Junta de Directores del Instituto y que aprobará la Superintendencia Nacional de Cooperativas".

Teniendo en cuenta los textos que anteceden y el de la norma con fuerza de ley contenida en el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963 que se transcribió antes, la Sala plural acoge como fundamento de esta decisión lo expresado por la Sala Unitaria en el auto de suspensión provisional, a saber:

"El precepto con fuerza de ley sobre la reserva legal de las cooperativas es el contenido en el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963, transcrito anteriormente, conforme al cual las cooperativas podrán invertir el monto de tales reservas en bienes y derechos que ofrezcan seguridad, debiendo preferir en primer término a los organismos de financiamiento cooperativo o, en su defecto, a las federaciones o centrales cooperativas. Ello significa que dentro del orden de prioridades que señala la ley, cada cooperativa disfruta de las posibilidades de escoger en concreto, la entidad de financiamiento cooperativo y a falta de ella, la federación o central cooperativas para hacer la inversión de su reserva legal.

En cambio las disposiciones reglamentarias impugnadas imponen a toda cooperativa la obligación de invertir por lo menos el 25% de su reserva legal en el Instituto Nacional de Financiamiento Cooperativo, entidad creada en desarrollo de las previsiones del Decreto Ley 1630 de 1968. No sobra anotar que este decreto ley, el cual, dícese reglamentado por las disposiciones impugnadas en la demanda, no contiene ninguna regulación sobre reservas legales

de las coopertivas, por manera que el precepto legal en la materia, es el artículo 67, ya citado. La simple confrontación de las disposiciones permite verificar que las tachadas de ilegales, esto es, el artículo 35 del Decreto 2059 de 1968 y el artículo 1º del Decreto 381 Bis de 1970 son manifiestamente violatorios del artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963, en cuanto privan a las coopertivas, de una facultad que la ley les confiere para escoger, dentro del orden de prelación que ella misma señala, la entidad o entidades de tipo cooperativo en las cuales deben invertir el monto de su reserva legal.

Si la ley otorgó la facultad, es obvio que el reglamento no puede cercenarla, pues ello entraña, no sólo violación de la norma superior inmediata, sino también el quebrantamiento del artículo 120-3 de la Carta, conforme al cual la potestad reglamentaria para *la ejecución de* las leyes, debe subordinarse, necesariamente, al marco legal".

También reitera las siguientes consideraciones contenidas en el auto de la Sala de decisión proferido el 3 de mayo de 1979:

"2ª). De la confrontación entre el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963 y las normas acusadas se deduce claramente que mientras el primero *faculta* a las cooperativas para invertir sus reservas legales en la forma que prescribe, los segundos *les imponen la obligación* de hacerlo. De donde se deduce que éstos exceden el alcance de aquél.

3ª). Es cierto que, como afirma el recurrente, tanto el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963 como las normas acusadas disponen que las reservas deben invertirse, prioritariamente, en el Instituto de Financiamiento, pero se diferencian, como se indicó enantes, en que el primero meramente faculta a las cooperativas para invertir sus reservas en la forma que señala y los segundos —pues el Art. 1º del Decreto 381 Bis de 1970 reitera aunque la regula de modo diferente, la obligación que les impuso a las cooperativas el artículo 35, letra a), del Decreto Nº 2059 de 1968— les prescriben un deber. De manera que las indicadas normas acusadas son claramente violatorias de la invocada como violada y, por lo mismo, el auto suplicado debe ser confirmado".

Así mismo comparte lo expresado en el auto que resolvió la súplica en cuanto allí se expresó que el inciso final del artículo 35 del Decreto 2059 de 1968 está viciado de nulidad, pero sólo en cuanto se relaciona con los apartes del mismo artículo que fueron impugnados en la demanda.

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

Falla:

1º Declárase la nulidad de los siguientes apartes del artículo 35 del Decreto 2059 de 1968 con la aclaración de que la nulidad del inciso final sólo tiene efecto en cuanto se refiere a los demás apartes que se anulan del mencionado artículo:

a). Certificados de aportación, bonos, cédulas, pagarés y depósitos a interés en el Instituto de Financiamiento Cooperativos de que trata el Decreto Ley 1630 de 1963, o en su defecto en organismos de financiamiento cooperativo debidamente reconocidos y autorizados por el Gobierno.

"....

"De las inversiones previstas, por lo menos un veinticinco por ciento (25%) *deberá hacerse* conjunta o separadamente en los renglones señalados en el literal a) de este artículo, y otro veinticinco por ciento (25%) en la clase de obligaciones comprendidas en los literales b, c, y d.

"La Superintendencia Nacional de Cooperativas vigilará el cumplimiento estricto de la presente norma e impondrá a los infractores las sanciones previstas en las disposiciones legales cooperativas".

2º). Declárase la nulidad del artículo 1º del Decreto Reglamentario Nº 381 Bis de 1970.

Previa ejecutoria archívese, el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Superintendencia Nacional de Cooperativas y cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Alfonso Arango Henao, (No asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.



POTESTAD REGLAMENTARIA. LIMITACIONES

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre quince de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*)

Referencia: Juicio Nº 1344. Demandante: Hugo Rocha Riaño. Decretos del Gobierno.

Obrando en su propio nombre el señor HUGO ROCHA RIAÑO, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, previos los trámites de un juicio ordinario, solicita de esta Corporación, se hagan las siguientes declaraciones:

"Se declare la nulidad de los numerales c) y d) del artículo 3º del Decreto Reglamentario número 753 de 1974, expedido por el Gobierno Nacional con fecha 30 de abril de 1974".

Como HECHOS que dieron lugar a la acción relata los siguientes:

"El Gobierno Nacional, por medio del Decreto número 753 de 1974, procedió a reglamentar el inciso segundo del artículo 13 de la Ley 50 de 1886.

"El artículo 13 de la mencionada ley tuvo como exclusiva finalidad, por una parte, equiparar las tareas o servicios cumplidos por el magisterio de carácter privado, a los servicios prestados a la instrucción pública y, por otra, fomentar la producción de textos de enseñanza o publicaciones de periódicos de carácter pedagógico, halagando a los autores con el reconocimiento de que sus obras equivaldrán cada una, a dos años de servicios prestados en el Ramo docente.

La referida Ley 50 de 1886, dice en el inciso 2º del artículo 13, así:

"..... La producción de un texto de enseñanza que tenga la aprobación de dos institutores o profesores. Lo mismo que la publicación durante un año de un periódico exclusivamente pedagógico o didáctico, siempre que en ninguno de los dos casos el autor o editor haya recibido al efecto auxilio del Tesoro Público, equivaldrán respectivamente a dos años de servicios prestados a la instrucción pública".

"El Decreto Reglamentario número 753 de 1974, en su numeral d) dispone:

"d). Que si se trata de obra escrita y publicada en un solo tomo, éste no tenga menos de 200 páginas de la dimensión mínima".

"El Decreto Reglamentario número 753 en su numeral c) dispone:

"c) Que en el caso de ser varios tomos de una misma obra, cada uno de ellos no tenga menos de doscientas páginas, con dimensiones no menor de 20x15 centímetros".

"Los numerales c) y d) del artículo 3º del Decreto 753 de 1974, establecieron requisitos y condiciones especiales para asimilar los textos de enseñanza a servicios prestados a la instrucción pública, requisitos y condiciones previstos en la ley reglamentada por dicho Decreto.

"El H. Consejo de Estado en reciente fallo y por idénticos motivos a los aquí aducidos decretó la nulidad del artículo 4º del Decreto Reglamentario número 753 de 1974".

Cita como disposiciones violadas por el acto acusado el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y 1ª de la Ley 50 de 1886, normas sobre las cuales expresa el concepto de su violación.

La Fiscalía Quinta de la Entidad en su vista reglamentaria, es de parecer que se acceda a las súplicas de la demanda.

Como se ha surtido el trámite de la ley, y no se observa causal de nulidad alguna que invalide lo actuado, la Sala procede a dictar la respectiva sentencia, previas las siguientes:

Consideraciones

Se demanda en el presente juicio, los literales c) y d) del artículo 3º del Decreto Reglamentario número 753 de 1974, con fundamento en que por dichas disposiciones el Gobierno Nacional, extralimitó la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, pues, el inciso 2º de la Ley 50 de 1886, solamente estableció dos (2) requisitos para que un texto de enseñanza pueda equipararse a dos años de servicios en la instrucción pública, a saber: que el texto tenga la aprobación de dos Institutores o Profesores y que el autor no haya recibido auxilio del Tesoro Público. Sin embargo, mediante las normas acusadas, se agregó a los anteriores, determinado número de páginas y dimensiones específicas.

Como en el proveído de fecha cuatro (4) de mayo de mil novecientos setenta y siete (1977), se accedió a decretar la Suspensión Provisional de los preceptos acusados, se hizo un estudio detenido de la manifiesta violación de dichas disposiciones con normas de superior jerarquía, la Sala lo reproduce como motivación del presente fallo.

En la mencionada providencia se sostuvo:

"Las disposiciones impugnadas prescriben:

"c). Que en el caso de ser varios tomos de una misma obra, cada uno de ellos no tenga menos de doscientas páginas, con dimensión no menor de 20x15 centímetros.

"d). Que si se trata de obra escrita y publicada en un solo tomo, éste no tenga menos de 200 páginas de la dimensión mínima".

El Decreto número 753 de 1974, proferido por el Gobierno Nacional, reglamenta el inciso 2º del artículo 13 de la Ley 50 de 1886, el cual determina lo siguiente:

"ARTICULO 13. Las tareas del magisterio privado quedan asimiladas a los servicios prestados a la instrucción pública, y serán estimadas para los efectos legales en los términos del artículo anterior.

"La producción de un texto de enseñanza que tenga la aprobación de dos institutores o profesores, lo mismo que la publicación durante un año, de un periódico exclusivamente pedagógico o didáctico, siempre que en ninguno de los dos casos el autor o editor haya recibido al efecto auxilio del Tesoro Público, equivaldrán, respectivamente, a dos años de servicios prestados a la Instrucción pública.

"Los periódicos de amena literatura no tienen el carácter de didácticos".

"La norma anterior tiene como finalidad equiparar las tareas o servicios cumplidos por el Magisterio de carácter privado, a los servicios prestados a la instrucción pública y, además, fomentar la producción de textos de enseñanza que tengan la aprobación de dos institutores o profesores y que en el caso de que el autor o editor no haya recibido, al efecto, auxilio del Tesoro Público, equivaldrán a dos años de servicios prestados al Estado.

"En cambio, los literales c) y d) del artículo 3º del Decreto Reglamentario número 753 de 1974, establecen dos requisitos que no están contemplados dentro de la ley mencionada, a saber: que en el evento de ser varios tomos de una misma obra, cada uno de ellos no tenga menos de 200 páginas, con dimensión no menor de 20 por 15 centímetros que si se trata de obra escrita y publicada en un solo tomo, éste no tenga menos de 200 páginas de la dimensión mínima precedente, con lo cual se excedió la potestad reglamentaria, por cuanto el inciso 2º del artículo 13 de la Ley 50 de 1886, no señaló dichas exigencias o condiciones de tipo formal, para efectos de asimilar a dos años los servicios prestados a la instrucción pública, la producción de un texto de enseñanza.

"Los requisitos a que alude el decreto enjuiciado, aparte de no estar comprendidos en la Ley 50 de 1886, afectan la encomiable y altruista finalidad de ésta, que no es otra que la de estimular a los autores y editores de obras didácticas que propendan por el desarrollo de la instrucción pública y, por ende, de la cultura nacional.

"Además se trata de formalidades que en manera alguna inciden en el espíritu mismo de la norma legal reglamentada, porque como bien lo anota el demandante, 'la cultura nunca puede ser estimada en volumen de páginas o en número de centímetros. Es la calidad, el contenido de la obra, lo que permitirá apreciarla como útil o valedera en la enseñanza o aprendizaje '.

"De la confrontación del texto de los ordinales c) y d) del artículo 3º del Decreto en referencia, con la Ley 50 de 1886 en su

artículo 13, se deduce, claramente, la violación flagrante de este precepto de carácter superior, con las disposiciones acusadas, razón por la cual deberá decretarse la Suspensión Provisional impetrada en la demanda".

A lo anterior no sobraría agregar que el poder reglamentario que la Constitución Nacional concede al Presidente de la República (ordinal 3º del artículo 120), no es ilimitado, por cuanto está sujeto al contenido de la ley que pretende reglamentar, sin ampliarla ni tampoco restringirla, respetando de esa manera la competencia que le es propia al Legislador, pues lo que se debe es desarrollar lo establecido en el texto de la norma que va a reglamentarse para que ella tenga así su cumplida ejecución, facilitando su inteligencia y haciendo operante la disposición de carácter superior que es objeto de esta potestad del Ejecutivo.

Como en el caso de autos el Presidente de la República extralimitó sus funciones al crear nuevos requisitos, fuera de aquéllos previstos en la ley materia de la reglamentación, trae como consecuencia su nulidad.

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 la nulidad de los literales c) y d) del artículo 3º del Decreto Reglamentario número 753 de 1974, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el nueve de noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada, Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

IMPUESTOS A LAS VENTAS. — Nulidad del artículo 5º del Decreto 584 de 1975. Existe clara contradicción entre el texto del artículo 5º del decreto reglamentario impugnado y la letra del Decreto 1988 (artículo 8º Num. 8º), pues el paso que el decreto extraordinario establece la exención del impuesto sobre todos los vehículos que se destinen de manera exclusiva al servicio público de taxis el reglamento limita la exención a unos casos específicos.

Nulidad del Art. 5º del Dto. Reglamentario 584 de 1975 que reza:

"LOS VEHICULOS AUTOMOVILES DESTINADOS AL SERVICIO PUBLICO DE TAXIS QUE ESTAN EXENTOS, SON LOS IMPORTADOS POR LA CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE O CON AUTORIZACION DE LA MISMA Y LOS PRODUCIDOS POR ENSAMBLADORAS NACIONALES DE ACUERDO A (sic) LOS PROGRAMAS FIJADOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO".

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 5840. Nulidad y suspensión provisional del artículo 5º del Decreto Reglamentario Nº 584 de 1975, expedido por el Gobierno Nacional. Demandante: Angel Antonio Cardozo González.

En acción pública, Angel Antonio Cardozo González pidió la nulidad del artículo 5º del Decreto Reglamentario 584 de 1975 que reza:

"LOS VEHICULOS AUTOMOVILES DESTINADOS AL SERVICIO PUBLICO DE TAXIS QUE ESTAN EXENTOS, SON LOS IMPORTADOS POR LA CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE O CON AUTORIZACION DE LA MISMA Y LOS PRODUCIDOS POR ENSAMBLADORAS NACIONALES DE ACUERDO A (sic) LOS PROGRAMAS FIJADOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO".

"Se considera ostensible y directamente violado el artículo 8º del Decreto Extraordinario de carácter legislativo número 1988 de 1974 en donde se lee:

"Artículo 8º. Están exentos del impuesto, las ventas de: .....

"8º Vehículos destinados exclusivamente al servicio público de taxis".

Por auto de 23 de enero de 1979, al admitir la demanda, se decretó la suspensión provisional de la norma impugnada como ilegal, auto que fue confirmado por la Sala de decisión al recurrir en súplica la doctora Teresa Barrios en su calidad de abogada VI-25 de la subdirección jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

El actor ha esgrimido básicamente dos argumentos: 1º. La existencia de una clara contradicción entre el texto del artículo 5º del Decreto Reglamentario 584 de 1973 y el ordinal 8º del artículo 8º del Decreto Extraordinario 1988 de 1974 ya que éste consagra la exención del impuesto de ventas en beneficio "de los vehículos exclusivamente destinados al servicio público de taxis", al paso que aquél limita la exención a aquellos vehículos que han sido "importados por la Corporación Financiera del Transporte o con autorización de la misma y los producidos por las ensambladoras nacionales...". "Esta limitación por lo tanto, establecida por una norma reglamentaria implica exceso en el ejercicio de la potestad correspondiente pues circunscribe el alcance de la norma reglamentada a términos no previstos por la ley". 2º Dice también el actor que la potestad reglamentaria se agota y que el artículo 8º ordinal 8º del Decreto 1988 de 1974 fue reglamentado por el Decreto 2810 de 1974 con lo cual el Gobierno agotó su potestad reglamentaria por lo cual en su sentir no podía modificar las regulaciones que ya había dictado.

Por su parte la doctora Teresa Barrios arguye que el Decreto Ley 1464 del 27 de julio de 1973 solamente autoriza a la Corporación Financiera del Transporte para la importación de vehículos para taxis cuando la producción nacional no alcance a satisfacer las necesidades actuales. Agrega:

"...el Decreto Ley 1464 de 1964 (sic), no está fijando normas relacionadas con los gravámenes aduaneros exclusivamente, toda vez que dentro del decreto se dictan otras disposiciones. Tal es el texto.

"DECRETO NUMERO 1494 (sic)

27 JULIO DE 1973

"Por el cual se modifica el gravamen arancelario para los vehículos tipo Taxi destinados al Servicio Público y *se dictan otras disposiciones*". (El destacado no es del texto).

"Así tenemos, que los considerandos del decreto en mención inciso segundo afirman: 'Que el Gobierno al permitir la importación de taxis lo hace con un fin eminentemente social ya que tales vehículos *serán adjudicados y vendidos directa y exclusivamente por la Corporación Financiera del Transporte a los conductores asalariados*: (El destacado es nuestro). Como queda claro, el Gobierno para no desviar los objetivos sociales del programa de importación de taxis, para atender la demanda de este tipo de vehículos, que no se alcanza a satisfacer con la producción nacional (ensamble), en uso de facultades extraordinarias legisló en el sentido de que los vehículos destinados al servicio público de taxis, solamente se podían importar por la Corporación Financiera del Transporte, como quedó en el artículo 3º, del mismo estatuto.

"De ahí que consideré, al suplicar el auto de 23 de enero de 1979, que el gobierno en uso de la facultad reglamentaria, solamente estaba reconociendo, para efectos de la exención de impuestos a las ventas en la importación de taxis, lo previsto en la norma del artículo 3º del Decreto 1464 de 1968 (sic), porque la limitación a que aluden los autos en la norma del artículo del Decreto 584 de 1975, por estar prevista en la ley, para la importación de esta clase de vehículos como norma general preexistente no está imponiendo una nueva limitación, sino que simplemente en orden a la cumplida ejecución de las leyes, contenidas en los Decretos 1464 de 1973 y 1988 de 1974, transcribió en esta materia lo relacionado con la importación de taxis para el servicio público, dentro del contenido de una norma reglamentaria, a una exención del impuesto de ventas para la importación de esta clase de vehículos".

El señor fiscal sexto del Consejo de Estado doctor Floresmiro Hernández Lersundy conceptuó que existía claridad meridiana en los argumentos del demandante y que correspondía acceder a las súplicas de la demanda y por tanto decretar la nulidad impetrada.

Al decidir la Sala considera

1. No puede definirse la contradicción entre el texto de la ley y el texto de la norma reglamentada sin mirar al mismo tiempo el contexto global de los ordenamientos jurídicos. Es incuestionable que el orden legal es un conjunto armónico de normas donde cada pieza en particular se integra con las demás en busca del sentido y los fines sociales que deben tener las normas del derecho. Por tanto, no pueden interpretarse las normas jurídicas aisladamente y no podía definirse la cuestión *sub judice* comparando el texto gramatical del reglamento y la ley. Por ello es claro que no podía decretarse la nulidad del reglamento porque no concede una exención tributaria a las importaciones prohibidas por la ley. Pero el Decreto 1464 de 1973 no prohibió la importación de vehículos para servicio público cuando no se hicieran a través de la Corporación Financiera del Transporte; tan sólo se limitó a crear una ventaja arancelaria para las importaciones que se hicieran a través de esta entidad pública. Así se lee del tenor literal de la norma: "La importación del vehículo *con el gravamen señalado en el artículo* 1º *de este decreto* será hecha exclusiva y directamente a través de la Corporación Financiera del Transporte". (subrayado de la Sala). Es natural que la importación de vehículos para estos fines tiene atractivo por la ventaja arancelaria que ella represente, pero si alguna persona desea importar vehículo para taxi sin utilizar las ventajas arancelarias referidas, puede hacerlo, sujeto desde luego al régimen ordinario de aranceles sobre vehículos automotores. En este aspecto es equivocada la interpretación del decreto referido que hace la doctora Barrios cuando dice:

"De ahí que, el ejecutivo estimando que legalmente los vehículos tipo taxi, no los PUEDE IMPORTAR, sino la Corporación Financiera del Transporte o las Firmas o Entidades autorizadas por la misma, por la finalidad eminentemente social que el decreto ley encierra, reconociera al reglamentar la norma del artículo 8º, numeral 8º, del Decreto 1988 de 1974, que la exención únicamente amparaba a la IMPORTACION, de vehículos tipo taxi, hechas por las En-

tidades legales autorizadas para ello, razón por la cual consideró, que la norma no es limitativa, porque la limitación YA EXISTE EN UN ESTATUTO LEGAL, y el reconocimiento que de la ley se haga en una norma reglamentaria, no está sino reafirmando la existencia de la misma ley y por ende no puede existir extralimitación alguna".

2. La Sala reitera lo dicho en la providencia de 23 de febrero de 1979 cuando se pronunció sobre la súplica instaurada por la doctora Barrios. En efecto el Decreto 1464 de 1973 se refiere exclusivamente a cuestiones arancelarias y no puede hacerse extensivo al impuesto de ventas, pues se trata de dos tributos diferentes, con fines sociales y económicos distintos y regidos por principios constitucionales divergentes. Es así como el artículo 120, numeral 22, en concordancia con el artículo 205 de la Carta consagran una amplia facultad discrecional en materia de gravámenes arancelarios, al paso que tanto el régimen como las exenciones en materia de impuesto de ventas se sujetan al principio inalienable de la legalidad de los tributos que el doctor Camacho Rueda define en los siguientes términos:

"*Fuente del impuesto.* Acabamos de ver que la fuente de la obligación tributaria es la ley. Pero, por lo que hace a Colombia, es posible decretar la imposición por medio de 'una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional', o sea por medio del Congreso, puesto que en estos casos debe entenderse que se menciona a la ley en su sentido material, según la clasificación de DUGUIT. Pueden presentarse cuatro casos, pues, de ley en tal sentido, creadora de una obligación tributaria: a) Ley propiamente dicha; b) Decreto Ley; c) Decreto Legislativo; y c) Decretos con fuerza de ley.

"a) Sobre la competencia de la rama legislativa, lo que hemos dicho hasta aquí, desde la misma definición de impuesto, así lo demuestra. Pero es que, además, nuestra Constitución es especialmente clara sobre el particular. En efecto, el artículo 43 de la actual Codificación dice: 'En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones'. Sin que la mención hecha a las Asambleas y Concejos desvirtúen la premisa anterior, por cuanto es bien sabido que estas entidades obran en el particular con autorización previa del Congreso, como repetidamente lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia". (Hacienda Pública - Externado de Colombia, página 133).

3. La Sala encuentra clara contradicción entre el texto del artículo 5º del Decreto Reglamentario impugnado y la letra del Decreto 1988 (artículo 8º numeral 8º), pues al paso que el decreto extraordinario establece la exención del impuesto sobre *todos* los vehículos que se destinen de manera exclusiva al servicio público de taxis y el reglamento limita la exención a unos casos específicos contradiciendo así la norma legal.

4. Finalmente, la Sala reitera también lo expuesto en el auto admisorio de la demanda en los siguientes términos:

"El conductor del proceso comparte íntegramente los razonamientos expuestos por el demandante en cuanto hace a la incompa-

tibilidad entre la norma reglamentaria y la reglamentada pero considera importante destacar, aunque por ahora sin extensa argumentación, que la potestad reglamentaria no se extingue nunca y que el reglamento puede ser variado cuantas veces el gobierno considere necesario hacerlo precisamente porque esta facultad tiene por fin buscar el acomodamiento de la norma legal a las nuevas realidades sociales que, por naturaleza, son cambiantes".

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la sección cuarta de su sala de lo contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Declárase la nulidad del artículo quinto (5º) del Decreto quinientos ochenta y cuatro (584) de mil novecientos setenta y cinco (1975).

2º Comuníquese al Ministro de Hacienda y Crédito Público, a la Corporación Financiera del Transporte y a la Superintedencia de Industria y Comercio.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

RESOLUCIONES MINISTERIALES

PENSIONES. — Si la Ley 171 *de* 1961 *y el Decreto* 3135 *de* 1966, *se refieren a las pensiones de jubilación e invalidez, a que se contraen tales estatutos, no es dable hacer extensivo el beneficio de la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria, etc. a las pensiones especiales, como la de Ex-Presidente de la República.*

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

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*)

Referencia: Juicio Nº 2813. Demandante: Rubén Piedrahíta Arango. Resoluciones Ministeriales.

El señor Vice-Almirante (r) RUBEN PIEDRAHITA ARANGO, mediante apoderado y en acción de plena jurisdicción, solicita de esta Entidad en demanda incoada ante ella, que en sentencia definitiva, se hagan las siguientes declaraciones:

"*PRIMERA*. Que es nula la Resolución número 11786 del 4 de noviembre de 1974 expedida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y que resuelve el pedimento administrativo de pago de gastos asistenciales y hospitalarios como pensionado del Tesoro Público como Ex-Presidente de la República.

"*SEGUNDA*. Que a título de restablecimiento del derecho se disponga con cargo al Tesoro de la Nación, dentro del término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo se pague al señor Vice-Almirante Rubén Piedrahíta Arango la suma de $ 13.027.80 dólares o su equivalente en moneda colombiana al cambio oficial por concepto de reconocimiento de los gastos asistenciales de salud que no le fueron suministrados por la entidad administrativa que paga su pensión; la suma de $ 74.062.65 m.l., por concepto de servicios médicos y hospitalarios, transporte aéreo a U.S.A. que le fueron suministrados en Bogotá, D. E., por causa de grave dolencia cardíaca, así como los intereses sobre el valor total en moneda colombiana y que por juicio se fijen a cargo del Tesoro Público, previo descuento del 5% sobre el valor total reclamado".

"Los HECHOS en que el actor basa sus anteriores pedimentos se relatan en el libelo, así:

"El señor Vice-Almirante Rubén Piedrahíta Arango es pensionado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público como Ex-Presidente de la República.

"El Ministerio de Hacienda y Crédito Público como Entidad pagadora de pensiones no ha suministrado, ni ha contratado los servicios asistenciales que se deben a los pensionados públicos de conformidad con lo previsto en los artículos 10 de la Ley 171 de 1961, 30 del Decreto 1611 de 1962, 37 del Decreto 3135 de 1968 y 90 del Decreto 1848 de 1969.

"El Vice-Almirante Rubén Piedrahíta Arango, sufrió de manera repentina grave lesión cardíaca que hizo necesario su internamiento en la Clínica Shaio de Bogotá, en donde se hizo asistencia clínica, médica y hospitalaria con recomendación de que la severidad de la lesión hacía indispensable trasladarlo a los Estados Unidos para tratamiento.

"El valor de asistencia médica en Bogotá, asciende a la suma de $ 74.027.80 m.l. por servicios en la Clínica Miami Haert Institute.

"El Ministerio de Hacienda y Crédito Público al resolver la petición de pago de los servicios asistenciales que se causaron por enfermedad del pensionado Vice-Almirante Rubén Piedrahíta Arango, negó mediante Resolución número 11786 del 4 de noviembre de 1974.

"El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entiende que por ser de status militar el actor, corresponde ese servicio a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de conformidad con el artículo 8º de la Ley 126 de 1959 en virtud de que por esta disposición se consagra tal servicio, inclusive para casos de tratamiento en el exterior.

"Queda agotada la vía gubernativa".

Invoca el demandante como disposiciones infringidas los artículos 16 de la Constitución Nacional; 10 de la Ley 171 de 1961; 30 del Decreto 1611 de 1962; 37 del Decreto Ley 3135 de 1968 y 90 del Decreto 1848 de 1969. Sobre las normas precedentes el apoderado del accionante hace un detenido estudio jurídico, en el que expresa el concepto de la violación y apoya el derecho que dice asistirle en la reclamación impetrada.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que pudiese invalidar lo actuado, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente, previas las siguientes

Consideraciones

Solicitó el Vice-Almirante Rubén Piedrahíta Arango que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, le reconociera y pagara el valor de los servicios asistenciales prestados por entidades hospitalarias privadas colombianas y extranjeras, petición que formula por ser pensionado por el Tesoro Nacional, como Ex-Presidente de la República, esta solicitud fue negada según Resolución número 11786 del 4 de noviembre de 1974. (folios 2 y 3).

Los artículos 10 de la Ley 171 de 1961 y el 29 del Decreto Reglamentario número 1611 de 1962, establecieron para los pensionados el

derecho a los mismos servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios a que tengan derecho los correspondientes trabajadores en actividad. Y disponen que "para este efecto, los pensionados oficiales aportarán un cinco por ciento (5%) mensual de la pensión a la respectiva entidad u organización de Previsión Social...". El artículo 10 citado, señala, además, que tales derechos cobijan a los pensionados por dicha ley.

Igualmente, el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968, preceptúa: "A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez, se les prestará por la entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria"; y agrega en su inciso 2º: "Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión". Norma similar contiene el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969.

Mediante Resolución número 02681 del 23 de septiembre de 1958, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se ordenó inscribir por la Dirección del Presupuesto, dependiente de esa entidad, al Vice-Almirante Rubén Piedrahíta Arango, como pensionado por el Tesoro Nacional, y quien devengaría, a partir del 7 de agosto de 1958, en adelante, una pensión mensual vitalicia, en su condición de Ex-Presidente de la República. Dicha pensión especial le fue concedida con base en el artículo 2º de la Ley 22 del 17 de diciembre de 1952, que estatuye: "Los ciudadanos que a cualquier título hayan ejercicio la Presidencia de la República por un término continuo o discontinuo no inferior a seis meses, tendrán derecho a una pensión vitalicia...".

Como bien puede apreciarse, la pensión otorgada al demandante es de carácter especial, puesto que no se tiene en cuenta el tiempo servido, ni la edad, como ocurre con la pensión de jubilación ordinaria. Se trata de una prestación decretada de por vida, como reconocimiento al ciudadano que haya ocupado y ejercido el más elevado cargo dentro del sector público del país, como es la Presidencia de la República.

De otra parte, si la Ley 171 de 1961 y el Decreto 3135 de 1968, se refieren a las pensiones de jubilación e invalidez, a que se contraen tales estatutos, no es dable, en forma alguna, hacer extensivo el beneficio de la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria, etc., a las pensiones que, como la reconocida al actor, tienen un carácter especialísimo.

Finalmente, las argumentaciones contenidas en el acto administrativo impugnado, relacionadas con el aspecto fáctico del litigio, lo mismo que con el legal, no han sido desvirtuadas durante el trámite del proceso, y por lo tanto, tal pronunciamiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conserva la presunción de legalidad, pues las normas citadas por el actor como infringidas, son las mismas que aplica la administración en la providencia enjuiciada y que sirven también para el rechazo de las pretensiones formuladas en el libelo demandatorio.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su vista reglamentaria, mediante un acertado estudio, manifiesta que su concepto es adverso a las súplicas de la demanda. Y al efecto, expresa:

"Está probado en el expediente que el señor Piedrahíta Arango gozaba de pensión de Ex-Presidente cuando decidió ir a Centros Médicos de Estados Unidos para someterse a tratamiento.

"La pensión de que disfrutaba el actor, según jurisprudencia del Consejo de Estado, '... ha tenido el carácter de especialísima, dado que se concede a quien encarnó por algún tiempo la majestad de la República como Jefe de Estado'.

"Tan especial es esa pensión que el demandante ni siquiera aportaba determinados porcentajes a entidades previsionales para gozar de asistencia social.

"El señor Piedrahíta, como cualquier particular que goza de medios económicos, se hizo atender en una Clínica particular en Colombia y, por consejo de su médico, se trasladó, *motu propio*, a los Estados Unidos de Norteamérica, en donde recibió asistencia privada.

"Los gastos ocasionados tanto aquí en Colombia como en el exterior por razón de tratamientos médicos al actor, en nada interesan al erario público. El demandante no puede invocar a su favor las disposiciones legales de los pensionados por jubilación, vejez o invalidez, porque la suya es una pensión especial, que no le da derecho a este tipo de asistencia.

"Aún en el caso de que su pensión se rigiera por las normas generales de previsión social, debió haber obtenido la orden de la respectiva entidad previsional para trasladarse al exterior, si era que en Colombia no se le podía atender.

"Funesto precedente se sentaría al reconocerle al actor lo demandado, pues con mayor derecho podrían exigir los pensionados, por ejemplo, por la Caja Nacional de Previsión, que aportan cuotas para garantizar su asistencia.

"Como Ex-Presidente, hoy mero ciudadano, pues no ha alegado ni probado tener otra calidad, el señor Piedrahíta Arango, no tiene derecho a nada de lo solicitado".

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:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el veintiocho de junio de mil novecientos setenta y nueve.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada, Alvaro Orejuela Gómez.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

MILITARES. — Término de prescripción para reclamar los derechos prestacionales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.

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

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 0195. Res. Ministeriales. Actor: Hilario Antonio Carrero Medina.

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el Sr. HILARIO ANTONIO CARRERO MEDINA, mediante apoderado judicial, demandó la nulidad de la Resolución Nº 8399 del 21 de noviembre de 1973 y el silencio administrativo que niega el derecho impetrado al reconocimiento y pago de asignación de retiro por el Ministerio de Defensa Nacional. Como consecuencia de ellos y a manera de restablecimiento del derecho, que el Ministerio de Defensa Nacional previa elaboración de la Hoja de Servicios Militares Navales, por intermedio de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, reconocerá y pagará en el término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, asignación de retiro en la cuantía y proporción legal a partir de la fecha de desvinculación del servicio.

Como hechos que sirven de fundamento a su demanda, el libelo expresa los siguientes:

"1º Hilario Antonio Carrero Medina acredita el grado de Cabo 2º Maquinista de la Armada Nacional, cuyos servicios exceden los doce años.

2º El retiro del Suboficial Carrero Medina, fue determinado por la misma Armada, que invocó como causal presunta 'VOLUNTAD DEL GOBIERNO'.

3º Como el Ministerio de Defensa Nacional no había previsto al reconocimiento de la Asignación de Retiro del actor, éste impetró el reconocimiento, negado por la Resolución Nº 8399 de fecha 21 de noviembre de 1973 y 'Silencio Administrativo' consiguiente.

4º Como tales actos administrativos violan normas superiores, es que se impetra el restablecimiento del derecho consiguiente a la asignación de retiro a que tiene derecho el actor".

Considera el demandante que se ha violado el artículo 101 del Decreto 501 de 1955; artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo;

Ley 50 de 1886; Ley 29 de 1905 y artículos 17, 30 y 169 de la Constitución Nacional, consignando el concepto de la violación.

Ejecutariado el auto de citación para sentencia, el Tribunal en providencia del 17 de marzo de 1976 negó las peticiones de la demanda. Contra esta decisión el señor apoderado del actor interpuso recurso de apelación, razón por la cual los autos han llegado al Consejo donde la instancia ha sufrido el trámite de rigor y se cuenta ya con el concepto del señor Agente del Ministerio Público que considera debe ser revocado el fallo apelado.

Para resolver se considera

En la sentencia recurrida hace el Tribunal un interesante estudio sobre el fenómeno de la prescripción que se operó en el caso de autos, evento este que llevó a dicha Corporación a negar las peticiones de la demanda. Dice así en lo pertinente aquella Corporación:

"En este caso lo que se demanda es la formación de la hoja de servicios militares para el suboficial segundo (r) de la Armada Nacional señor Hilario Antonio Carrero Medina quien prestó servicios militares en forma continua durante doce (12) años, seis (6) meses y doce (12) días, hasta el 19 de noviembre de 1953 en que fue retirado del servicio activo por solicitud propia.

"El silencio del peticionario, quien por entonces no hizo ninguna reclamación, viene a ser roto por su apoderado, en memorial del 12 de diciembre de 1972, pidiendo la formación de la hoja de servicios militares y asignación de retiro.

"Dado el tiempo transcurrido entre el 19 de noviembre de 1953 y el 12 de diciembre de 1972, es decir por un lapso de más de 19 años, en que el actor guardó el más absoluto silencio, es fácil deducir que se ha operado el fenómeno de la prescripción de sus posibilidades o eventuales derechos.

"En esa época de 1953 estaba vigente el Decreto 3220 de ese año, que ratificó la norma de la Ley 2ª de 1945 que aprobó un término prescriptivo de ocho (8) años en cuanto a prescripción de derechos consagrados en los estatutos orgánicos de la Carrera de Oficiales de las Fuerzas Militares.

"Actualmente el término de prescripción para reclamar los derechos prestacionales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares es de cuatro (4) años, de acuerdo con la Ley 126 de 1959 y el Decreto Legislativo 3208 de 1965. El mismo término de 4 años ha sido ratificado en los artículos 122 del Decreto 3871 de 1968 y 127 del Decreto 2337 de 1971, que igualmente dicen: 'El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagrados en este estatuto, prescribe a los 4 años'.

"Habiendo transcurrido más de 19 años desde cuando el actor se desvinculó del servicio militar hasta cuando hizo su petición el 12 de diciembre de 1972, (tal como lo afirma el señor apoderado), resulta evidente que su derecho está fenecido por haberse operado el fenó-

meno de la prescripción. Su incuria, o descuido, o renuncia tácita, son imputables a él y no a la administración".

En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 92 de 1948, "Los marinos que se retiren o sean retirados antes de cumplir quince (15) años de servicio, tienen derecho a que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, un auxilio en dinero igual a un mes del último sueldo devengado, correspondiente a su grado, por cada año de servicio que haya prestado. Respecto a las fracciones de años servidos, se liquidarán proporcionalmente al auxilio de cesantía".

De otro lado el Decreto Legislativo Nº 669 de 1950 en su artículo 1º dice: "El personal de clases, Marinería y Tropa de Infantería de Marina, puede ser retirado del servicio activo por voluntad del Gobierno, antes de quince (15) años con derecho a las prestaciones sociales de que trata el artículo 67 de la Ley 92 de 1948. Después de ese tiempo, podrá ser llamado a calificar servicios, con derecho a sueldo de retiro".

Por último, según el ordinal a) del artículo 4º del Decreto Legislativo 239 de 1952, la hoja de servicios se elabora para el reconocimiento de asignación de retiro.

De forma que careciendo el actor del derecho a asignación de retiro, ya que apenas prestó sus servicios a la Armada Nacional por espacio de 12 años, 6 meses y 12 días, computando tiempos dobles (fl. 45 Ant. Adm.), lógicamente podía abstenerse el Ministerio de Defensa Nacional de elaborar su hoja de servicios. Y en ese orden de ideas, se evidencia el fenómeno prescriptivo de la acción como lo analiza el Tribunal, siendo inexplicable que a los 19 años 23 días de desvinculación del servicio, venga el demandante a formular su petición de formación de hoja de servicios. Tal incuria no es imputable a la administración sino al propio interesado que debe, por lo mismo, cargar con las consecuencias de su desidia.

Lo brevemente discurrido lleva a la Sala a confirmar la sentencia apelada.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en desacuerdo 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 Cundinamarca el 17 de marzo de 1976.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 28 de junio de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

MINAS. — Procedimiento administrativo en los asuntos mineros. Impugnación de permiso minero sólo a través de la oposición formulada legalmente. Si el permiso minero se concedió para una explotación no minera o por funcionario absolutamente incompetente, pues a través de la oposición legalmente formulada se pueden hacer valer tales razones con eficacia suficiente para la garantía de los derechos patrimoniales involucrados.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., julio diecinueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango*)

Referencia: Expediente Nº 1524. Actores: Fernando Garbrecht Sybilla Garbrecht de Jiménez, Thekla de Garbrecht y Jutta Von Seht.

Los ciudadanos Fernando Garbrecht, Sybilla Garbrecht de Jiménez, Thekla de Garbrecht y Jutta Von Seht, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción consignada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, en demanda presentada el 26 de septiembre de 1973, formularon las siguientes peticiones:

"*PRIMERA*: Que son nulas las Resoluciones números 000257 de 1973 (febrero 20) y 001857 de 1973 (julio 11) originarias del Ministerio de Minas y Petróleos por las cuales *se concedió permiso al señor Zoilo Edilberto Monroy* para explorar y explotar los yacimientos de areniscas o canteras en un globo de terreno de 21 hectáreas 44.85 mts. cuadrados dentro de la hacienda el VINCULO en jurisdicción del municipio de Soacha (Cundinamarca) y *se comisionó* al Alcalde Municipal de ese municipio para hacer la entrega de la zona en referencia.

"*SEGUNDA*: Que el Estado Colombiano es responsable de los daños y perjuicios causados al doctor Fernando Garbrecht y a las señoras Sybilla Garbrecht de Jiménez, Thekla de Garbrecht y Jutta Von Seht propietarios de la hacienda el VINCULO por la expedición, ejecución y vigencia de los actos acusados y perjuicios que se avaluarán judicialmente y deberán ser pagados dentro del plazo que sea fijado en la sentencia con los intereses comerciales hasta su pago efectivo o hasta la restitución de la zona dada en permiso.

"*TERCERA*: Que se ordene la restitución a la parte actora de la zona entregada como consecuencia del permiso demandado con todas sus anexidades, usos y costumbres y sin compensación alguna para el beneficiario del permiso, devolución o entrega que deberá ha-

cerse dentro del plazo que sea fijado en la sentencia y por la autoridad competente".

Como hechos, expusieron:

"1) Mis mandantes: el doctor Fernando Garbrecht y las señoras Sybilla Garbrecht de Jiménez, Thekla de Garbrecht y Jutta Von Seht son dueños y poseedores inscritos de la hacienda EL VINCULO en jurisdicción del municipio de Soacha, Departamento de Cundinamarca.

"2) Dentro de aquella hacienda se encuentran los yacimientos de areniscas o canteras materia del permiso concedido por las resoluciones demandadas.

"3) El Ministerio de Minas y Petróleos tramitó el permiso 690 sin haber previamente tenido la certeza de que se trataba de un yacimiento de areniscas o canteras de aquéllos respecto de los cuales no tiene competencia para dar permiso el Ministerio por tener la competencia las autoridades municipales de conformidad con los Códigos de Policía seccionales.

"4) La cantera ubicada en predios de los actores está excluida de la competencia del Ministerio de Minas y Petróleos y por tal motivo el permiso y la orden de entrega de la zona para lo cual se comisionó al señor Alcalde Municipal de Soacha son ilegales, pues se trata de extracción de piedra, arena cascajo y explotación de cantera, etc.

"5) La vigencia de los actos demandados causa perjuicios a los actores, los que consisten en la privación de la explotación del yacimiento en favor de su patrimonio económico, en la imposición de servidumbres que no están obligados a aceptar y en la ocupación de sus predios sin razón legal.

"6) Los demandantes han venido explotando económicamente a través de terceros aquella mina de areniscas, cantera.

"Los señores Fernando Garbrecht, Sybilla Garbrecht de Jiménez, Thekla de Garbrecht y Jutta Von Seht me han conferido poder especial para incoar la presente acción".

Como normas violadas citaron el artículo 33 del Decreto Reglamentario 1275 de 1970, sustituido por el artículo 6º del Decreto 2181 de 1972 y el artículo 30 de la Constitución Política.

Cuando ya se encontraba el negocio para fallo, hubo de declararse la nulidad de todo lo actuado, por auto de octubre 7 de 1976, por falta de citación y emplazamiento del señor Zoilo Edilberto Monroy.

Al decidir, nuevamente sobre la admisión de la demanda, el suscrito Consejero Sustanciador, expuso en auto de noviembre de 1976:

"La demanda resulta inadmisible, por las siguientes razones:

"a) Conforme al artículo 8º de la Ley 20 de 1969 y el Decreto Reglamentario 1275 de 1970, las minas están sujetas al sistema de concesión, aporte o permiso, según las clasificaciones que adopte el Gobierno;

"b) *Los permisos mineros* están regulados por el Capítulo XI del Decreto 1275 de 1970 (artículo 135 y ss.).

"c) Según el artículo 146, *ibídem*, las oposiciones que se formulen a la solicitud de permiso minero, se tramitarán conforme a lo previsto por el Capítulo XIV de dicho estatuto;

"d) Los permisos del 147, *ibídem*, 'vencido el término señalado en el artículo 192 de este decreto si no se hubieren presentado oposiciones o si las formuladas fueren declaradas desiertas o infundadas, el Ministerio procederá a otorgar el permiso al solicitante'.

"e) Y en el Capítulo XIV del citado estatuto, sobre OPOSICIONES, previene (artículo 192, sustituido por el artículo 32 del Decreto 2181 de 1972) *que desde la presentación de la solicitud de permiso* hasta un mes después del cumplimiento de las formalidades de que tratan los artículos 65 y 143 (publicación del extracto de solicitud de permiso y fijación del cartel contentivo de dicho extracto, en el Municipio respectivo), 'pueden formular oposiciones las siguientes personas:

"A) El que tenga licencia de exploración, concesión, aporte o permiso;

"B) El que tenga título de adjudicación o sentencia judicial de reconocimiento de la propiedad del subsuelo que conserven su validez jurídica;

"C) El que tenga una solicitud o propuesta admitida;

"D) El que demuestre que con anterioridad a la fecha de la solicitud o propuesta estaba explotando la zona respectiva. Esta oposición deberá contraerse exclusivamente a las zonas en que se hayan adelantado los trabajos y estudios que la fundamente'.

"Y agrega el parágrafo que no obstante lo anterior, 'el explotador podrá formular su oposición hasta un año después de la entrega de la zona al concesionario o beneficiario'.

"F) Las normas siguientes traen el procedimiento que debe seguirse para resolver las oposiciones formuladas, unas veces por el mismo Ministerio de Minas y Energía (artículo 193 y ss. y 70) y otras, propiedad de los yacimientos, por sentencia judicial.

"G) Como puede verse, el proceso administrativo minero está detalladamente regulado por la ley y quien se sienta lesionado con un permiso de tal naturaleza, goza de amplios plazos para hacer valer sus derechos mediante la oposición y no MEDIANTE acciones de plena jurisdicción que sólo proceden contra los actos administrativos que decidan la oposición respectiva.

"H) Pero aún supuesto equivocado todo lo anterior, la resolución que concedió el permiso no fue impugnada, en primer lugar, y la demanda se presentó después de los cuatro meses de expedida, por lo que no puede revivirse tal plazo con la posterior que sólo trata de ejecutar la nueva.

"Por tales razones, en el caso de autos, aparece la pretensión deducida, sin agotamiento de los recursos legales en este caso preciso, de los procedimientos legales.

En consecuencia, NO SE ADMITE la demanda a que se ha hecho referencia en esta providencia".

Interpuesto el recurso de súplica, la Sala de Decisión lo desató, en los siguientes términos, en providencia de diciembre 11 de 1976:

"Sea lo primero decir que debe relievarse el estudio hecho por el señor Consejero Valencia Arango en el auto objeto de este recurso de súplica porque indudablemente se aprecia el cuidado que tuvo de investigar los aspectos del derecho mismo, pero esta Sala se permite disentir de esos conceptos porque no está de acuerdo con el fondo del referido auto ya que el aspecto de si se trata o no de un problema minero es tema que debe ser estudiado en la sentencia.

"El hecho de que los señores propietarios de la hacienda 'El Vínculo' no hubieran formulado oposición no es razón valedera para concluir que carezcan del derecho para instaurar una acción o control del acto administrativo con el cual culminó la actuación en la vía gubernativa, porque de acuerdo con la ley lo que impide el ejercicio de la acción es el no agotamiento de la vía administrativa por la no interposición del recurso de apelación cuando éste proceda, lo cual no se da en este caso por tratarse de una resolución del propio Ministro de Minas y Energía, Jefe superior de ese Ministerio.

"De modo, pues, que debe estudiarse si en verdad los actores estaban en tiempo legal para instaurar la acción de plena jurisdicción que, como bien se sabe, debe hacerse dentro de los cuatro meses contados a partir de la notificación, publicación o ejecución del acto respectivo.

"De conformidad con el artículo undécimo, parágrafo 1º, del Decreto 2733 de 1959 'las providencias que afecten a terceros, que no hayan intervenido en la actuación, se notificarán personalmente a éstos'. Si ello no fuere posible, se publicará su parte resolutiva, por una vez, en el 'Diario Oficial'. En el caso en estudio se aprecia que la resolución por medio de la cual se concedió el permiso al señor Zoilo Edilberto Monroy fue publicada en el 'Diario Oficial' el día 28 de mayo de 1973 en el número 33856; este acto, como es apenas lógico, afecta directamente a terceros como lo son los propietarios del predio dentro del cual se halla la zona materia del permiso y como la demanda se presentó ante esta Corporación el día 26 de septiembre del mismo, debe decirse que fue instaurada dentro del término legal puesto que se trata de una acción de plena jurisdicción con restablecimiento del derecho.

"Por las anteriores consideraciones se revoca el auto suplicado y, en su lugar, se admite la demanda, en los siguientes términos:"

Tramitado nuevamente el negocio conforme a la ley, el señor Fiscal Segundo de la Corporación, conceptuó así:

"Estudiado el expediente se observó todo el trámite a que se sometió llegando a declararse la nulidad de todo lo actuado, cuando estaba para fallo.

"Sometido nuevamente el negocio a los trámites legales esta vez sin que se anote ningún vicio que pueda invalidar la actuación, llega a este Despacho para concepto de fondo.

"El problema planteado por el actor se puede reducir a dos puntos:

"1º Naturaleza de los materiales objeto del permiso.

"2º Competencia del Ministerio de Minas y Petróleos para otorgar el permiso de exploración y explotación que se acusa.

"Hay en el expediente prueba suficiente que llevan a establecer que los materiales a que se refieren las Resoluciones 000257 de 1973 y 001857 de 1973 emanados del Ministerio de Minas y Petróleos y que constituyen los actos demandados, son materiales de la construcción. (ver dictamen pericial folio 118 y siguientes del cuaderno Nº 2). En él se dice: '..Igualmente se verificó que en los perfiles estatigráficos no se encuentra sino formación que sólo producen rajón y arena para usos en la construcción... '.

"Obra también en el expediente de pruebas, (folio 103) copia auténtica de la Resolución Nº 0564 de febrero 24 de 1977 del Ministerio de Minas y Energía en donde también se dice que se decretó una 'Inspección Ocular para establecer si la explotación que adelante el señor ZOILO MONROY, es de cantera o de mina. Que hecha la Inspección, se constató por funcionarios del Ministerio que la explotación que realiza el beneficiario del permiso es de arena. ... '.

"A igual conclusión se llegó en la prueba que se practicó por funcionarios del mismo Ministerio y que se menciona en la Resolución Nº 005137 de diciembre 9 de 1976 (folio 108 cuaderno Nº 2).

"Respecto a la competencia del Ministerio de Minas y Petróleos (Energía) hay que anotar que por regla general esa es la autoridad competente para otorgar los permisos y las concesiones mineras. Pero el Decreto 2181 de 1972, artículo 6º que se dice violado por los actos acusados y dice así:

"Los permisos o licencias para extraer piedra, arena y cascajo de los lechos de los ríos y aguas de uso público y de las playas, lo mismo que la explotación de canteras, continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes y serán del conocimiento de las autoridades que en la actualidad tienen competencia para ello".

"Para los efectos de este artículo se entiende como cantera únicamente los depósitos de piedra común, arenas y cascajo destinados a la construcción".

"Esta disposición dejó en cabeza de las autoridades que venían conociendo de ello, esto es del Alcalde de la localidad, la competencia para otorgar los permisos solamente cuando recaigan sobre piedras, arenas y cascajo. La misma disposición explica qué se debe entender por 'cantera', y dice: 'que únicamente los depósitos de piedra común, arenas y cascajo destinados a la construcción '.

"Se deduce pues que el Ministerio carece, por disposición expresa, de competencia para otorgar permisos para extraer estos materiales.

"Respecto a la solicitud de pago de perjuicios que hace el demandante se tiene en el expediente un dictamen pericial (folio 118 cuaderno Nº 2) que se ajusta a lo probado en el curso del juicio. Este dictamen comprende los perjuicios mensuales desde la expedición de los actos acusados. El canon de arrendamiento que se toma es el que estaba pactado en un anterior contrato suscrito entre las partes. (Ver ampliación del dictamen folio 129 cuaderno Nº 2). (folio 57 cuaderno Nº 2).

"Los intereses que se liquidan son los bancarios. Está explicado también cómo se determinó la suma por concepto de utilidades no recibidas. Los perjuicios fueron liquidados hasta mayo de 1977 fecha en la cual se produjo el lanzamiento del beneficiario del permiso, ZOILO MONROY, (folio 98 cuaderno Nº 2).

"Entiende esta Fiscalía que realizaba la diligencia de lanzamiento, a los demandantes les fue restituido el terreno o zona objeto del permiso Nº 690. Así pues esta solicitud formulada en la demanda ya fue satisfecha".

Para resolver se considera

Como se expuso detalladamente en el auto inadmisorio del Consejero sustanciador, los asuntos mineros tienen su procedimiento administrativo legalmente detallado sin que puedan las partes cambiarlo o desconocerlo.

Tratándose de un permiso minero, quien se crea con derecho a impugnar el concedido, no puede hacerlo sino a través de la *oposición formulada legalmente.*

Cualquiera que sea la razón de la oposición, así sea ella precisamente la incompetencia del funcionario, pues el procedimiento legalmente previsto le garantiza tanto al opositor como a la administración el control jurisdiccional de la decisión administrativa sobre la referida oposición.

Pero no puede el administrado, por considerar, con razón o sin ella, que la materia objeto del permiso no es minera, cruzarse de brazos ante las oportunidades que la ley minera señala para la defensa, para intentar, luego, la acción contencioso administrativa común.

No. Eso significaría tanto como aceptar que además del procedimiento completo y prolijo del Código Minero, el particular tiene, además, las acciones contenciosas comunes, lo que repugna no sólo por la duplicación de acciones y de ejercicio jurisdiccional inútil, sino por la burla que ello implica de las normas procesales señaladas por la ley.

Esta Corporación ha dicho reiteradamente que los ciudadanos no pueden cambiar las acciones legalmente organizadas o escoger arbitrariamente las de su gusto, sino que les resulta imperativo atender, en cada caso a la disposición legal.

Si el permiso minero se concedió para una explotación no minera o por funcionario absolutamente incompetente, pues a través de la

oposición legalmente formulada se pueden hacer valer tales razones con eficacia suficiente para la garantía de los derechos patrimoniales involucrados.

En el presente proceso se impugnan las Resoluciones 000257 de 1973 (febrero 20) del Ministerio de Minas y Petróleos (en ese entonces) por la cual se concedió permiso minero al Sr. Zoilo Edilberto Monroy y la 001857 de 1973 (julio 11) por la cual se comisionó al Alcalde de Soacha para practicar la diligencia de entrega. En cambio nada se dijo en relación con la *oposición* formulada por los aquí demandantes, en dicha diligencia de entrega, (cuaderno Nº 1, folio 12) a través de su apoderado doctor Alberto Morales Vargas y luego ratificada y fundamentada ante el Ministerio de Minas y Energía por el mismo apoderado de los demandantes en este juicio y *"declarada fundada"* por Resolución 005137 de diciembre 9 de 1976 (cuaderno Nº 2, folio 157), según la cual se ordenó archivar el expediente y expresamente se declaró *LIBRE* la zona objeto de la controversia, todo lo cual fue confirmado por Resolución 000584 de febrero 24 de 1977 (cuaderno Nº 2, folio 178) por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandado en este juicio, señor Zoilo Edilberto Monroy.

En síntesis, los demandantes, triunfaron administrativamente, mediante la oposición formulada con base en las previsiones del Código Minero.

La demanda es, pues, sustancialmente inepta y, por lo mismo, la sentencia es inhibitoria.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, SE DECLARA INHIBIDO para decidir en el fondo sobre la demanda a que se ha hecho referencia, por INEPTITUD SUSTANTIVA de la misma.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Osvaldo Abello Noguera, Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DOCENCIA. — Los empleados del servicio docente pueden percibir pensión de jubilación y sueldo (artículo 1º Decreto 606 de 1969) cuando un educador jubilado se reincorpora al serivicio oficial tiene derecho al reajuste de la pensión pero debe separarse del nuevo cargo (artículo 79 Decreto 1848 de 1969) excepto caso del artículo 1º Decreto 606 de 1969.

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

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 0206. Resoluciones Ministeriales. Actor: Pedro Justo Bula Otero.

PEDRO JUSTO BULA OTERO, por medio de apoderado, solicitó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, la declaratoria de nulidad de la Resolución Nº 7556 expedida el 9 de noviembre de 1972 por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se le negó el derecho a *un reajuste pensional.* Como consecuencia de la nulidad, solicitó que dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo el aludido Ministerio hiciera el reajuste negado desde la fecha en que cumplió los requisitos para ello, con base en el promedio de sueldos y primas percibidas en el último año de servicios.

Se dice en la demanda, que el actor fue pensionado por el Ministerio de Defensa Nacional por medio de Resolución Nº 04493 del 2 de noviembre de 1964, pensión que fue reajustada posteriormente de conformidad con la Ley 4ª de 1963. Que reingresó al servicio como catedrático del Colegio Nacional "José Eusebio Caro", condición que le permite de acuerdo con los *Decretos* 3135 *de* 1968 *y* 1848 *de* 1969 *el reajuste pensional decretado por el artículo* 79 *del último decreto* sin necesidad de demostrar el retiro del cargo, como excepcionalmente lo señala el *Decreto* 606 *de* 1969.

Indicó el demandante como disposiciones violadas, dando el correspondiente concepto de la violación, el artículo 1º del Decreto 606 de 1969, 79 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 17 de la Constitución Nacional.

El Tribunal admitió y tramitó la demanda hasta ponerle fin con sentencia del 25 de febrero de 1976, en la cual negó las peticiones formuladas. Contra esta decisión interpuso recurso de apelación el señor apoderado del actor, razón por la cual los autos llegaron al Consejo donde la segunda instancia sufrió el trámite correspondiente siendo oportuno ahora entrar a decidirlo, para lo cual se hacen las consideraciones que siguen:

Como bien lo expresa el Tribunal, los *empleados del servicio docente* pueden a un mismo tiempo percibir la pensión de jubilación y la asignación inherente al cargo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º *del Decreto* 606 *de* 1969, siendo éste uno de los casos de excepción al principio constitucional de que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, según las voces del artículo 64 de la Carta.

Cuando un educador jubilado se reincorpora al servicio oficial tiene derecho al reajuste de la pensión de jubilación, pero para ello debe separarse del nuevo cargo al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969 que dice:

"Reajuste de la Pensión de Jubilación por reincorporación al servicio oficial. El pensionado que sea reincorporado a cualquiera de los empleos mencionados en el Parágrafo del artículo 78 de este Decreto, tiene derecho a que se le reajuste la pensión de jubilación, en la cuantía señalada en el artículo 73, a partir de la fecha en que se separe del nuevo empleo desempeñado, mediante reliquidación que se hará con base en el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado empleo, si éste fuere inferior a un (1) año.

"Dicho reajuste se hará y pagará por la misma entidad de previsión social, de derecho público, establecimiento público, empresa oficial, o sociedad de economía mixta, que reconoció y venía pagando la pensión de jubilación.

Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 606 de 1969 indicado como violado, dice que el personal docente y jubilado que consolidó su derecho por servicios al magisterio, con anterioridad a la vigencia del Decreto 3135 de 1968, no está obligado a demostrar el retiro del servicio oficial para cobrar la pensión de jubilación, si continúa devengando su sueldo al reincorporarse a la docencia". Es decir, la norma transcrita exceptúa del retiro oficial al docente jubilado, exclusivamente para el cobro de la pensión y el recibo de sueldos por servicios al magisterio, que es distinto a lo previsto en el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969, norma que regula la situación del demandante, como lo analiza el Tribunal en el fallo recurrido, que, por lo mismo, será confirmado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Cuarto de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de febrero de 1976.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 10 de agosto de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

PERSONERIA JURIDICA. SINDICATOS. EN QUE CONSISTE. SUPRESION. CONSECUENCIAS. — La personería jurídica otorga, por ficción legal, capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, según lo dispone el artículo 633 del Código Civil, la supresión total de esa facultad no sólo viola un derecho subjetivo, sino que lo extingue.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre quince de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*)

Referencia: Juicio Nº 3065. Demandante: Sindicato de Trabajadores de Enka de Colombia S. A. Recurso de Súplica.

El Sindicato de Trabajadores de "Enka de Colombia S. A." a través de su representante legal y por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitó la nulidad de la Resolución número 04427 del 27 de octubre de 1978, *expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,* con restablecimiento del derecho. En el mismo libelo demandatorio el actor pide la Suspensión Provisional del acto acusado, a lo cual accedió el Consejero Sustanciador, mediante auto de 20 de enero del corriente año.

La Empresa "Enka de Colombia S. A.", se constituyó como parte impugnadora y, a su vez, interpuso el recurso de súplica contra la providencia del 20 de enero del presente año, en cuanto ordenó la suspensión del acto acusado, invocando la revocatoria en este punto y que no se acceda a la Suspensión Provisional solicitada en la demanda.

Se apoya para ello el libelista en la circunstancia de que la Resolución enjuiciada no atenta contra un derecho subjetivo, pues, la única providencia, relacionada con este asunto, que tiene tal carácter, como modalidad del acto administrativo, es la Resolución 0100 del 30 de enero de 1967, que le concedió personería al Sindicato, " y que, por tanto, es también la única providencia que no puede revocarse directamente sino con el cumplimiento de lo previsto por el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959". Agrega que al considerársele así, el Sindicato podría violar impunemente todas las normas legales, sin que los funcionarios competentes pudieran cancelarle su personería al no contar con el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

La Resolución 0004 del 18 de enero de 1978, proferida por el Jefe de la División de Relaciones Colectivas del Trabajo del Ministerio de

Trabajo y Seguridad Social, se ordenó cancelar el Registro Sindical de la Organización de primer grado y de base denominada SINDICATO DE TRABAJADORES DE ENKA DE COLOMBIA, con personería jurídica número 0100 de enero 30 de 1967. Dicha decisión fue revocada por el funcionario que la expidió, mediante la Resolución 0005 Bis del 1º de febrero del mismo año. Apelada ésta, el Director General del Trabajo del Ministerio, por Resolución número 01505 del 17 de abril de 1978, le impartió aprobación, quedando sin efecto alguno la Resolución número 0004 citada y que había ordenado la cancelación de la personería jurídica de la organización sindical.

El mismo Director General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, según Resolución 04427 del 27 de octubre de 1978, revocó en todas sus partes las Resoluciones 0005 Bis y 01505 mencionadas, disponiendo la firmeza de la Resolución 0004 del 18 de enero de 1978, que ordenó la cancelación del registro sindical de la agremiación "Sindicato de Trabajadores de Enka de Colombia S. A.".

La Resolución 0004 precitada, al ordenar la cancelación indicada no hizo más que decretar su muerte jurídica y dejar sin efectos la personería que le había conferido la Resolución número 0100 del 30 de enero de 1967. Al reponerse esta providencia, el Sindicato volvía a recobrar la personería jurídica. Luego, es indiscutible, que las Resoluciones 0005 Bis y 01505 comentadas, crearon un derecho subjetivo para la organización sindical al impedir su disolución. Si como lo anota el memorialista la Resolución que le concedió personería jurídica al Sindicato si ostenta el carácter de acto administrativo subjetivo, con igual razón lo tiene el que garantiza y protege su subsistencia.

De otra parte, es sabido, que la facultad concebida por la ley a los funcionarios públicos para revocar directamente los actos administrativos no es caprichosa ni arbitraria. Ella está limitada en interés de la ley y sin violar derechos radicados en una persona natural o jurídica. Este derecho se ha entendido como la facultad reconocida jurídicamente para hacer u omitir algo en oposición al derecho objetivo que no es más que el conjunto de normas que regulan la conducta humana desde el punto de vista jurídico.

Si la personería jurídica otorga, por ficción legal, capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, según lo dispone el artículo 633 del Código Civil, la supresión total de esa facultad no sólo viola un derecho subjetivo, sino que lo extingue. Por eso la Resolución 0004 revivida señala en su artículo cuarto que: "El liquidador que se designe queda en la obligación de someter la liquidación...", indicando, sin lugar a dudas, que la cancelación del registro sindical dejaba sin vida jurídica a la organización sindical, al derogar, implícitamente, la Resolución 0100 del 30 de enero de 1967 que le concedió la personería jurídica.

De allí que no se necesita hacer demasiados esfuerzos dialécticos, para llegar a la conclusión de que con los actos enjuiciados no sólo se está lesionando un derecho subjetivo sino que se anulan totalmente la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones que ostentan el ente moral. El principal derecho adquirido de la persona ficticia es su propia existencia. Sin la tutela de éste no existe personalidad jurídicamente capaz.

No comparte la Sala el parecer del recurrente de que los actos acusados tengan la fisonomía de actos-condición. Es lógico que la existencia misma de la persona ficticia requiera condiciones que necesitan cumplirse previamente a su nacimiento. Además éstas deben subsistir durante toda la existencia jurídica. Desaparecidas, viene la muerte del ente moral. Esa desaparición deberá controvertirse con la ritualidad del debido proceso a que tiene derecho conforme al artículo 26 de la Carta. Porque si la Administración frente a un intento de desconocimiento de su personalidad jurídica considera que ella subsiste legalmente, este acto de firmeza crea una situación subjetiva que no puede revocarse sin su consentimiento expreso y escrito, a términos del artículo 24 del Decreto 2733 de 1959 que el Consejero Sustanciador del negocio aplicó correctamente en la providencia suplicada.

Lo anterior no quiere decir que por el hecho de que los actos demandados crearon una situación jurídica individual y subjetiva, la organización sindical pueda violar impunemente todas las normas legales, sin que los funcionarios competentes tengan facultades para cancelar su personería jurídica, como lo anota el señor apoderado de la Sociedad impugnadora de la demanda. El Capítulo III del Título I, Parte 2ª del Código Sustantivo del Trabajo, señala el procedimiento para que la organización sindical adquiera su personería jurídica. (artículos 364 a 372). En el Capítulo V del mismo Título se determinan las prohibiciones y sanciones para los Sindicatos y la forma de aplicación de éstas; y el Capítulo VII establece los casos de disolución y liquidación. Pero lo que no puede hacerse, en manera alguna, es decretar la disolución de un Sindicato por la vía de la revocatoria directa, sin darle oportunidad a su defensa.

Expresa el apoderado de la parte opositora que el señor Ricardo Alfonso Acosta Pereira, por haber sido despedido de la Empresa, ya no tenía carácter de Presidente del Sindicato y por ello, no podía otorgar poder. Este planteamiento es nuevo en el recurso, pues la providencia suplicada no hace referencia a esta situación. No obstante, debe advertirse que existe un Certificado del 8 de noviembre de 1978 de la Secretaría de la Sección de Colectivos de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social, Seccional Antioquia (folio 4), en el cual consta que el citado señor es el Presidente del Sindicato de Trabajadores de "Enka de Colombia S. A." y el poder fue otorgado el 16 de noviembre del mismo año, o sea, dos días antes de expedida dicha Certificación (folios 1 y 2).

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sala de Decisión,

Resuelve:

Confírmase el auto proferido en el presente juicio, por el Consejero Sustanciador, con fecha veinte de enero de mil novecientos setenta y nueve.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Alvaro Orejuela Gómez, Aydeé Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

PRIMA DE CAPACITACION PARA LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA JUSTICIA PENAL Y DE SU MINISTERIO PUBLICO. DERECHO A DISFRUTARLA. — Tendrán derecho a disfrutar de la prima de capacitación aquellos funcionarios que desempeñan los cargos de Magistrados de Tribunal, Fiscales o Jueces de tal jurisdicción siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos al efecto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 903 de 1969.

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

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Proyecto: Doctor Alvaro Soto Angel, Abogado asistente.

Referencia: Expediente Nº 0829. Resoluciones Ministeriales. Actor: Jenaro Ñungo Méndez.

El señor JENARO ÑUNGO MENDEZ, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y mediante apoderado, previos los trámites de un juicio ordinario, solicitó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Es nula la Resolución Nº 6159 de diciembre 2 de 1974, proferida por el Ministerio de Justicia";

"SEGUNDA. Es nula la Resolución Nº 649 de febrero (sic) 1975, proferida por el Ministerio de Justicia";

"TERCERA. Ordénase al Ministerio de Justicia, Sección Pagaduría Principal, liquidar, reconocer y pagar al Mayor Abogado JENARO ÑUNGO MENDEZ, la prima de capacitación de que habla el literal b) del artículo 3º del Decreto 903 de 1969, en cuantía del DIEZ POR CIENTO (10%), liquidada sobre una asignación mensual de $ 13.736. 80, es decir, pagar la suma de $ 1.373.68, mensuales por concepto de dicha prima";

"CUARTA. Ordénase al Ministerio de Justicia, Sección Pagaduría Principal, pagar la prima de capacitación de que habla el punto anterior, con retroactividad al 1º de marzo de 1974, fecha en la cual el Mayor-Abogado JENARO ÑUNGO MENDEZ hizo su petición de pago de dicha prestación, que liquidada hasta junio 1º de 1975, arroja un total de $ 20.605.20, sin perjuicio de las sumas que mensualmente se continúen causando, conforme a las variaciones de la asignación de haberes que mensualmente perciba el Mayor-Abogado JENARO ÑUNGO MENDEZ".

Como hechos que dieron lugar a la acción relata lo siguiente:

"PRIMERO. Mi poderdante presta sus servicios al Estado, Ministerio de Defensa Nacional, en su calidad de Mayor del Ejército Nacional, con el título de Abogado, desempeñando el cargo de Abogado visitador —II— de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares";

"SEGUNDO. Mi poderdante y conforme a las normas que más adelante citaré, solicitó del Ministerio de Justicia el pago de la 'PRIMA DE CAPACITACION, petición esta que presentó el día 1º de marzo de 1974 y el Ministerio citado mendiante la Resolución Nº 6159 de diciembre 2 del citado año, le negó el derecho por él solicitado, resolución esta que fue confirmada por la Resolución Nº 649 de febrero 19 de 1974, la cual le fue notificada el día 26 del citado mes y año' ".

Cita como disposiciones violadas por los actos acusados el artículo 30 de la Constitución Nacional, 3º y 4º del Decreto 903 de 1969; 1º y 4º del Decreto 2029 de 1969; 2º del Decreto 411 de 1971, normas sobre las cuales expresa el respectivo concepto de la violación.

El Tribunal del conocimiento, mediante sentencia de 19 de julio de 1976, negó la súplica de la demanda, la cual fue recurrida por el apoderado de la parte actora.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, en su vista reglamentaria, es de parecer que se confirme el fallo apelado.

Como se ha surtido el trámite de rigor, correspondiente a la segunda instancia y no se observa causal alguna que invalide lo actuado, se procede a decidir en el fondo del negocio, previas las siguientes

Consideraciones

Solicita el demandante se ordene el reconocimiento y pago a cargo del Ministerio de Justicia, de la prima de capacitación de habla el literal b) del artículo 3º del Decreto 903 de 1969, en cuantía del 10%, liquidada sobre una asignación mensual de $ 13.736.80, por las circunstancias, de haber desempeñado el cargo de Abogado Visitador de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares.

Como sustento de su petición aduce el demandante que mediante el Decreto 411 de 1971 "Por el cual se fijan asignaciones para los funcionarios y empleados de la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público", en su artículo 2º dice expresamente que aquellos funcionarios tienen derecho a las primas de capacitación, ascensional y de antigüedad establecidas en los artículos 3º y 4º del Decreto 903 de 1969, en los términos y bajo las condiciones allí señaladas.

Igualmente el inciso 2º del artículo 3º del mismo Decreto 411 establece para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en servicio activo que desempeñen cargos en la citada Justicia Penal Militar y su Ministerio Público, que sus asignaciones se liquidarán y pagarán teniendo en cuenta las primas que como Militares o Miembros de la Policía Nacional les correspondan, siempre y cuando que el sueldo de los respectivos cargos sumado con las primas antes mencionadas no sobrepasen las asignaciones establecidas para el grado que ostente dentro del ramo castrense.

A su vez el Decreto 903 de 1969, el cual se remite el estatuto en mención, consagra, entre otras, la prima de capacitación, solamente para los Magistrados del Tribunal, Fiscales y Jueces.

De lo anterior se colige, que tendrán derecho a disfrutar de la prima de capacitación, que se está demandando, aquellos funcionarios que desempeñan los cargos de Magistrados de Tribunal, Fiscales o Jueces de tal Jurisdicción siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos al efecto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 903 de 1969, que para el caso de autos, sería el de Fiscal, y no aparece probado que el Mayor Abogado Ñungo Méndez ejerciera tales funciones, pues con vista en las constancias de folios 9 y 10, el demandante ejerció únicamente las de Abogado Visitador de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, sin que sea posible hacerle extensivo los efectos de las normas que cita como sustento de sus pretensiones, pues ella trae una enumeración dentro de las cuales no está incluido el cargo desempeñado por el actor.

En los anteriores términos se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada, por lo que la Sala encuentra ajustada a derecho y en consecuencia habrá de confirmarse.

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 su colaborador Fiscal,

Falla:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 19 de julio de 1976.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada el día 11 de octubre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS DEL MINISTERIO DEL TRABAJO.— Están facultados para ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical, pero tales funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces, aunque si para actuar en esos casos como conciliadores (*Decreto* 2351 *de* 1965).

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

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*)

Referencia: Juicio Nº 3251. Demandante: Empresas Puertos de Colombia Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Resoluciones Ministeriales.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico en el fallo consultado de fecha 1º de febrero de 1979, declaró la nulidad de las resoluciones expedidas por el Jefe de la Sección de Inspección de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico y el Jefe de la División Departamental, mediante las cuales se sancionó a la "Empresa Puertos de Colombia" Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, con una multa de diez mil pesos ($ 10.000.00) y se le conminó para que cancelara al trabajador RAFAEL BUENDIA SIERRA las sumas dejadas de percibir por concepto de salario y demás prestaciones a causa de la suspensión de un permiso remunerado.

Las anteriores resoluciones están basadas en que la Empresa Puertos de Colombia, Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, no dio cumplimiento a una disposición convencional contenida en el artículo 37, según la cual aquélla concederá permisos remunerados a sus trabajadores, los que pagarán con los salarios promedios devengados durante los últimos doce (12) meses inmediatamente anteriores para el personal intermitente a destajo, y fijo, norma esta que se consideró violada.

El *a quo*, apoyándose en el concepto Fiscal afirma que las atribuciones conferidas por la ley a los funcionarios administrativos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no pueden definir situaciones de carácter laboral adscritas por la legislación, única y exclusivamente a la jurisdicción del trabajo.

Así, el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965 señala que los funcionarios administrativos están facultados para ordenar las medidas

preventivas que consideren necesarias para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical, teniendo el carácter de autoridades de policía para este caso y pudiendo imponer multas sucesivas de dos mil a diez mil pesos, según la gravedad de la falta.

En el presente asunto se hizo uso de esa facultad por parte de los funcionarios del Ministerio de Trabajo, al verificar que la Empresa Puertos de Colombia violó el artículo 37 de la Convención Colectiva de Trabajo, relativa a la suspensión de un permiso remunerado, razón por la cual se impuso la sanción prevista en el numeral 2º del artículo 41 del Decreto 2351 antes aludido. En este aspecto las resoluciones acusadas fueron expedidas con sujeción a la norma citada, sin que se hubiere pretermitido ningún precepto legal, sino que, por el contrario, se empleó una atribución dada por la ley.

No ocurre lo mismo en la segunda parte de la Resolución 0038 del 7 de noviembre de 1977, proferida por el Jefe de la Sección de Inspección de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, por la cual se conmina a la "Empresa Puertos de Colombia", Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, para que cancele al trabajador RAFAEL BUENDIA SIERRA las sumas dejadas de percibir por concepto de salario y demás prestaciones, a causa de la suspensión del permiso remunerado, pues con ello se está atribuyendo una decisión que no le corresponde tomar, sino que compete a la justicia del trabajo, como lo previene el mismo artículo 41 del mencionado Decreto 2351 de 1965, cuando agrega: "... Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces, aunque sí para actuar en esos cargos como conciliadores".

Al conminar a la Empresa para que cancelara al mencionado trabajador las sumas dejadas de percibir por concepto de salarios y demás prestaciones, a causa de la suspensión del permiso remunerado, los funcionarios del Ministerio de Trabajo en las resoluciones citadas estaban invadiendo una órbita de competencia que no les correspondía, pues con ello declararon un derecho individual y subjetivo, definiendo en esta parte una controversia atribuida expresamente a la jurisdicción laboral ordinaria.

De acuerdo con lo anteriormente dicho, el Tribunal debió acceder solamente a declarar la nulidad del Art. 2º de la Resolución Nº 0038 del 7 de noviembre de 1977, pero abstenerse de hacerlo en cuanto al artículo 1º de la misma, que impuso la multa a la "Empresa Puertos de Colombia", Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, ya que ésta se produjo con sujeción a las disposiciones enunciadas, por lo cual habrá de revocarse en este punto el fallo consultado.

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

Falla:

Revócase la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, con fecha primero (1º) de febrero de mil novecientos setenta y nueve y en su lugar se dispone:

Primero: Declárase la nulidad del artículo 2º de la Resolución número 0038 del 7 de noviembre de 1977, expedida por el Jefe de la Inspección de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico.

Segundo. Deniéganse las demás peticiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el catorce de septiembre de mil novecientos setenta y nueve.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada, Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

HUELGA. — Pasos para llegar a ella. Requisitos de votación para su legalidad (artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre doce de mil novecientos setenta y nueve.

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

Proyecto *Doctor Alvaro Soto Angel.*

Referencia: Expediente Nº 2137. Resoluciones Ministeriales. Actor: Federación de Trabajadores de Antioquia.

La Federación de Trabajadores de Antioquia, mediante apoderado y previos los trámites de un juicio ordinario, solicita de esta Corporación, se decrete la nulidad de la Resolución Nº 02630 de julio de 1977, emanada del Ministerio de Trabajo y Seguriad Social.

Como hechos que dieron lugar a la acción relata los siguientes:

1. Existe con domicilio en Medellín, el Sindicato Textil Los Andes, con personería jurídica Nº 1049 de agosto 26 de 1954, afiliado actualmente a la Federación de Trabajadores de Antioquia (FEDETA), organización sindical de 2º grado, cuyo presidente es el demandante señor OVIDIO MARULANDA.

2. Dicho sindicato presentó oportunamente, el 28 de marzo de 1977, un pliego de peticiones a la empresa "FABRICA TEXTIL DE LOS ANDES S. A. 'FATELARES' ".

3. La discusión del petitorio se desarrolló dentro de las reglamentaciones legales hasta la votación válida de la huelga, acto efectuado el 3 de julio de 1977.

4. El 9 de julio de 1977, los trabajadores de "FABRICA TEXTIL DE LOS ANDES S. A." (FATELARES), hicieron efectiva la huelga declarada el 3 de julio inmediatamente anterior, mediante la suspensión colectiva de labores.

5. La Resolución 02630 de 1977, declaró ilegal dicha suspensión colectiva de labores, con el argumento de que una tentativa de declaratoria de huelga, frustrada varios días antes (el 12 de junio del presente año), porque no reunía a la mayoría de los trabajadores, había arrebatado al sindicato el derecho a declarar válidamente la huelga 25 días más tarde, cuando agrupaba ya a mucho más de la mitad del personal de la empresa.

Cita como disposiciones violadas por el acto acusado el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, y el 444 del mismo Código,

modificado por el artículo 31 del Decreto 2351 de 1965, normas sobre las cuales expresa el concepto de la violación.

La Fiscalía Quinta de la Corporación, en su vista reglamentaria, es de parecer que se nieguen las súplicas de la demanda.

Como se ha surtido el trámite de la ley, y no se observa causal alguna que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir en el fondo del asunto, previas las siguientes:

Consideraciones

Se demanda en el presente juicio la Resolución Nº 02630 de 28 de julio de 1977 (folios 4 a 8) emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se declaró ilegal la suspensión colectiva de labores realizada por los trabajadores de la Fábrica Textil de los Andes S. A. (FATELARES).

Como antecedente a tal suspensión, el Sindicato de dicha empresa presentó un pliego de peticiones, el cual después de que se cumplieran las etapas de arreglo directo y de conciliación no se llegó a ningún acuerdo entre patrono y Sindicato.

En vista de lo anterior, el 12 de junio de 1977 se reunió la Asamblea General convocada por el mismo sindicato a la cual asistieron 170 trabajadores. Allí se votó la huelga o el Tribunal de Arbitramento, obteniéndose el siguiente resultado: 157 afiliados por la huelga, 3 por el Tribunal, 1 en blanco y se anularon 6 votos.

El 15 de junio de 1977, el Inspector del Trabajo, en diligencia de inspección judicial en las instalaciones de "Fatelares" estableció que el número de trabajadores vinculados por nómina a dicha empresa era de 608 personas, circunstancia que implica que para el 12 de junio del año antes referido, día en que se optó por la huelga, el Sindicato no tenía capacidad para decidir sobre ésta o sobre el Tribunal de arbitramento, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 31 del Decreto 2351 de 1965.

Sin embargo, nuevamente en Asamblea celebrada el 3 de junio de 1977, fueron aprobadas setenta (70) nuevas solicitudes de ingreso al Sindicato y demás, se ratificó la declaratoria de huelga.

Según da cuenta la motivación del acto acusado, del "acta levantada el día 12 de julio de 1977 por la Inspección del Trabajo, cuya copia anexo, estableció claramente que a la fecha de la Asamblea celebrada el 12 de junio de 1977 el número de sindicalizados era el de 227. Aún en gracia de discusión, si se le diera alguna validez, que no la tiene, a la Asamblea del 3 de julio referida, el número de sindicalizados a esta fecha no superaría en ningún caso la cifra de 297 socios, es decir, los 227 conocidos a junio 13 de 1977 y los 70 aprobados en la asamblea de julio 3 del mismo año donde se deduce que es falso e inexacto que el día 3 de julio de 1977 el sindicato contara con 346 socios". En los mismos considerandos de la resolución acusada, se afirma que de la lista de personas sindicalizadas levantada el 12 de julio de 1977, aparece una serie de nombres repetidos.

Dos son los aspectos centrales por los cuales se trata de encontrar las causas para la anulación del acto enjuiciado cuales son, en primer lugar, si en una segunda oportunidad se puede ratificar una declaratoria de huelga, cuando ya se reúnen los votos necesarios para ello y en segundo término si efectivamente los votos requeridos para tomar tal determinación, en el caso de autos, el Sindicato de la Fábrica Textil de los Andes S. A. "FATELARES" los reunía, atendiendo a las perentorias exigencias legales sobre la materia.

En eventos en que una vez superadas las etapas de arreglo directo y de conciliación y no se hubiere obtenido un arreglo del conflicto obrero patronal, los trabajadores pueden optar entre la huelga o por solicitar del Ministerio del Trabajo que el diferendo se someta a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio.

Para llegar a cualquiera de estas dos conclusiones es necesario que se produzca a favor una votación que comprenda la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o por la Asamblea General del sindicato o sindicatos a que están afiliados más de la mitad de los trabajadores. En casos como el que sucedió el día 12 de junio de 1977 en que se tomó como determinación ir a la huelga, cuando realmente no se reunían los votos necesarios para tomar esa determinación, lleva consigo que tal declaración es ilegal al tenor de lo preceptuado en el literal c) del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, pero ello no obsta para que esa deficiencia sea suplida con nuevas afiliaciones o asistencia y votación de trabajadores no sindicalizados, en la cual se obtenga el número requerido en la ley, para darle su valor, pues las normas que regulan este derecho no han consagrado que solamente se tiene una oportunidad para tomar esta clase de determinaciones. Por este aspecto si en la Asamblea celebrada el 3 de julio de 1977, hubiesen sufragado un número acorde de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa, esta segunda votación tendría plena eficacia jurídica.

El segundo aspecto de la demanda, aquel que hace relación al número de votos que se emitieron a favor de la declaratoria de la huelga y que según las autoridades del Ministerio del Trabajo no fueron los suficientes, pues según diligencia de inspección ocular, practicada por las autoridades del trabajo, se estableció que el número de trabajadores de la empresa era de 608 personas, y para la celebración de la Asamblea de 12 de junio los sindicalizados sumaban 227, más los 70 cuyas solicitudes fueron aprobadas el 3 de julio, totalizaban para esta misma fecha de ratificación de la huelga 297 socios, suma que no corresponde a la mayoría absoluta que sería 305 miembros de la agrupación sindical.

La presunción de legalidad de que goza el acto administrativo no fue desvirtuada en el curso del proceso, dada la circunstancia de que el señor mandatario judicial no hizo uso de los medios que la ley le otorga en defensa de sus patrocinados.

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 su colaborador fiscal.

Falla:

Niégase las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y en firme esta providencia, archívese el expediente.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 31 de octubre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PERSONERIA JURIDICA. — Unos son los requisitos que la ley exige para la constitución de un Sindicato, y otros los necesarios para la elección de directivas sindicales no ya provisionales, sino definitivas. La elección de directiva provisional, indispensable para que realice los trámites de reconocimiento de personería, no puede entrabar de ninguna forma la voluntad libremente expresada de un grupo de personas que desean formar un sindicato. Interpretación y aplicación del artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo.

Nulidad de las Resoluciones número 04203 de 1978 y 04573 de noviembre 3 del mismo año, expedidas por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre veintidós de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 3246. Resoluciones Ministeriales. Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Superintendencia Bancaria —Sintrasuperbancaria—.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado especial, los señores Servio de Zubiría Samper y Luis Fernando López Roca en su condición de Presidente y Secretario Provisionales del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Superintendencia Bancaria, han pedido a esta Corporación haga las siguientes declaraciones:

"1). Son nulas las Resoluciones Nºs 04203 del 18 de octubre de 1978 y 04574 del 3 de noviembre del mismo año, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 'por lo cual no se reconoce personería jurídica a una organización sindical' y 'por la cual se resuelve un recurso'.

"2). El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, como consecuencia de la anterior declaración, procederá a otorgar personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de base denominada 'Sindicato Nacional de Trabajadores de la Superintedencia Bancaria' —SINTRASUPERBANCARIA—, con domicilio en la ciudad de Bogotá D. E.

"3. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dará cumplimiento a lo anterior dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

En la siguiente forma se resumen los hechos de la demanda:

a. En Asamblea Constitutiva realizada en Bogotá el 4 de octubre de 1978, numeroso grupo de empleados de la Superintendencia Bancaria acordó constituir un sindicato y al efecto eligió una Junta Directiva Provisional integrada así: Presidente, Sergio de Zubiría Samper; Vicepresidente, Alfonso Moreno Moreno; Secretario General, Luis Fernando López Roca; Tesorero, Alcira Serrano Díaz; Fiscal, Gilberto Rodríguez Lizarazo; Suplente, Oziel Baena; Suplente, Rosana Ramírez Chaparro; Suplente, Alvaro López Palacio; Suplente, Rafael Barrios Mendivil y, Suplente, Manuel Montero Montero.

b. El 5 de octubre de 1978 el Presidente y el Secretario provisionales comunicaron a la División de Asuntos Colectivos del Ministerio de Trabajo, Regional de Cundinamarca, la constitución legal del sindicato, incluyeron la lista de los fundadores y de la directiva provisional y pidieron se notificara al señor Superintendente Bancario.

c. Mediante Resolución Nº 04203 del 18 de octubre de 1978, se negó la personería al sindicato por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo.

d. El 24 de octubre el Presidente y el Secretario interpusieron recurso de reposición contra la resolución denegatoria con fundamento en el artículo 361 del Código Sustantivo del Trabajo, y el Ministerio por Resolución Nº 4571 del 3 de noviembre de 1976, no repuso la Resolución dicha, previa la afirmación de que la organización sindical llenó todos los requisitos exigidos por el artículo 363 del mismo código para la obtención de su personería.

En la demanda se citaron como violados los artículos 16, 17, 44, 45 y 46 de la Constitución Nacional; 9º, 12, 361 y 391 del Código Sustantivo del Trabajo. Se expresó el concepto de la violación.

Mediante providencia del 5 de marzo del año en curso, se admitió la anterior demanda y se dispuso su trámite legal. Las pruebas solicitadas por la parte actora fueron practicadas en su oportunidad. Al surtirse los traslados para alegar el señor apoderado de la actora hizo uso de tal derecho reiterando las razones de hecho y de orden jurídico que en su sentir lo asistían para impetrar la nulidad de los actos acusados. Y la señora Fiscal Quinto de la Corporación en su concepto de fondo solicita se acceda a las peticiones de la demanda.

Y como el auto de citación para sentencia se encuentra debidamente ejecutoriado y no se observan vicios que invaliden la actuación, se procede a resolver previas las siguientes

Consideraciones

Un grupo de empleados que laboraban en la Superintendencia Bancaria se reunieron el 4 de octubre de 1978 y constituyeron el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Superintendencia Bancaria, escogieron su Junta Directiva Provisional y en cumplimiento a disposiciones legales, comunicaron tal determinación al señor Director de la División de Asuntos Colectivos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Regional de Cundinamarca, a quien pidieron se sirviera notificar al Representante Legal de la Superintendencia la constitu-

ción del mismo. El 10 de octubre de 1978 el Presidente y el Secretario Provisionales del Sindicato pidieron al Jefe de la División citada estudiar y aprobar la documentación que le acompañaban, para efectos del reconocimiento de la personería jurídica.

Por medio de la Resolución Nº 4203 del 18 de octubre de 1978, el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social negó el reconocimiento de personería jurídica al sindicato de que se viene hablando, con fundamento en que la elección de la junta directiva provisional no se realizó conforme a lo ordenado en el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo, que ordena que la elección se hará por votación secreta, en papeleta escrita y aplicando el sistema del cuociente electoral, para asegurar la representación de las minorías, so pena de nulidad.

Contra la providencia citada se interpuso recurso de reposición que fue negado por Resolución Nº 4574 de 3 de noviembre de 1978.

El artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo dice que, "La elección de las Directivas Sindicales se hará por votación secreta, en papeleta escrita y aplicando el sistema del cuociente electoral para asegurar la representación de las minorías so pena de nulidad".

Conforme consta en el acta de fundación y sus anexos (folios 18 y ss.) el Sindicato de Trabajadores de la Superintendencia Bancaria, se inscribió un número total de 31 socios fundadores y constituyeron la Junta Directiva Provisional para efectos de la consecución de la personería jurídica. No existe constancia en la misma de que se hubieran presentado diversas listas de candidatos a la Directiva Provisional y todo da a entender que la elección fue por unanimidad.

Con el sistema del cuociente electoral se expresa el pensamiento de los electores en forma tal, que cada grupo, partido o tendencia, puede tener una efectiva representación en razón directa del volumen de sus sufragios. Naturalmente que este sistema supone la existencia de grupos, la multiplicidad de listas. Por consiguiente, cuando en una Asamblea de Trabajadores realizada con miras a la constitución de una organización sindical no existe unanimidad, pues es obvio que hay que dar cabal aplicación al artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo; pero si como ocurrió en el caso presente, se presentó una unanimidad en la escogencia de la Directiva Provisional con relación a una sola lista de candidatos, no podía entonces tener aplicación estricta aquella norma, por lo mismo que la elección tuvo ese carácter.

Y ciertamente que es inexplicable la razón dada en las resoluciones acusadas para negar la personería jurídica al Sindicato de la Superintendencia Bancaria, con el expediente de que la elección de la Directiva Provisional no se realizó conforme a lo ordenado en el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo, porque ese criterio rigorista no suele ser el determinante de resoluciones de esa índole. En efecto, en diligencia de Inspección Judicial llevada a cabo en dependencia del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social División de Relaciones Colectivas de Trabajo se estableció, en primer lugar, que de acuerdo con el informativo levantado al efecto, el Presidente y el Secretario provisionales del Sindicato de la Superintendencia Bancaria

aportaron toda la documentación que la ley exige para el trámite y reconocimiento de la personería jurídica del mismo, no habiendo sido la negativa de la misma por omisión de alguno de los requisitos de ley propiamente dichos. Y en segundo lugar, se estableció de acuerdo con expedientes tomados al azar, que para el reconocimiento de la personería jurídica de un sindicato, no es costumbre el que se deje constancia expresa de que la votación para Junta Directiva Provisional se realizó por votación secreta, en papeleta escrita y aplicando el sistema del cuociente electoral, sino que simplemente se hace la afirmación de que dicha elección se hizo de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo. Además, de las actas de fundación de los sindicatos examinados se desprende que sólo se inscribió una lista de candidatos a directivos y que la elección se hizo por unanimidad, tal como ocurrió en el caso que ocupa la atención de la Sala.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos que exige el artículo 364 del mencionado Código Sustantivo del Trabajo, en los actos acusados se reconoce que la organización sindical de la Superintendencia Bancaria en formación llenó todos los requisitos allí exigidos, para la obtención de su personería jurídica.

El Art. 361 del Código Sustantivo del Trabajo, dice que "De la reunión inicial de constitución de cualquier sindicato los iniciadores deben levantar un 'Acta de Fundación' donde se expresen los nombres de todos aquéllos, sus documentos de identificación, su residencia, la actividad que ejercen y que los vincule, el nombre y el objeto de la asociación".

A todo ello se sometió la organización sindical de la Superintendencia Bancaria, y no se indicó el sistema electoral aplicado para la escogencia de la Directiva Provisional, en primer lugar, porque la norma citada no lo exige, y en segundo lugar, porque la escogencia fue por unanimidad.

De acuerdo con lo visto, resulta equivocado el planteamiento del Ministerio del Trabajo en los actos acusados. El sindicato no ha infringido los ordenamientos objetivos a que ha sometido la ley su constitución y la elección de sus directivas provisionales, siendo conveniente anotar, que existe una evidente falta de lógica en las actuaciones Ministeriales frente a casos semejantes que han merecido un tratamiento diferente, como se apreció en la diligencia de inspección judicial.

Y es bueno destacar también, como lo hace la Fiscalía, que unos son los requisitos que la ley exige para la constitución de un sindicato, y otros, los necesarios para la elección de directivos sindicales no ya provisionales, sino definitivos. Para lo primero se exige un determinado número de afiliados, quienes se reúnen para manifestar su voluntad de afiliarse, levantando de ello un acta y eligiendo una directiva provisional para que gestione el reconocimiento de la personería jurídica. Y es fundamental que un número no inferior a 25 según el artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo, de personas manifiesten el ánimo de asociarse. Cumplidas tales condiciones, las autoridades del Ministerio de Trabajo deben aprobar la nueva asociación sindical. Y dice la distinguida Colaboradora Fiscal:

"La elección de directiva provisional, indispensable para que realice los trámites de reconocimiento, no puede entrabar de ninguna forma la voluntad libremente expresada de un grupo de personas que deseen formar un sindicato. Si además, todos los fundadores, por tratarse de una directiva provisional, están de acuerdo en las personas que deben integrarla y la eligen por unanimidad, como ocurrió en el caso de autos, resulta absurdo exigir aplicación del cuociente electoral, sistema que tiene por finalidad proteger los derechos de las minorías. Obvio que cuando hay unanimidad no hay minorías.

"Distinto sería si después de obtener el reconocimiento de personería jurídica se inscriben en varias listas para elección de directivas y no se aplica el sistema de votación secreta y cuociente electoral; dicha elección sería nula, mas no el reconocimiento de personería jurídica".

De acuerdo con lo expresado, resulta que la acción propuesta es procedente y que debe accederse a las súplicas de la demanda, ya que habiendo reunido el Sindicato de la Superintendencia Bancaria los requisitos de ley, ha debido reconocérsele personería jurídica. Por consiguiente, los actos acusados serán anulados.

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:

Primero. Son nulas las Resoluciones números 04203 de octubre 18 de 1978 y 04574 del 3 de noviembre del mismo año, expedidas por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por las cuales no se reconoció personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de base denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA "SINTRASUPERBANCARIA" con domicilio en la ciudad de Bogotá D. E.

Segunda. Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, procederá a otorgar personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de base denominada "SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA 'SINTRASUPERBANCARIA' ", con domicilio en la ciudad de Bogotá D. E.

Cópiese, notifíquese.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 16 de noviembre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS. EXCESO DE PODER. — La entidad nominadora a la cual la Procuraduría General de la Nación o la delegada según el caso, le haya solicitado la aplicación de sanción disciplinaria a individuo determinado, no puede imponer la destitución (sanción máxima) sino cuando ella en forma expresa lo haya manifestado.

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

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 0354. Resoluciones Ministeriales. Actor: Manuel José Díaz Flórez.

El señor MANUEL JOSE DIAZ FLOREZ, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que es nula la Resolución número 495 de 1º de febrero de 1974, expedida por el señor Ministro de Justicia, por medio de la cual se destituye al señor Manuel Díaz Flórez, en el cargo de Director II, categoría 15 de la División de Medicina Legal e Investigaciones Forenses de Bogotá".

"SEGUNDA. Que como consecuencia de lo anterior se declare que el señor Manuel José Díaz Flórez tiene derecho a ser reintegrado al cargo del cual fue removido, o a uno de igual o superior categoría".

"TERCERA. Que igualmente se disponga que para los efectos legales de prestaciones sociales no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios, durante el tiempo en que mi poderdante ha estado separado del servicio por razón de la remoción por parte del Ministerio de Justicia y hasta la fecha en que sea reintegrado en forma legal".

"CUARTA. Que para restablecer el derecho violado se ordene que el señor Manuel Díaz Flórez tiene derecho a que por la Nación —Ministerio de Justicia— Oficina pagadora correspondiente, se le paguen los sueldos, primas, vacaciones y demás prestaciones dejadas de percibir desde el día en que fue removido, hasta que sea reintegrado en forma legal".

"QUINTA. Que a las anteriores declaraciones se les de cumplimiento dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"1º El señor Manuel José Díaz Flórez, prestó sus servicios al Ministerio de Justicia en el cargo de Director por un lapso superior a los quince años".

"2º Dada su eficacia, cumplimiento, y la magnífica conducta observada en el Ministerio de Justicia y por haber cumplido con los requisitos legales pertinentes, el Departamento Administrativo del Servicio Civil por medio de la Resolución Nº 334 de 30 de junio de 1971 inscribió en el escalafón de la Carrera Administrativa a mi poderdante, en forma definitiva, en el cargo de Director 13, que era el que precisamente venía desempeñando".

"3º No obstante lo anterior, a mi poderdante se le acusó de una falta que no cometió y que no quedó demostrada legalmente y sin tener en cuenta los preceptos relacionados con la separación del servicio para los funcionarios de Carrera Administrativa, el Ministerio de Justicia por medio de la resolución acusada declaró insubsistente el nombramiento de mi poderdante en el cargo de Director, el cual venía desempeñando desde hacía varios años".

Se citan en la demanda como disposiciones violadas los "artículos 26 y 30 de la Constitución Nacional, Decreto 3074 de 1968, principalmente en sus artículos 12, 13 y 14, artículos 26, 46, y 50 del Decreto 2400 de 1968 y artículos 108, 133, 134, 136, 141, 162, 149 y siguientes del Decreto 1950 de 1973" y se analiza el concepto de la violación.

El Tribunal del conocimiento denegó las peticiones de la demanda.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad, oído el concepto del señor Fiscal Cuarto y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, se procede a ello previas las siguientes

Consideraciones

El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación, al rendir su concepto de fondo en el presente proceso, se expresa así:

"En el asunto de la referencia se discute el posible derecho del actor al reintegro en el cargo que venía desempeñando en el Ministerio de Justicia y al pago de los haberes dejados de percibir".

"El Tribunal del conocimiento por medio de la sentencia recurrida negó las súplicas de la demanda".

"*Sobre el tema debatido esta Fiscalía conceptúa:*"

"El peticionario considera que el acto acusado violó, entre otros, los artículos 133, 134 y 136 del Decreto 1950 de 1973, fundando la transgresión en que 'la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial había solicitado que se le impusiera una sanción de carácter disciplinario ... para poder proceder en la forma mencionada, el Ministerio de Justicia estaba obligado a tener en cuenta el criterio contenido en el artículo 134 del Decreto 1950 de 1973 ...' (folio 9)".

"2. La Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, ciertamente, expresó de manera clara las razones y los alcances de la sanción

disciplinaria (*in* abstracto e indeterminada) que solicitó se impusiera al posteriormente destituido, en estos términos:"

"Los elementos de juicio que se han aportado al disciplinario respaldan ampliamente las afirmaciones de los directores en el sentido de que extrajeron las hipófisis cumpliendo una orden emitida por el Director del Instituto. En estas condiciones han debido concluir razonablemente que tal actividad era lícita y estaba permitida por los reglamentos del Instituto, si se tiene en cuenta además que todos ellos ignoraban el destino final de la hipófisis. Su escasa preparación intelectual y la situación de dependencia en que se encuentran los obligó a cumplir con la orden del doctor Uribe y en consecuencia colaborar con los médicos legistas en la extracción de las glándulas. Estas consideraciones determinan que los señores anteriormente citados no tienen ninguna responsabilidad disciplinaria en el primer cargo y por tanto se ordenará cesar todo procedimiento administrativo en su contra".

"Acerca de si recibieron el dinero por el arreglo de cadáveres hay que tener en cuenta lo siguiente: No hay duda que la falta está demostrada mediante los diversos testimonios que recibieron los visitadores. Pero existen algunas circunstancias que hacen explicable la conducta de los directores, tales como su escasa preparación intelectual, el desconocimiento absoluto de las normas que regulan las funciones públicas y la misma naturaleza de las tareas que desempeñan, ya que es muy difícil conseguir persona distinta que ejecute los menesteres por los cuales ellos recibían dinero. Esto no quiere significar que la infracción se justifique, pero sí quiere la Procuraduría resaltar la existencia de factores *que aminoran la responsabilidad de los acusados, que desde luego demanda la intervención del Ministerio de Justicia para que aplique los correctivos que se estimen convenientes* a fin de que en lo sucesivo se puedan conjurar tales anomalías" —SUBRAYA LA FISCALIA— (folio 89).

"3. En la hoja de vida del actor no aparece una sola sanción disciplinaria que se le hubiese impuesto antes del acto destitutorio".

"4. De acuerdo con el acertado criterio de la Delegada para la Policía Judicial se trataba de imponer una sanción distinta de la máxima que consagra en el Título VI (Régimen Disciplinario) del Decreto 1950 de 1973, esto es de la destitución. Adviértase sobre el particular que, al tenor de los artículos 270 y 271 de dicho estatuto, la Procuraduría General de la Nación puede solicitar, con carácter obligatorio, la suspensión —hasta por treinta (30) días— y la, ya mencionada destitución. Esta última fue excluida, pues no obstante que la Procuraduría considera que debe intervenir el Ministerio de Justicia para que *aplique los correctivos que estime* convenientes, éstos quedaron *condicionados a las circunstancias aminorantes de la responsabilidad* destacados, con prudencia, por la dependencia fiscalizadora; y cuando se trata de estos casos, con arreglo a los textos citados, el nominador no puede ir más allá de la solicitud que al efecto se le haga por aquélla. Pero, además, lo contrario, sería agraviar el principio universal: *SUMMUN JUS, SUMMA INJURIA*".

En consecuencia, el Ministerio de Justicia excedió la potestad que le fijan los artículos atrás citados, a más de quebrantar, consiguien-

temente, los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, en lo que respecta a la graduación de las faltas y a la imposición de las sanciones".

"Por lo expuesto, debe revocarse el fallo recurrido y despachar favorablemente las súplicas de la demanda".

La Sala acoge en su integridad el concepto emitido por su colaborador Fiscal Cuarto por las siguientes razones: No se discute en el presente negocio el aspecto procedimental, que en otros fallos ha examinado la Corporación, por cuanto la investigación que dio origen a la sanción disciplinaria cuya legalidad se discute fue adelantada por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial con el lleno de todas las formalidades legales, y en cumplimiento de las funciones que le son propias de acuerdo con el Título XI del Decreto 1950 de 1973. Objeta el señor Fiscal la forma en que el Ministerio de Justicia interpretó la solicitud de sanción disciplinaria formulada por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial que, evidentemente, fue mucho más allá de lo que en forma clara y ostensible esperaba dicha agencia del Estado. En efecto, en la solicitud de la Procuraduría se dice que el Ministerio de Justicia debe intervenir para que aplique los correctivos que estime convenientes haciendo resaltar la existencia de factores *"que aminoran la responsabilidad de los acusados"*.

El Ministerio de Justicia, lejos de tener en cuenta los factores atenuantes de responsabilidad, hizo caso omiso de ellos al aplicar la máxima sanción disciplinaria y por tanto violó el artículo 271 del Decreto 1950 de 1973 según el cual "el nominador está en la obligación de satisfacer, dentro del término de diez días, la solicitud de suspensión o de destitución que le haga el Procurador General de la Nación o el Procurador Delegado para Vigilancia Administrativa". En el presente caso se había solicitado del Ministerio una sanción disciplinaria, sin especificarla, pero en todo caso teniendo en cuenta los factores que aminoran la responsabilidad de los acusados, luego el Ministerio al imponer la máxima sanción dejó de satisfacer la solicitud del Procurador.

No hay duda de que la justicia se encuentra en el equilibrio entre la falta cometida, teniendo en cuenta sus características, motivación, agravantes y atenuantes y la sanción impuesta. La sanción exorbitante no satisface los requerimientos de la justicia, sino que la agravia y vulnera. Por eso en el caso de autos la Sala considera que hubo exceso en la determinación del Ministerio y por lo tanto violación de los artículos 134 y 271 del Decreto 1950 de 1973 lo que determina la revocatoria de la sentencia apelada y en su lugar la solución favorable a las súplicas de la demanda. Con igual fundamento salvaron su voto dos de los Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

Falla:

1º REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 18 de marzo de 1976.

2º DECLARASE la nulidad de la Resolución Nº 495 de 1º de febrero de 1974 expedida por el señor Ministro de Justicia por la cual se destituyó al señor MANUEL JOSE DIAZ FLOREZ en el cargo de Director II, categoría 15 de la División de Medicina Legal e Investigaciones Forenses de Bogotá.

3º Como consecuencia de la anterior declaración ORDENASE al Ministerio de Justicia que reintegre al señor MANUEL JOSE DIAZ FLOREZ al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior categoría.

4º El Ministerio de Justicia pagará al señor MANUEL JOSE DIAZ FLOREZ todos los sueldos, primas y demás prestaciones sociales que dejó de percibir desde el día en que fue destituido del cargo hasta que se efectúe el reintegro ordenado.

5º Para todos los efectos legales deberá entenderse que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios del señor DIAZ FLOREZ durante el tiempo en que permanezca separado del servicio.

6º La presente sentencia deberá ser cumplida por el Ministerio de Justicia dentro del término previsto en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada el día 7 de diciembre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DERECHO DE ASOCIACION. EXCEPCIONES. — (Asociación Guardia Nacional Penitenciaria). El artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo habla del Derecho de asociación y de sus excepciones. Aunque el cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria es un cuerpo civil, se encuentra dentro de las excepciones del Derecho de Asociación por ser un cuerpo armado de carácter permanente, (que cae bajo las normas del artículo 168 de la Constitución y 414 del Código Sustantivo del Trabajo) que al tener como finalidad la guarda y vigilancia de los reclusos del país está contribuyendo a la conservación del orden público, labor eminentemente policiva.

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

(Consejero ponente: Doctor *Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 2136. Resoluciones Ministeriales. Actor: Gilberto Gartner Posada.

El doctor GILBERTO GARTNER POSADA, en su condición de Fiscal Segundo del Consejo de Estado y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicitó ante esta Corporación la nulidad de la Resolución Nº 1751 del 13 de junio de 1975, proferida por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, por la cual se reconoció personería jurídica a la Organización Sindical "Asociación Guardia Nacional Penitenciaria" y que como consecuencia de dicha declaración la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del Ministerio del ramo cancele la anotación e inspección en el Registro Sindical de la Asociación Guardia Nacional Penitenciaria (ASOGANALPE) con domicilio en Bogotá y al mismo tiempo declare sin vigencia sus estatutos y se desconozca su Directiva Sindical.

Como fundamentos de la acción relata los siguientes hechos:

"1º Por Resolución Nº 001751 del 13 de junio de 1975, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, reconoció Personería Jurídica a la Asociación de Guardia Nacional Penitenciaria (Asoganalpe)".

"2º El Ministerio de Trabajo, aprobó los estatutos de la mencionada organización, al igual que reconoció la Junta Directiva, elegida en Asamblea General, el 28 de enero de 1975".

"3º Como consecuencia de estos reconocimientos, el sindicato empezó a actuar como tal".

"4º Los Miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia que prestan sus servicios en los diferentes establecimientos carcelarios del país,

constituyen un cuerpo armado de carácter permanente, que no pueden ejercer el sufragio, mientras que permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actos partidistas".

"5º El reconocimiento de la personería jurídica por parte del Ministerio del Trabajo, de un sindicato de trabajadores armados, pugna con el orden público, como demostraré más adelante".

Como normas violadas señaló los artículos 44 y 168 de la Constitución Nacional; los artículos 356 y 414 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 86, 109, 112 y 211 del Decreto 1817 de 1964 y expresó extensamente el concepto de la violación.

En el juicio se apersonó el Presidente de la Asociación Guardia Nacional Penitenciaria y se constituyó como impugnador el señor Carlos Vicente de Roux R. quienes habiendo sido reconocidos han actuado activamente a lo largo del proceso.

Se ha tramitado la instancia hasta obtener concepto de la Fiscalía Quinta de la Corporación y una vez ejecutoriado el auto de citación para sentencia, se procede a dictarla previas las siguientes

Consideraciones

En el escrito de demanda el actor solicitó expresamente la suspensión provisional del acto acusado y el Magistrado Sustanciador accedió a ello en auto de 5 de noviembre de 1977 con las siguientes razones:

"Para resolver se considera: El artículo 168 de la Constitución Nacional dice: '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".

"En concordancia y desarollo de la norma constitucional mencionada el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo excluye del derecho de asociación en sindicatos a 'los miembros del ejército nacional y de los cuerpos y fuerza de policía de cualquier orden'. Se observa cómo la Constitución se refiere a los miembros del ejército, de la policía nacional y de los cuerpos armados, de carácter permanente, equiparándolos, para efectos de limitar sus derechos ciudadanos, en virtud de las eminentes funciones a ellos encomendadas y de la responsabilidad que implica ser portadores de las armas de la República. De suerte, que al hablar el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo de 'cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden' hay que entender la expresión en armonía con la constitucional que habla del ejército, de la policía nacional y de los cuerpos armados, de carácter permanente".

"Es evidente que la Guardia Nacional Penitenciaria constituye un cuerpo armado de carácter permanente como se deduce de sus normas orgánicas, luego es ostensible la contradicción entre el acto acusado y las normas constitucionales y legales analizadas".

Contra dicho auto interpusieron recurso de súplica tanto el apoderado del sindicato como el impugnador el cual fue resuelto por la Sala de Decisión de esta sección en providencia de fecha 15 de diciembre de 1977 previas las consideraciones que enseguida se transcriben:

"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 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 168 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, prohíja 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 número 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".

En virtud de las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión resolvió confirmar el numeral 1º de la parte resolutiva de la providencia dictada por el Magistrado Sustanciador el día 5 de noviembre de 1977 y revocó el numeral 2º en que se ordenaba la cancelación de la anotación e inspección en el Registro Sindical de la Personería Jurídica del Sindicato.

La distinguida Fiscal Quinta de esta Corporación al emitir su concepto de fondo es partidaria de la anulación del acto acusado y en apoyo de su concepto expresa los siguientes fundamentos:

"La restricción legal está contemplada en el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo en los siguientes términos:

> " '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...' ".

"En opinión de la Fiscalía, no quiso el legislador hacer una enumeración taxativa ni limitar el alcance de la norma a quienes estrictamente conforman las Fuerzas Militares propiamente dichas o la Policía Nacional porque entonces sobraría la expresión 'de cualquier orden'. Su intención fue también la de limitar el derecho de asociación a otras organizaciones del servicio oficial cuya estructura y funciones sean similares a la de los cuerpos armados que menciona expresamente".

"De ahí que no resulte improcedente la cita del artículo 168 de la Constitución Nacional puesto que sirve para establecer la similitud de prohibiciones que rigen para las Fuerzas Armadas y los integrantes del personal de custodia y vigilancia carcelaria, prohibiciones estas que sin lugar a duda se han impuesto en razón de la organización jerárquica que se les ha dado y con miras a preservar la rigurosa disciplina que debe imperar en ellas, alejándolas también de cualquier factor de perturbación que pueda incidir en el cumplimiento de sus funciones esenciales de guarda del orden público como podría ser su intervención en actos partidistas o en decisiones de tipo político".

"Ciertamente no cabe sostener que el personal de custodia y vigilancia de las cárceles sea parte integrante de las fuerzas armadas o de la policía nacional".

"Pero tampoco puede desconocerse que sus funciones son las que corresponden a la policía en un determinado ámbito de la organización estatal. En efecto, a su cargo está la vigilancia sobre quienes han sido privados de la libertad, para preservar en los establecimientos donde se recluyen la alteración del orden y la ocurrencia de fugas que impidan el cumplimiento de disposiciones legales que han sido aplicadas en providencias judiciales. Como puede verse, estas funciones son eminentemente preventivas, es decir, perfectamente acordes con las que son propias de la policía".

"Por esa razón la ley ha querido dar al cuerpo de custodia y vigilancia —no al resto del personal del ramo de prisiones del Ministerio de Justicia— una organización jerárquica muy similar a la de las Fuerzas Armadas, estableciendo diversos grados y garantizando ante todo una estricta disciplina que asegure siempre el cumplimiento de las órdenes superiores en cuanto a sus funciones se refiere, sin posibilidad ninguna de discusión, limitándolos por idénticas razones el derecho del sufragio".

"Es entendido también que por la índole de las tareas que les corresponde cumplir, estas personas integrantes del cuerpo de custodia y vigilancia, están autorizadas para portar armas en determinadas circunstancias como cuando cumplen con la vigilancia por fuera de los patios de los establecimientos carcelarios o conducen los reclusos a sitios diferentes de la prisión".

"El hecho de que no las porten en forma permanente no indica que dejen de ser un cuerpo armado".

"Se observa también, que están obligados a llevar uniforme con los distintivos de cada grado, siendo cuestión completamente aparte al que la entidad encargada de suministrárselos no cumpla a cabalidad con esta obligación".

"En este orden de ideas, para este despacho es indudable que el cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria es otra de las fuerzas de policía cobijada por el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo y en consecuencia a sus integrantes no les es posible formar parte de asociaciones sindicales de ninguna especie, así no tengan como no lo tiene ningún sindicato de empleados públicos, derecho a presentar pliegos de peticiones ni a ejercer el derecho de huelga. Por tanto el acto administrativo que reconoció personería jurídica a la organiza-

ción sindical de primer grado y gremial denominada 'Asociación Guardia Nacional Penitenciaria (ASOGANALPE)' es contrario al ordenamiento jurídico y por tanto procede su anulación".

Ha sido intensa y extensa la actividad del señor apoderado del sindicato y del impugnador tanto en el aspecto probatorio como en la alegación de las razones en que fundamentan su oposición a la demanda, pero en concepto de la Sala esa actividad no ha logrado desvirtuar las razones de orden legal que asisten al actor para solicitar la nulidad del acto acusado y que condujeron, como queda visto, a la suspensión provisional de dicho acto confirmada por la Sala de Decisión de esta Sección Segunda.

En efecto, por lo que hace al aspecto probatorio, que incluyó una inspección judicial a las dependencias de una de las cárceles que funcionan en la ciudad de Bogotá, los opositores se encaminaron a probar circunstancias de hecho que enmarcan la actividad del personal de guardianes, las condiciones precarias en que se encuentran, la mora en la entrega de elementos de dotación y uniformes que permitía pensar que se tratara de un pliego de peticiones, materia enteramente ajena al trámite de este juicio. Quedó en claro sí en la inspección judicial que en el salón de la guardia existe una armería en donde está la dotación de armamento que utilizan los guardianes para el cumplimiento de sus deberes. También se probó que al guardián se le entrega el arma para la jornada respectiva y debe reintegrarla al terminar ésta. Se estableció igualmente que en los patios los guardianes no usan armamento, ya que éste sólo lo emplean para la vigilancia externa del penal y para la conducción de los reos fuera del recinto carcelario.

Así las cosas, para los fines de este proceso se estableció plenamente que en la cárcel respectiva existe una dotación de armamento, fusiles y revólveres, para el uso por los guardianes y que este armamento se entrega diariamente a quienes deben cumplir funciones en que éste se necesita y es devuelto por el guardián al concluir su jornada de trabajo. Es la plena prueba de que se trata de un cuerpo armado porque el hecho de que el armamento se le entregue en forma transitoria a los guardianes no implica que no se trate de un cuerpo armado. Por lo regular lo mismo ocurre en las fuerzas militares y de policía en donde las armas sólo se le entregan a los soldados y agentes cuando están en servicio y no en forma permanente y definitiva.

Por lo que hace al aspecto jurídico la Sala se detendrá en los argumentos de mayor relievancia presentados por los opositores.

Sostiene el impugnador que las limitaciones al derecho de asociación en nuestro sistema jurídico son de orden legal y no pueden concebirse más que en los precisos términos en que los formula el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo. Olvida el impugnador que la ley encuentra su fuente primera en la carta fundamental, hasta el punto de que no puede existir norma legal contraria a aquélla, de la cual la legalidad no es sino su desarollo y consecuencia. Por ello el artículo 414 citado no puede desvincularse del 168 de la Carta que establece las limitaciones ciudadanas a la actividad de los miembros de la fuerza armada.

"La fuerza armada no es deliberante" como lo manda el artículo 168 de la Carta. Fuerza armada no es equivalente a Fuerzas Militares o de Policía, como parecen entenderlo los impugnadores, pues existen otros "cuerpos armados de carácter permanente" como lo reconoce la misma norma constitucional citada, diferentes del Ejército y de la Policía Nacional, como así mismo lo entendió la Sala de Decisión de esta Sección al decidir el recurso de súplica contra el auto que decretó la suspensión provisional. No existe, en consecuencia, duda alguna de que junto a las Fuerzas Militares y de Policía existen otros "cuerpos armados de carácter permanente" como explícitamente los nombra el artículo 168 de la Constitución Nacional. Unos cuerpos armados pueden llamarse resguardos de aduanas, detectives del Departamento Administrativo de Seguridad o miembros de la Guardia Nacional Penitenciaria. Si la Constitución ordena que estos cuerpos armados no podrán 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 de las leyes de su Instituto", todo ello está indicando que quienes portan las armas de la República tienen una limitación constitucional a sus derechos ciudadanos, de las cuales son desarrollo ineludible las normas del artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo que limita el derecho de asociación a los trabajadores del servicio oficial cuando se trate de miembros del ejército nacional y de los cuerpos o fuerza de policía de cualquier orden.

Todo ello es congruente con la finalidad que se persigue al organizar las fuerzas armadas, pues no sería lógico que las armas entregadas a determinadas instituciones pudieran servir como respaldo de actividades gremiales o profesionales, distintas de las que explican y justifican su existencia, que no son otras que la seguridad nacional, la integridad de las instituciones jurídicas que nos rigen y del orden público.

La Sala no discute que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria es un cuerpo civil, como lo sostiene el impugnador, pero un cuerpo civil armado de carácter permanente, que cae bajo las normas del artículo 168 de la Constitución y 414 del Código Sustantivo del Trabajo, que al tener como finalidad la guarda y vigilancia de los reclusos del país está contribuyendo a la conservación de orden público, labor eminentemente policiva.

Finalmente debe observarse que al revisarse por la vía contencioso administrativa la legalidad del acto por medio del cual el Ministerio de Trabajo otorga la personería jurídica a los miembros de un cuerpo armado de carácter permanente o de policía, si la decisión conduce a la anulación del acto, no se está usurpando jurisdicción decretando la disolución del organismo sindical, sino anulando el acto administrativo expedido con violación de normas de superior jerarquía.

Tampoco acierta el señor apoderado del sindicato al afirmar que el acto administrativo que otorgó la personería jurídica no podrá ser revocado sino con el consentimiento expreso del sindicato afectado por haber reconocido derechos subjetivos a la organización sindical, porque mediante esta vía contenciosa no se produce la revocación del acto, que es propia del mismo funcionario que lo expidió, sino su anulación en virtud de ser violatorio de normas constitucionales y legales.

ción sindical de primer grado y gremial denominada 'Asociación Guardia Nacional Penitenciaria (ASOGANALPE)' es contrario al ordenamiento jurídico y por tanto procede su anulación".

Ha sido intensa y extensa la actividad del señor apoderado del sindicato y del impugnador tanto en el aspecto probatorio como en la alegación de las razones en que fundamentan su oposición a la demanda, pero en concepto de la Sala esa actividad no ha logrado desvirtuar las razones de orden legal que asisten al actor para solicitar la nulidad del acto acusado y que condujeron, como queda visto, a la suspensión provisional de dicho acto confirmada por la Sala de Decisión de esta Sección Segunda.

En efecto, por lo que hace al aspecto probatorio, que incluyó una inspección judicial a las dependencias de una de las cárceles que funcionan en la ciudad de Bogotá, los opositores se encaminaron a probar circunstancias de hecho que enmarcan la actividad del personal de guardianes, las condiciones precarias en que se encuentran, la mora en la entrega de elementos de dotación y uniformes que permitía pensar que se tratara de un pliego de peticiones, materia enteramente ajena al trámite de este juicio. Quedó en claro sí en la inspección judicial que en el salón de la guardia existe una armería en donde está la dotación de armamento que utilizan los guardianes para el cumplimiento de sus deberes. También se probó que al guardián se le entrega el arma para la jornada respectiva y debe reintegrarla al terminar ésta. Se estableció igualmente que en los patios los guardianes no usan armamento, ya que éste sólo lo emplean para la vigilancia externa del penal y para la conducción de los reos fuera del recinto carcelario.

Así las cosas, para los fines de este proceso se estableció plenamente que en la cárcel respectiva existe una dotación de armamento, fusiles y revólveres, para el uso por los guardianes y que este armamento se entrega diariamente a quienes deben cumplir funciones en que éste se necesita y es devuelto por el guardián al concluir su jornada de trabajo. Es la plena prueba de que se trata de un cuerpo armado porque el hecho de que el armamento se le entregue en forma transitoria a los guardianes no implica que no se trate de un cuerpo armado. Por lo regular lo mismo ocurre en las fuerzas militares y de policía en donde las armas sólo se le entregan a los soldados y agentes cuando están en servicio y no en forma permanente y definitiva.

Por lo que hace al aspecto jurídico la Sala se detendrá en los argumentos de mayor relievancia presentados por los opositores.

Sostiene el impugnador que las limitaciones al derecho de asociación en nuestro sistema jurídico son de orden legal y no pueden concebirse más que en los precisos términos en que los formula el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo. Olvida el impugnador que la ley encuentra su fuente primera en la carta fundamental, hasta el punto de que no puede existir norma legal contraria a aquélla, de la cual la legalidad no es sino su desarollo y consecuencia. Por ello el artículo 414 citado no puede desvincularse del 168 de la Carta que establece las limitaciones ciudadanas a la actividad de los miembros de la fuerza armada.

"La fuerza armada no es deliberante" como lo manda el artículo 168 de la Carta. Fuerza armada no es equivalente a Fuerzas Militares o de Policía, como parecen entenderlo los impugnadores, pues existen otros "cuerpos armados de carácter permanente" como lo reconoce la misma norma constitucional citada, diferentes del Ejército y de la Policía Nacional, como así mismo lo entendió la Sala de Decisión de esta Sección al decidir el recurso de súplica contra el auto que decretó la suspensión provisional. No existe, en consecuencia, duda alguna de que junto a las Fuerzas Militares y de Policía existen otros "cuerpos armados de carácter permanente" como explícitamente los nombra el artículo 168 de la Constitución Nacional. Unos cuerpos armados pueden llamarse resguardos de aduanas, detectives del Departamento Administrativo de Seguridad o miembros de la Guardia Nacional Penitenciaria. Si la Constitución ordena que estos cuerpos armados no podrán 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 de las leyes de su Instituto", todo ello está indicando que quienes portan las armas de la República tienen una limitación constitucional a sus derechos ciudadanos, de las cuales son desarrollo ineludible las normas del artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo que limita el derecho de asociación a los trabajadores del servicio oficial cuando se trate de miembros del ejército nacional y de los cuerpos o fuerza de policía de cualquier orden.

Todo ello es congruente con la finalidad que se persigue al organizar las fuerzas armadas, pues no sería lógico que las armas entregadas a determinadas instituciones pudieran servir como respaldo de actividades gremiales o profesionales, distintas de las que explican y justifican su existencia, que no son otras que la seguridad nacional, la integridad de las instituciones jurídicas que nos rigen y del orden público.

La Sala no discute que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria es un cuerpo civil, como lo sostiene el impugnador, pero un cuerpo civil armado de carácter permanente, que cae bajo las normas del artículo 168 de la Constitución y 414 del Código Sustantivo del Trabajo, que al tener como finalidad la guarda y vigilancia de los reclusos del país está contribuyendo a la conservación de orden público, labor eminentemente policiva.

Finalmente debe observarse que al revisarse por la vía contencioso administrativa la legalidad del acto por medio del cual el Ministerio de Trabajo otorga la personería jurídica a los miembros de un cuerpo armado de carácter permanente o de policía, si la decisión conduce a la anulación del acto, no se está usurpando jurisdicción decretando la disolución del organismo sindical, sino anulando el acto administrativo expedido con violación de normas de superior jerarquía.

Tampoco acierta el señor apoderado del sindicato al afirmar que el acto administrativo que otorgó la personería jurídica no podrá ser revocado sino con el consentimiento expreso del sindicato afectado por haber reconocido derechos subjetivos a la organización sindical, porque mediante esta vía contenciosa no se produce la revocación del acto, que es propia del mismo funcionario que lo expidió, sino su anulación en virtud de ser violatorio de normas constitucionales y legales.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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:

1º DECLARASE la nulidad de la Resolución número 1751 del 13 de junio de 1975, proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se reconoció personería jurídica a la Organización Sindical "ASOCIACION GUARDIA NACIONAL PENITENCIARIA, 'ASOGANALPE' ".

2º Como consecuencia de la anterior declaración la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cancelará la anotación en el Registro Sindical de la Asociación Guardia Nacional Penitenciaria.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada el día 7 de diciembre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

MINAS. EXPLORACION. EXPLOTACION. — Requisitos para que proceda el derecho de formular oposición. (Decreto 1275 de 1970).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., diciembre trece de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Dangond Flórez*)

Referencia: Expediente Nº 1869. Actor: Fábrica de Cementos Samper.

I

Fábrica de Cementos Samper S. A., por conducto de apoderado, presentó demanda con la pretensión de obtener la nulidad de la Resolución Nº 1195 de 1975 (junio 10), expedida por el Ministerio de Minas y Energía y el consiguiente restablecimiento del derecho, que formula así:

"1. *Petición principal*:

"a). Que con fundamento en los efectos jurídicos que la ley reconoce, garantiza y protege en beneficio del explotador prioritario de una mina frente a cualquier solicitante o proponente de exploración, explotación, concesión, aporte o permiso respecto de la misma, con apoyo en los hechos probados en el presente juicio, para restablecer en sus derechos a la 'Fábrica de Cemento Samper S. A.', el Honorable Consejo de Estado ordene que, ostentando esta última la calidad dicha de explotador prioritario, el Estado a través del Ministerio de Minas y Energía debe reconocerle, garantizarle y protegerle tal calidad a la demandante, y restablecerla y mantenerla en el ejercicio y goce de la plenitud de los derechos de explotación y aprovechamiento de la mina de hierro que fue objeto del Aporte 40 al IFI, del cual es cesionario actualmente COLAR, pero sólo en la parte del susodicho yacimiento que está ubicada dentro de la finca 'Pericos', de propiedad de la demandante, según la titulación y alinderación aportadas y probadas en este juicio.

"b) Que, por tanto, en cumplimiento de la determinación ordenada en el literal a) anterior, el Honorable Consejo de Estado disponga, así mismo, que el Ministerio de Minas y Energía dentro del término fijado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, deberá proceder a expedir el acto o actos mediante los cuales se le reconozca, restablezca, garantice, mantenga y proteja a favor de la 'Fábrica de Cemento Samper S. A.' el derecho de explotación sobre la mina referida, en la parte de ésta comprendida dentro del área y subsuelo de la finca 'Pericos', de propiedad de la actora, lo mismo que los derechos inherentes a tal explotación; y, además, que el mismo Ministerio de

Minas y Energía, de conformidad con las leyes vigentes y dentro del mencionado plazo, con restitución y entrega de la mina, deberá fijar los términos y condiciones en que habrá de garantizársele mantenérsele y protegérsele en el futuro a la 'Fábrica de Cementos Samper S. A.' el derecho a la explotación exclusiva de dicho yacimiento dentro del área y el subsuelo de su finca 'Pericos'.

"c) Que, adicionalmente, y si el Honorable Consejo de Estado estimare que la Resolución Ejecutiva Nº 46 del 28 de marzo de 1973, en alguna forma obstaculiza o entraba la solución favorable de los literales a) y b) de esta petición principal, se abstenga de aplicarla por constituir ley en sentido material ostensiblemente contraria a expresas normas de la Constitución, dándole aplicación preferente a las disposiciones de ésta, en cumplimiento de la excepción constitucional consagrada por el artículo 215 de nuestro máximo ordenamiento.

2. *Petición subsidiaria*

"d) Si no se accediere a las solicitudes formuladas en los literales a), b) y c) de la petición principal 1., subsidiariamente pido que, como consecuencia de la nulidad de la Resolución 001195 antes identificada, el Honorable Consejo de Estado ordene al Ministerio de Minas y Energía que, también dentro del término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, proceda a continuar la tramitación de la oposición formulada por la 'Fábrica de Cementos Samper S. A.', contra el Aporte 40 a favor del IFI (actualmente cedido a COLAR y aprovechado por ésta), oposición presentada el 13 de agosto de 1974, dentro de la oportunidad legal, cuyo trámite ya había sido ordenado por la Resolución 00117 del 23 de enero de 1975, emitida por el Ministerio de Minas y Energía, por la cual se dispuso no acceder a las pretensiones de COLAR y se mandó efectuar la inspección ocular solicitada por la sociedad opositora".

Los hechos fundamento de la demanda, se pueden resumir en estos términos:

1º) La Sociedad demandante es propietaria desde 1956, de la finca denominada "Pericos", de 278 fanegadas, ubicada en el partido de "La Trinidad", jurisdicción del Municipio de Guasca (Cundinamarca).

2º) En el subsuelo del referido inmueble existe un yacimiento de hierro.

3º) Desde el año de 1949 cuando adquirió dicho predio la Sociedad Central de Inversiones S. A. de la cual era accionista en un 90% Cementos Samper y Sociedad que le vendió la finca a ésta se realizaron investigaciones y estudios técnicos para establecer las reservas de mineral de hierro y una explotación limitada que Cementos Samper intensificó a partir del año 65 para proveerse de ese mineral que requiere su producción de cemento.

4º) Desde el 25 de febrero de 1965 solicitó permiso al Ministerio de Minas para la explotación de hierro en la mencionada finca. Después de una suspensión del trámite del permiso distinguido con el Nº 319 el peticionario solicitó en mayo 26 de 1966 su reanudación y

el 23 de octubre de 1970 la Sección Técnica emitió un informe según el cual, el término correspondiente no incluye zonas reservadas.

5º) El 6 de noviembre, cuando estaba pendiente el trámite anterior, el Instituto de Fomento Industrial presentó una solicitud de aporte de las Minas existentes dentro de la comprensión Municipal de Guasca y la Calera en una extensión de 4.500 hectáreas, dentro de las cuales está ubicada la finca "Pericos". Esta solicitud se registró bajo el Nº 40.

6º) La anterior solicitud no fue objeto de las publicaciones que ordenan los artículos 65 y 167 del Decreto 1275 de 1970, omisión que le impidió a Cementos Samper formular la oposición dentro del término previsto en el artículo 192 *ibídem.*

7º) Dentro del trámite del permiso 319 y después de 5 años sin ninguna actuación, el Ministerio ordenó, por auto del 2 de diciembre de 1970, la revalidación del papel empleado en la actuación. Se dice en la demanda que esta providencia no fue notificada personalmente y que cuando la sociedad interesada se enteró de ella, procedió a la revalidación el 19 de mayo de 1971. Agrega que el 27 de enero de 1972 el Ministerio de Minas dictó la Resolución Nº 0071 por la cual declaró el desistimiento del permiso en razón de no haberse hecho oportunamente la revalidación del papel; el Ministerio no accedió a reponer su decisión y al efecto dictó la Resolución 1168 de 1972.

8º) El Ministerio expidió la Resolución ejecutiva Nº 46 del 28 de marzo de 1973, en cuyo primer artículo se declara que continuarán sometidos al régimen de aporte los yacimientos de hierro que se hallan en Guasca y la Calera. En el artículo 3º de esa resolución se dispone no continuar tramitando las solicitudes y propuestas que se hayan presentado o que se presenten para la explotación de hierro en dicha zona.

9º) Mediante la Resolución Nº 00963 dictada el 11 de abril de 1973 el Ministerio de Minas le otorgó al IFI el aporte Nº 40 sobre una zona que se suprepone totalmente a la finca "Pericos" de propiedad de la sociedad demandante. Este acto no había sido publicado en el D. O. hasta la presentación de la demanda.

10) El 18 de agosto de 1973 se realizó la entrega material de la zona al IFI.

11) El 13 de agosto de 1973 Cementos Samper S. A. formuló oposición al aparte Nº 40 en razón de la explotación minera que venía realizando en la finca "Pericos", la empresa Colar cesionaria del IFI pidió que se desestimara de plano la oposición, a lo cual no accedió el Ministerio de Minas mediante la Resolución 00117 del 23 de enero de 1975.

12) La Empresa Colar recurrió en reposición y al resolverlo el Ministerio revocó la decisión anterior por medio del acto que es objeto de la pretensión de nulidad.

Sobre violación de normas legales dice el actor, en síntesis:

"1) Antes de la vigencia de la Ley 20 de 1969 la sociedad demandante tenía pleno derecho a la explotación de las minas situadas

en la hacienda de su propiedad y que con posterioridad a dicha ley continuó exhibiendo el mejor derecho con base en la solicitud de permiso pendiente de resolución al inaugurarse la nueva legislación y de consiguiente, la resolución acusada, por la cual se rechazó la oposición, viola los artículos 28 de la Ley 1953 de 1887 y 30 de la Constitución Nacional en cuanto entraña el desconocimiento de un derecho adquirido, no obstante que su titular consintió en someter su ejercicio a las cargas impuestas por la nueva legislación (Ley 20 de 1969 y sus decretos reglamentarios).

"En consecuencia, los derechos adquiridos con justo título garantizados por el Art. 30 de la Carta aparece el caso *sub exámine*, vulnerados implacablemente por acciones y omisiones oficiales del Ministerio de Minas y Energía que van desde la ocultación de solicitudes, la tramitación clandestina, la conducta antiprocesalista, la preferencia a un solicitante en desmedro de los antelados derechos de la actora, el daño especial a ésta, y finalmente, el conato, efectuado por el acto acusado, de aplastar de plano los derechos de la demandante, sin fórmula de juicio y sin agotamiento de las formas procesales ordenadas por la ley, rechazando *in continenti* la oposición que formula".

2) La negativa *"ad limine"* de la oposición violó los artículos 1º, literal C), D), F) y G), 2º y 27 del Decreto 1275 de 1970, porque mediante ella se ha impedido en un caso concreto la realización de los fines que persigue la legislación minera.

3) "Por encima de cualquier otro modo o título, invención, descubrimiento, hallazgo, adquisición, prescripción, ocupación, destinación, adjudicación, sentencia, etc. etc, el factor predominante para acreditar el derecho a un recurso minero es la *explotación* del mismo, situación que constituye (con excepciones verdaderamente extravagantes como la llamada redención a perpetuidad) una constante de la legislación minera en sus etapas hispánica, colonial y republicana".

"Contra toda esta tradición legislativa de que el elemento prevalente en la legitimación primordial del título minero es la *explotación formal*, y contra lo preceptuado por los artículos 3º de la Ley 20 de 1969 y 8º del Decreto 1275 de 1970, que salvaguardian ese elemento de la *explotación* aún contra la doctrina de la recuperación universal de las minas a favor del Estado que dichos estatutos consagran, el Ministerio de Minas y Energía en la Resolución 001195, se permite sobreponer un hipotético descubrimiento dizque realizado por funcionarios de ese mismo Ministerio desde hace muchos años respecto de las minas de hierro de Guasca y La Calera".

"4) La Empresa Cementos Samper antecedió al IFI en la solicitud de permiso y además estaba en condiciones de acreditar que había realizado trabajos de explotación en los yacimientos, con anterioridad superior a un mes a la fecha de su solicitud, por lo cual, aún aceptando en gracia de discusión que el Ministerio hubiese descubierto la mina, tenía preferencia legal sobre el IFI, la cual le fue desconocida, incurriendo en violación del artículo 152 del Decreto 1275 de 1970".

"La inconstitucional e ilegal conculcación de los derechos de la opositoria.

"Una vez más acabamos de verificar cómo la ley no sólo no rechaza ni descalifica los anteriores trabajos de explotación, sino que por el contrario los acoge y les confiere el carácter de factor de preferencia absoluta para el escogimiento, entre varias solicitudes, de la presentada por quien los haya emprendido con una anterioridad de un mes o más a la fecha de la primera.

"Vamos a confrontar este clarísimo mandato del literal a) del artículo 152 del Decreto 1275 de 1970 (modificado por el artículo 22 del Decreto 2181 de 1972), con la siguiente extravagancia estampada por el Ministerio de Minas en la motivación de la Resolución 1195, para fundamentar el escamoteo a los derechos de la opositora. Dice el incordio ministerial:

"Pues bien, el permiso 319, sobre hierro (...) formulado por la 'Fábrica de Cementos Samper S. A.', nos está diciendo claramente que, si se han estado llevando a cabo desde hace 8 años trabajos de explotación técnica y aun de explotación en esa zona prohibida, las han verificado contra leges (sic) y la antijuridicidad de esa explotación no puede justificarse, ni menos esgrimirse como derecho de oposición por estar afectado en su base legal desde cuando se iniciaron dichos trabajos, por objeto y causa ilícitas".

"La pretendida prohibición se refiere al inventario minero, que suspendió la tramitación y el estudio de solicitudes, pero que no prohibió la exploración. Aún más: tal inventario surge cuando la demandante llevaba más de diez años de exploración técnica, estudios investigaciones sobre el potencial y calidad del mineral de hierro, y explotación de sus yacimientos de 'Pericos' (Véase punto cuarto de los hechos). En contra del mandato sustantivo de la ley, para conculcar los derechos de la demandante, el Ministerio se permite darle efecto retroactivo al célebre inventario minero convenido con la AID para obtener préstamos que nunca llegaron. Todavía más: como ya se vio, el Ministerio de Minas y Energía incurre a sabiendas en 'falsa motivación' al aseverar que la solicitante infringió el Decreto 83 de 1965, cuando precisamente, por el contrario, lo que había hecho era cumplir con sus requisitos desde el 26 de mayo de 1966; y cuando, lo cierto es que la Sección Técnica de dicho Ministerio había informado el 23 de octubre de 1970 que la solicitud del permiso 319 no incluía zonas reservadas para el inventario minero". (Ver a 3, 4, y 11, literales a, b, c).

De otra parte, si el Ministerio rechazó la oposición por haberse basado ésta en explotación *contra legem* (rechazo que efectivamente se produjo por tal causa, según la excerta copiada), ello quiere decir que por no ser conforme a derecho tales trabajos constituyeron *explotación de hecho.* Entonces el resultado es el quebrantamiento del artículo 192 del Reglamento Minero (modificado por el artículo 32 del Decreto 2181 de 1972) en su parágrafo 2º, pues dicha norma sólo autoriza expresamente el rechazo *ad límine* y perentorio de las oposiciones fundadas en *explotaciones de hecho* sobre minas de esmeraldas y otras piedras, preciosas, de conformidad con el siguiente texto:

"Artículo 192...

Parágrafo 2º. El explotador de hecho de esmeraldas y demás piedras preciosas y de variedades de berilo y glucinio en ningún caso tendrá derecho a formular oposiciones ante el Ministerio".

Excepción expresa que está confirmando la regla general de que respecto de las demás minas se admite legalmente la explotación de hecho como causal de oposición, al tenor de lo dispuesto por el referido artículo 192 en su literal d) que reza:

"Artículo 192...

d) El que demuestre que con anterioridad a la fecha de la solicitud o propuesta estaba explotando la 'zona respectiva', y necesariamente *explotándola de hecho,* porque si no el explotador invocaría para oponerse alguna de las *causales de derecho,* contempladas por los literales a), b) y c) precedentes de la misma disposición. Como puede observarse, sin necesidad de un gran esfuerzo dialéctico, el literal d) transcrito, invocado por la demandante al formular su oposición, es uno de los preceptos superiores sobre los cuales hace más directo impacto de violación del acto controvertido".

6) "Con todo, donde surge la más grave ruptura del ordenamiento superior, y también la más evidente, en concomitancia con las notorias infracciones que abundantemente se han demostrado, es en el aniquilamiento del debido proceso administrativo que en el caso *sub examine* le garantizaba la ley a la opositora, aniquilamiento que *destruye* la plenitud de las formas procesales hasta su agotamiento ritual como lo ordenan la constitución y la ley y que intempestivamente privó a la demandante de la posibilidad de hacer valer ante la administración sus legítimos y justos derechos a explorar y explotar los yacimientos de hierro de su finca 'Pericos'. Este es el meollo violatorio de la Resolución 1195; su irradiación infractora cubre una gama de normas que en la escala de los valores jurídicos asciende desde el artículo 192 del reglamento minero hasta el artículo 26 de la Carta, mandato de trascendencia excepcional que libera a los administrados de la arbitrariedad de las autoridades".

"Las únicas oposiciones inadmisibles de plano, según la ley, son las siguientes:

a) Las que se formulen con base en la propiedad de los yacimientos, según el artículo 11 de la Ley 20 de 1969 (que sólo se podrán ejercitar directamente ante el H. Consejo de Estado hasta un año después de la entrega material, según la misma norma), y,

b) Las que intenten formular los explotadores de hecho de esmeraldas y demás piedras preciosas y de variedades de berilo y glucinio, según lo estatuye el parágrafo 2º del artículo 192 del reglamento minero que antes se transcribió.

"También podrán rechazarse las oposiciones precluidas, es decir, presentadas después de vencido el término legal. Pues bien: Ni la opositora formuló su oposición basándose en la propiedad de los yacimientos, ni era explotadora de hecho de esmeraldas, piedras preciosas, berilos o glucinios, luego la oposición formulada por ella no podía ser despachada por la inadmisión *ab initio* o de plano, como lo hizo la providencia acusada, que por tal razón viola el artículo 192 en su literal d) y en su primer parágrafo, ya que, de conformidad con esta fracción legal, la oposición fue formulada por la demandante como explotadora, dentro del año subsiguiente a la entrega de la zona al beneficiario del aporte. La rebeldía contra las normas específicas so-

bre la inadmisión de plano de la oposición también entraña su quebranto. La demostración anterior es tan obvia, que su reiteración sobra.

II

Pedida la suspensión provisional, se accedió a ello y la medida fue confirmada por la Sala de Decisión con fundamento en la violación manifiesta del artículo 192 del Decreto 1275 de 1970, con las siguientes razones:

"a) La resolución acusada, en sus considerandos, acepta que la oposición formulada por la Fábrica de Cementos Samper S. A., se basa en la posesión, o explotación, por varios años, de la mina de hierro comprendida en el aporte Nº 40 y, además, que se aportó prueba sumaria del hecho de la explotación, constituidas en declaraciones de testigos, rendidas ante juez Promiscuo Municipal de La Calera".

"Mas a pesar de lo anterior, y por considerar que tal posesión aún probada, en nada modificaría la situación jurídica del aporte, dada su manifiesta ilegalidad, la declara, de plano, inadmisible.

"Sobran, pues, argumentaciones artificiosas, sobre la naturaleza gramatical de un 'sí', pues, rotundamente afirmativo, o claramente condicional, en nada modifica, ni los presupuestos de la resolución impugnada (que se alegó la explotación como fundamento de la oposición y que se aportó la prueba sumaria de tal hecho y que se rechazó, de plano, por considerar ilegal dicha explotación, aún suponiéndola probada) ni los fundamentos del auto suplicado, que precisamente son: que la oposición formulada con base en la explotación y acompañada de la prueba sumaria (que entre otras cosas, es prueba plena aunque no contradicha), no podía ser rechazada de plano, sino tramitada legalmente, para ser luego decidida, en su oportunidad, conforme a derecho.

"En otras palabras, que el rechazo de plano de la oposición formulada en el asunto *sub lite*, viola, clara y manifiestamente el artículo 192 del Decreto 1275 de 1970, sustituido por el artículo 32 del Decreto 2181 de 1972".

III

El Agente del Ministerio Público acoge la fundamentación del auto de suspensión provisional y concluye así:

"No son necesarias más lucubraciones jurídicas para concluir afirmando que la resolución demandada está afectada de la nulidad apuntada por el libelista, y como consecuencia, debe confirmarse la suspensión de sus efectos, declarando la nulidad".

IV

La Sala considera

A. El acto impugnado contiene la siguiente motivación:

1). De conformidad con la legislación vigente a partir de la Ley 20 de 1969 las minas sometidas por las disposiciones del Derecho Mi-

nero al sistema del aporte no pueden ser explotadas por particulares por sistemas de concesión o de permiso.

2). Las minas descubiertas por entidades oficiales están sometidas al régimen especial del aporte.

3) Por medio de Resolución ejecutiva expedida en 1973 se declaró que continuarían sometidas al régimen del aporte las minas de hierro localizadas en los municipios de Guasca y La Calera y es evidente que a dicho régimen está sometida la mina localizada en la hacienda "Pericos", máxime si esa área está situada dentro de la zona IV del Inventario Minero Nacional.

4) Dados estos presupuestos carecería de objeto dar trámite a la oposición propuesta, si de antemano está establecido que en la zona no puede autorizarse ninguna explotación de mineral de hierro por sistema distinto al del aporte y tampoco sería viable atender una oposición que no se fundamenta en un derecho de explotación validamente adquirido con anterioridad, sino en una explotación que la pretendida opositora ha realizado de hecho y *"contra legem"*.

B. Las razones fundamentales de la pretensión pueden agruparse en dos categorías: Unas que se refieren a la cuestión estrictamente procedimental del rechazo *"in limine"* de la oposición que propuso la sociedad demandante, dentro de la actuación administrativa, relacionada con el otorgamiento en aporte al IFI de unas minas de hierro en los municipios de Gusca y La Calera y, otras que conciernen al derecho mismo y que, según la sociedad demandante constituyen el fundamento mismo de la oposición. Por cuestión de orden, la Sala examinará, en primer lugar, las de tipo procedimental.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 192 del Decreto 1275 de 1970 se le reconoce el derecho a formular oposición a toda persona que aduzca una de estas cuatro circunstancias:

1). Licencia de exploración, concesión, aporte o permiso.

2). Título de adjudicación o sentencia judicial de reconocimiento de la propiedad del subsuelo, que conserven su validez jurídica.

3). Tener una solicitud o propuesta admitida.

4). Ser explotador de la zona respectiva con anterioridad a la fecha de la solicitud.

Conforme al parágrafo 2º del mismo artículo se le niega el derecho de formular oposición al explotador de hecho de esmeraldas y demás piedras preciosas y de variedades de berilo y glucinio.

En los términos de la disposición citada, está legitimado para oponerse quien aduzca uno cualquiera de los títulos que se mencionan en los literales A y B del artículo en referencia, o la situación que contempla el literal c), o quien demuestre la condición de explotador. Es evidente que esta última condición no está referida a la explotación amparada por algún título, pues entonces se estaría en las hipótesis de los literales A y B, sino al explotador de hecho, en cuanto no se trate de esmeraldas y demás piedras preciosas y variedades de berilo y glucinio, pues sólo a los explotadores de hecho de tales minas les está vedado, en absoluto, el derecho a formular oposición.

Para el simple efecto de la apertura del trámite de la oposición, es obvio que deba ser suficiente la prueba sumaria de la condición de explotador de hecho y naturalmente la eficacia de dicha prueba puede menguarse o acrecentarse a la postre, según sea las diligencias que se practiquen durante el trámite de la oposición y de ellos dependerá en gran medida que prospere o no, en el fondo la oposición.

Satisfechas las exigencias anotadas, la autoridad pública está obligada a darle trámite a la oposición y a resolver sobre su fundamento mediante una decisión de fondo. Si prospera, debe ordenar el archivo del expediente de la solicitud; si lo contrario, podrá otorgarse la licencia solicitada en el caso de cumplir con las exigencias de la ley.

Está demostrado en autos:

1). Que la sociedad Cementos Samper S. A., formuló oposición dentro del término de un año contado a partir de la entrega de la zona al beneficiario de una mina de hierro por el sistema de aporte, por lo cual la formulación del oponente satisfizo el requisito legal de oportunidad previstos en el parágrafo 1º del artículo 192 del Decreto 1275 de 1970.

2). Que el opositor adujo la condición de explotador anterior, condición que no requiere el amparo de título, según se demostró anteriormente y que habilita para formular oposición, tratándose de Minas de hierro, como es el caso presente.

3). El opositor acreditó la condición aducida, mediante prueba sumaria (Declaraciones Extrajuicio) con lo cual cumplió suficientemente la exigencia del literal j) del artículo 192, para efectos del trámite de la oposición.

En las circunstancias anotadas la autoridad competente no podía, legalmente, negar de plano el trámite a la oposición o declararla, *"In limine"*, inadmisible como lo hizo, por medio de la Resolución 1195 del 10 de junio de 1975 y al hacerlo incurrió en violación manifiesta del artículo 192 del Decreto 1275 de 1970, como hubo de declararlo la Sala de Decisión en la providencia que decretó la suspensión provisional de la citada resolución.

La violación se torna más protuberante si se repara en una de las principales razones que le sirven de fundamento al rechazo *"in limine"*;: Que las minas de hierro explotadas por la Sociedad Cemento Samper S. A., solamente pueden ser explotadas bajo el sistema de aporte. De inmediato se advierte que una afirmación de esta naturaleza implica un examen de fondo que la autoridad no puede hacer antes del trámite de la oposición, sino como culminación del mismo, una vez que se establezca con certeza el descubrimiento anterior de la mina por parte de entidades oficiales (literal b) del artículo 30 del Decreto 1275 de 1970) y previa la clarificación de aspectos fundamentales como el de la preexistencia de una zona de reserva o el de la posibilidad jurídica de aplicar a una mina en explotación declaraciones de reserva hechas mediante resoluciones generales (literal f, artículo 30 *ibídem*), pero expedidas con posterioridad a la explotación que aduce el oponente.

La argumentación restante de la demanda se orienta hacia los aspectos fundamentales de la oposición que deben ser materia de estudio por parte de la administración cuando ella pronuncie su decisión de fondo, razón por la cual la Sala no debe examinarlas en esta oportunidad.

Por el mismo motivo no puede La Sala acceder a la petición principal de restablecimiento del derecho, consistente en que se ordene al Ministerio de Minas y Energía que debe reconocerle, garantizarle y protegerle a la sociedad demandante su calidad de explotador prioritario y mantenerlo en el uso y goce de tales derechos. Si se accediera a esta petición, equivaldría a que el Consejo de Estado suplantara a la administración para decidir la oposición en el fondo. Si el objeto de la pretensión en este proceso es la resolución que impidió de plano el trámite de la oposición y esa pretensión prospera, la consecuencia lógica de la nulidad que se decrete no puede ser otra sino el trámite de la oposición para que la actuación concluya con la correspondiente decisión de fondo, que debe de proferir la propia administración.

V

En mérito de las razones que preceden, 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: Se declara la nulidad de la Resolución Nº 1195 de 1975 (junio 10) proferida por el Ministerio de Minas y Energía.

SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad que se declara y a título de restablecimiento del derecho, se dispone ordenar al Ministerio de Minas y Energía que dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, proceda a dar al trámite que corresponda a la oposición que formuló la Sociedad Fábrica de Cementos Samper S. A., el 13 de agosto de 1974 contra el aporte "40" otorgado a favor del IFI, y cedido a la Sociedad "COLAR".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase, y revalídese el papel.

Jorge Dangond Flórez, (fdo.); *Osvaldo Abello Noguera*, (fdo.); *Carlos Betancur Jaramillo*, (fdo.); *Jorge Valencia Arango*, (fdo.).

Arturo Mora Villate, Secretario.

NOTA: La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

CAPITULO TERCERO

RESOLUCIONES Y ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

ENSEÑANZA.— Prelación de los hijos de los institutores para ser admitidos en los "establecimientos oficiales de enseñanza de cualquier tipo que sea". Esta expresión comprende por igual tanto a los establecimientos docentes dependientes del Ministerio de Educación Nacional, de los Departamentos y de los municipios como a los que tengan el carácter de establecimientos públicos.

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

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Referencia: Expediente Nº 3044. Actor: Rafael Alirio Morales Ruiz.

El señor Rafael Alirio Morales Ruiz, en ejercicio de la acción contencioso administrativa consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante esta Corporación que se declare la nulidad del artículo 1º del Acuerdo Nº 6 de 1977, expedido por el Consejo Directivo del Colegio de Boyacá. Además pidió la suspensión provisional de la norma acusada por considerarla ostensiblemente violatoria de norma superior. Esta petición le fue concedida mediante auto del 17 de febrero de 1979.

I. Fundamentos de la demanda

A. *Los hechos*

El demandante fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

"1º El Consejo Directivo del Colegio de Boyacá de Tunja, con fecha 22 de diciembre de 1977, expidió el Acuerdo Nº 6, por medio del cual limitó a cincuenta (50) el número de hijos de educadores que podrían gozar de exoneración en el pago del cincuenta por ciento (50%) en el pago de pensiones de enseñanza y matrícula en dicho establecimiento.

"2º El Colegio de Boyacá de Tunja, desde su creación es un establecimiento docente oficial, y así lo ratifica la Ley 2ª de 1972, ya que su artículo primero así lo establece en forma clara: 'Reorganízase el Colegio de Boyacá como *establecimiento público* de caracter docente...' (Lo subrayado es mío).

"3º El Consejo Directivo del Colegio de Boyacá, al expedir el Acuerdo Nº 6 de diciembre 22 de 1977, lo hizo con clara violación de

las normas sustantivas superiores, tales como el Decreto 1812 de 1953 y con ello, además, lesionando el patrimonio de un gran número de educadores que han matriculado a sus hijos en dicho establecimiento docente.

"4º El Consejo Directivo del Colegio de Boyacá de Tunja, expidió el Acuerdo Nº 6 del 22 de diciembre de 1972, (sic) extralimitándose en sus funciones, habiendo incurrido por ello en desviación de poder por no tener adscritas las facultades para ello.

"5º Los padres de familia educadores, han solicitado en diferentes oportunidades la aplicación de las normas legales, sin haber sido escuchados y aduciendo que el Consejo Directivo reglamentó sobre el particular.

"6º En la actualidad cursan estudios en las secciones de primaria y secundaria un total de aproximadamente 600 hijos de educadores, a quienes se les vienen cobrando enseñanza y matrícula".

B. *Disposiciones violadas y concepto de la violación*

El actor estima violadas por el acto acusado el artículo 30 de la Constitución Nacional en armonía con el artículo 1º del Decreto 1812 de 1953 y la Ley 2ª de 1972.

En cuanto al concepto de la violación expresa, en resumen, lo siguiente:

1º El acto acusado viola el artículo 30 de la Constitución Nacional en cuanto éste garantiza los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, porque no cabe la menor duda que el Consejo Directivo del Colegio de Boyacá violó el derecho adquirido que tienen los educadores de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1812 de 1953, puesto que por medio de dicho Acuerdo le quitó a los educadores y a sus hijos el derecho que una norma muy superior le había otorgado a su favor, no sólo a los educadores en servicio sino a los pensionados y para quienes hubieren fallecido al servicio de la educación, es decir, que sus hijos estarían exentos del pago de matrícula o pensiones de enseñanza.

2º Según el demandante, "El Consejo Directivo del Colegio de Boyacá de Tunja, no sólo violó normas superiores, sino que en la expedición del acto acusado tantas veces citado, éste fue expedido con clara violación de poder, al expedir un acto para el cual no tenía facultades, y es necesario en consecuencia decir cuáles son las razones que se tienen para afirmar que existe abuso o desviación de poder, en primer término la Ley 2ª de 1972, por medio de la cual se reorganiza el Colegio de Boyacá, en su artículo 5º determina expresamente cuáles son las funciones del Consejo Directivo", y allí "ninguno de los numerales lo faculta para crear cargos a personas que no están obligadas a ello por mandato de la ley, por el contrario expresa que debe estar sujeta a la política educativa fijada por el Ministerio de Educación Nacional y en el numeral 3º, les obliga que las determinaciones en materia de reformas estatutarias deberán ser aprobadas por el Ministerio de Educación Nacional, y en el numeral 5º ratifica que deberá estar en todo de acuerdo con las disposiciones legales que obligan a

los establecimientos públicos del orden nacional, es decir que una vez más, se afirma que se trata de un establecimiento público del orden nacional y que como tal está en la obligación de dar cumplimiento a las leyes de la República" (a folios 2 a 5).

II. Alegato de la parte impugnadora

Dentro del término para alegar de conclusión la parte actora no hizo ningún alegato, pero en cambio se hizo presente como parte impugnadora, por medio de apoderado, el Colegio de Boyacá, el que al oponerse a las pretensiones de la demanda dio para ello las siguientes razones:

a) El Decreto 1812 de 1953 es una ley creadora de derechos y obligaciones, con carácter general, los primeros para los institutores del sector oficial, y las segundas para "los establecimientos oficiales de enseñanza ", según reza su artículo 1º "En tal virtud, se trata de una ley que exige necesariamente su posterior reglamentación, a efecto de hacerla eficaz, ejecutoria o realizable en el orden concreto y práctico" y "fue en desarrollo de esa necesidad reglamentaria como el señor Ministro de Educación Nacional expidió la Resolución Nº 10 de 1954, enero 7, 'por la cual se reglamenta el Decreto Nº 1812 de fecha 10 de julio de 1953' ".

Se agrega que solamente los artículos 2º y 4º del referido Decreto 1812 han sido reglamentados, en tanto que el artículo 1º, que es en el que se apoya la petición de nulidad, jamás ha sido reglamentado, lo cual significa que entre tanto tal norma no puede tener aplicación, ni eficacia ni obliga a su cumplimiento.

b) "Mientras el artículo 1º del Decreto 1812 de 1953 se limita a establecer una 'prelación' 'para ser admitidos en los establecimientos oficiales de enseñanza' los hijos de los institutores del sector público, el Art. 2º del mismo estatuto establece un porcentaje —equivalente al 20%— de becas para los hijos de dichos institutores en los establecimientos educativos oficiales. Como se ve, las normas contemplan dos situaciones y aspectos diferentes.

"De suerte que el examen atento del texto del artículo 1º del Acuerdo Nº 6 de 1977, emanado del Colegio de Boyacá, acusado en este proceso, lleva a la obligada conclusión de que no está haciendo alusión a la 'prelación' a que alude el artículo 1º del Decreto 1812 de 1953, sino al artículo 2º del mismo estatuto. No se refiere a la 'prelación' sino al número de becas que puede otorgar tal establecimiento educativo, toda vez que contiene es una limitación a 50 becas para hijos de institutores del sector oficial. En tales condiciones, el artículo 1º acusado no ha violado el artículo 1º del Decreto 1812 de 1953".

c) "Pero, además, el artículo 1º del Decreto 1812 de 1953 se concreta a establecer una *'prelación'* 'para ser *admitidos* en los establecimientos oficiales' los hijos de los institutores oficiales. Si 'prelación' es 'antelación', 'preferencia', como en efecto lo es, es obvio que ella resulta impracticable antes de ser reglamentada, y no lo ha sido hasta la presente fecha, pues con esa preferencia puede llegarse al extremo, y se está llegando, de que todos o la mayoría de los alumnos del colegio dado, como es el caso del Colegio de Boyacá, son alumnos becados,

causando con ello muy graves repercusiones en el campo presupuestal, llegando a hacer imposible su funcionamiento por tales deficiencias financieras.

d) El Colegio de Boyacá es actualmente un establecimiento público de carácter docente y no un establecimiento docente ordinario dependiente del Ministerio de Educación Nacional, sin personería jurídica y sin autonomía administrativa y financiera, y el artículo 1º del Decreto 1812 de 1953 se refiere es a los "establecimientos oficiales de enseñanza de cualquier tipo" y en ningún caso a los establecimientos públicos, así tengan el carácter o la finalidad o el cometido docente. Es evidente que la mencionada norma hace alusión exclusiva a los establecimientos oficiales que hacen parte de la administración central, de cualquier nivel educativo territorial, con exclusión de los establecimientos públicos que tienen su propio régimen.

e) El Colegio de Boyacá como establecimiento público tiene patrimonio independiente y esta independencia patrimonial se vería afectada posiblemente si se le aplicara el Decreto 1812 de 1953, con grave detrimento de su autonomía y su capacidad financiera y presupuestal (a folio 29 y ss.).

III. Concepto fiscal

Al emitir su concepto de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación expresa que debe accederse a las pretensiones de la demanda, porque considera que son valederas las razones jurídicas que tuvo el Honorable Consejero Sustanciador para decretar la suspensión provisional del acto acusado (folios 38 a 40).

IV Consideraciones de la Sala

A. *El acto acusado*

Como se ha expresado antes, el acto cuestionado es el Acuerdo Nº 6 de 22 de diciembre de 1977, expedido por el Consejo Directivo del Colegio Boyacá, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"*ARTICULO PRIMERO.* A partir del primero de enero de 1978, limítase a cincuenta (50) el número de hijos de educadores que gozarán de la exoneración del cincuenta por ciento (50%) en el valor del pago de la pensión de enseñanza.

"*ARTICULO SEGUNDO.* El cupo establecido en el artículo anterior, se repartirá entre cada una de las secciones en que están divididos los diferentes niveles.

"*ARTICULO TERCERO.* El presente acuerdo necesita la reglamentación correspondiente, el visto bueno del Asesor Jurídico del Colegio y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

B. *El cargo de ilegalidad*

En resumen, es uno el cargo de ilegalidad que le hace el demandante al *Acuerdo Nº 6 de 1977, expedido por el Consejo Directivo del Colegio de Boyacá,* cuya validez jurídica debe analizarse para establecer la prosperidad o no de las acusaciones hechas.

Estima el actor que el acto acusado viola el artículo 30 de la Constitución Nacional porque se ha desconocido un derecho consagrado a favor de los educadores y sus hijos por el artículo 1º del Decreto con fuerza de Ley Nº 1812 de 1953, que a la letra dice:

"*Los hijos de los institutores que estén* al servicio de la Nación, los Departamentos o los Municipios o que estén gozando de pensión de jubilación, tendrán prelación para ser admitidos en los establecimientos oficiales de enseñanza de cualquier tipo que sean, sin que tengan que pagar ninguna clase de derechos, siempre que reúnan los requisitos para ser matriculados en dichos establecimientos, conforme a los estatutos y reglamentos respectivos".

El Magistrado Sustanciador al decretar la suspensión provisional de la norma acusada, mediante providencia de 27 de febrero del presente año, expresó lo siguiente:

"De la simple confrontación entre la norma acusada y la invocada como violada se deduce que, en relación con el motivo invocado como fundamento de la acción y de la petición de suspensión provisional, la primera es claramente violatoria de la segunda, porque mientras ésta dispone que los hijos de los institutores, en ejercicio de sus funciones o que se hayan jubilado, tendrán prelación para ser admitidos a los establecimientos oficiales de enseñanza, 'sin que tengan que pagar ninguna clase de derecho', si reúnen los requisitos legales y reglamentarios para ser admitidos, aquélla prescribe que deben pagar el cincuenta por ciento (50%) del valor 'de la pensión de enseñanza'. En consecuencia es preciso disponer la suspensión provisional de la norma acusada en cuanto obliga a pagar a los hijos de los institutores, en ejercicio de sus cargos o que están jubilados, el 50% del valor de la pensión".

Estima la parte impugnadora que el artículo 1º del acto acusado se ha interpretado mal por cuanto él no se refiere a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1812 de 1953, sino al artículo 2º del mismo decreto que es del siguiente tenor:

"Los establecimientos oficiales de educación dedicarán un 20% de las becas o pensiones alimenticias a hijos de institutores al servicio de la Nación, Departamentos o Municipios, o que estén gozando de pensión de jubilación. Para la adjudicación de éstas el Ministerio de Educación tendrá en cuenta, además de los requisitos señalados en el artículo 3º del Decreto 1964 de 1952, lo siguiente:

"a) Número de hijos del solicitante;

"b) Años de servicio del mismo, y

"c) Méritos que haya adquirido en el ejercicio de su magisterio".

Se dice que mientras el artículo 1º se limita a establecer una *prelación a favor de los hijos de los institutores del sector público para que sus hijos sean admitidos en los establecimientos oficiales de enseñanza, el artículo 2º establece un porcentaje equivalente al 20% de las becas para los hijos de dichos institutores en lo establecimientos educativos oficiales.*

Sería aceptable la interpretación dada por la parte impugnadora al artículo 1º del Acuerdo Nº 6 de 1977, si allí no se empleara la expresión "que gozorán de la exoneración del cincuenta por ciento (50%) en el valor del pago de la pensión de enseñanza", porque de acuerdo con el sentido natural y obvio de esta expresión, allí se comprenden o pueden comprenderse no sólo las becas sino también el pago de derechos de matrícula. Por esta razón la Sala comparte íntegramente la providencia de suspensión provisional del acto acusado.

De todas maneras, la Sala cree conveniente aclarar, para evitar equívocos en la interpretación de este fallo, que si bien el artículo 1º del acuerdo acusado no se refiere como se acaba de expresar al artículo 2º del Decreto 1812 de 1953, el Colegio de Boyacá sólo está obligado por la norma de este artículo a otorgar el 20% de las becas o pensiones alimenticias que haya creado o cree y, en todo caso, en relación con las que en un momento dado tenga creadas. Se excluye, por tanto, para la determinación del mencionado porcentaje, las becas concedidas por otras entidades públicas o privadas para este establecimiento.

Alega también la parte impugnadora que como solamente los artículos 2º y 4º del citado Decreto 1812 de 1953, han sido reglamentados por el Ministerio de Educación, la norma del artículo 1º, que no ha sido reglamentada, no puede tener aplicación ni eficacia. Realmente, observa la Sala, el hecho de que haya sido o no reglamentado el artículo 1º señalado como infringido por el acto administrativo acusado, no incide en nada el problema jurídico planteado en la demanda. Ahora, si lo que se quiere dar a entender es que por no haber sido reglamentado por el Gobierno debe serlo por el Consejo Directivo del Colegio de Boyacá, entonces tenemos que éste estaría ejerciendo una atribución propia del Gobierno, de conformidad con el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, o por lo menos, si nos atenemos al texto del artículo 4º del Decreto 1812 de 1953, cuya constitucionalidad no es del caso dilucidar en este fallo, estaría tomándose facultades dadas al Ministerio de Educación Nacional.

Otro argumento dado por la parte impugnadora para oponerse a la prosperidad de la demanda, es el de que el Colegio de Boyacá es un establecimiento público con carácter docente, y que, por consiguiente, tiene autonomía patrimonial. Se afirma con base en lo anterior que al Colegio de Boyacá no le es aplicable el artículo 1º del citado Decreto 1812 de 1953, porque éste se refiere no a los establecimientos públicos docentes sino a los establecimientos oficiales ordinarios dependientes del Ministerio de Educación Nacional, sin personería jurídica y sin autonomía administrativa y financiera.

No comparte la Sala la interpretación anterior dada por la impugnadora al artículo 1º del Decreto comentado, puesto que *la expresión "establecimientos oficiales de enseñanza de cualquier tipo que sea", comprende por igual tanto a los establecimientos docentes dependientes del Ministerio de Educación Nacional,* de los Departamentos y los Municipios, como los establecimientos docentes que tengan el carácter de establecimientos públicos, como es el caso de la Universidad Nacional, del Colegio de Boyacá y muchos otros, La expresión "establecimientos oficiales de enseñanza" se contrapone a "establecimientos privados de enseñanza".

Finalmente sostiene la impugnadora que el Colegio de Boyacá se vio obligado a tomar la medida contenida en el acto administrativo acusado, porque se estaba deteriorando demasiado su capacidad financiera y presupuestal. Puede ser evidente lo afirmado por ella, pero éste es un argumento de mera conveniencia o utilidad que no puede ser tenido en cuenta para decidir un asunto de derecho.

A pesar de lo dicho antes, la Sala llama la atención en el sentido de que tal como está redactada la norma del artículo 1º del Decreto 1812 de 1953, que no fija ningún límite de beneficiarios, puede llevar a ciertos establecimientos públicos docentes, por las circunstancias especiales en que se encuentren colocados, como es el caso del Colegio de Boyacá, a situaciones financieras que dificulten una buena prestación de sus servicios, a menos que la Nación, el Departamento o el Municipio a que pertenezcan los dote de suficientes recursos económicos. Para evitar estos problemas, la misma ley que imponga una carga a entidades públicas debe proveer lo necesario para que ellas puedan satisfacerla a cabalidad sin mengua del cumplimiento de todos sus objetivos.

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

Falla:

Es nulo el artículo 1º del Acuerdo Nº 6 de 1977, expedido por el Consejo Directivo del Colegio de Boyacá.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos setenta y nueve.

Mario Enrique Pérez V., Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

VALORIZACION. — En estricto sentido no es impuesto, ni es tasa, sino contribución. Cuando se afora la valorización el aforo suele tener cobertura sobre muchos contribuyentes, al mismo tiempo, lo cual contrasta con el aforo de un impuesto que cubre tan solo un contribuyente en particular.

SUSPENSION PROVISIONAL.— Alcance del Nº 3 del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo.

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6210. Nulidad y suspensión provisional de las Resoluciones Nº 01733 de 1976, y 2734 y 3790 de 1978, expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Actor: Hilda Vera y otros.

En recurso de súplica los actores de la referencia, acuden ante la sala impugnando el auto de 16 de julio de 1979 por el cual se niega la suspensión provisional de las Resoluciones 1733 de 1976, 2734 y 3790 expedidas por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria Incora.

En la parte motiva del auto recurrido dice el conductor del proceso:

"El demandante persigue que se declare la nulidad de la Resolución Nº 01733 de 20 de mayo de 1976, por medido de la cual el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria determinó el monto de la contribución de valorización de los predios beneficiados por el Distrito de Adecuación 'El Zulia', primera etapa, márgenes derecha e izquierda.

"Aunque el actor dice ejercitar la acción de nulidad, fácilmente se advierte que se trata de una acción dirigida contra un acto de carácter particular que señala el monto de la contribución de valorización en cabeza de los propietarios de los predios beneficiados con la obra, hipótesis en la cual no hay lugar a la medida provisoria impetrada, conforme a lo previsto en el numeral 3º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo".

Por su parte, el actor alega en el memorial de interposición del recurso:

"Aunque el suscrito aparece representando a algunas personas en la acción de nulidad de la referencia, en el fondo dicha acción tie-

ne sustancialmente el carácter de pública porque no se solicita restablecimiento alguno de derecho, sino restablecimiento de la legalidad violada por el Incora por falta de un requisito esencial exigido por las normas que regulan la contribución de valorización de los distritos de riego de esa entidad, como es el de haberse omitido en la resolución acusada, el área de los predios gravados. Nada se dice en la demanda sobre el 'monto, distribución o pago' señalados en esa resolución, que es a lo que textualmente se refiere el ordinal 3º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, como causal para que no haya suspensión provisional.

"Y siendo ello así, porque no cabe interpretación distinta, sí cabe la suspensión provisional solicitada por violación clara y flagrante de las normas reguladoras de la contribución de valorización que rigen para los distritos de riego del Incora, al haberse omitido el área de todos los predios gravados, normas que constituyen el 'acto de carácter general creador o *regulador* del tributo', que, como excepción a la excepción, trae el mismo numeral 3º del artículo 98, que fue invocado por el H. Magistrado ponente en su providencia de 16 de los corrientes".

Para resolver se considera

El numeral 3º del artículo 98 del Código Contenciso Administrativo se ha instituido para evitar que cualquier contribuyente, demore injustificadamente el pago de un tributo. Sobre esto dice el doctor Tascón: "Puede haber lugar a suspensión provisional del decreto, ordenanza o acuerdo que regula un impuesto, contribución o tasa con carácter general, pero no de los actos referentes a la liquidación o aforo, o pago de impuestos, contribuciones o tasas en casos individuales o concretos. Este principio lo tenía ya sentado la jurisprudencia del Consejo, porque no sería admisible que un contribuyente demorara el pago de los impuestos, contribuciones o tasas con que hubiera sido gravado, demandando la suspensión provisional, a pretexto de que el monto liquidado era excesivo, o que no había lugar al cobro, etcétera. Esto sería perjudicial para el Estado, que necesita el oportuno recaudo de los impuestos para el pago de los servicios públicos".

El caso *sub lite* se refiere al cobro de una *contribución*. A ella es pertinente aplicar lo referido por la cita del doctor Tascón que es extensivo a todos los tributos, en los cuales se incluyen impuestos, tasas y contribuciones. La valorización en estricto sentido no es impuesto ni es tasa. Puede clasificarse como contribución.

En el impuesto se establece la obligación a cargo de una persona natural o jurídica de hacer un pago sin que implique para ella derecho a contraprestación o beneficio correlativo. Con la tasa, llamada a menudo derecho, refinancian los servicios públicos y se caracteriza porque cubre tan solo a quien utiliza dichos servicios. La valorización, como contribución que es, se causa con la ejecución de obras de interés público local. De suerte que la valorización es la compensación por el provecho o utilidad que deriva el dueño de un inmueble de una obra que ha construido el Estado para beneficio de un grupo. Es pues característica de la contribución su implicación colectiva. Cuando se

afora la valorización el aforo suele tener cobertura sobre muchos contribuyentes al tiempo, lo cual contrasta con el aforo de un impuesto que cubre tan solo un contribuyente en particular. Pero, que la contribución sea colectiva en su aforo no le quita a este acto su naturaleza de subjetivo y particular, y no convierte el acto de liquidación en un acto jurídico general y objetivo.

Este hecho tiene importancia particular en el caso de autos, porque se recurre contra una providencia que negó la suspensión provisional de actos jurídicos que aforaban la contribución de valorización sobre los predios beneficiados con la obra de irrigación del río Zulia.

En opinión de la Sala el conductor del proceso operó correctamente e interpretó debidamente el alcance del numeral 3º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941). Una cosa son las normas generales que estatuyen el régimen de aplicación de un tributo, y otra las de tipo particular que desatan los presupuestos de hecho y derecho para la tasación del tributo en concreto. Los primeros permiten desatar la acción de nulidad, como en efecto puede acudirse en acción de nulidad contra el estatuto de valorización de un instituto descentralizado, como el INCORA o el IDU, si éste viola, a juicio del actor, alguna norma jurídica superior, de la misma manera que quien ha observado un decreto reglamentario sobre impuestos contrario a ley puede incoar la acción de nulidad para lograr que esta acción pública restablezca el orden jurídico. Pero la acción pública no cabe contra providencias que establezcan un tributo en concreto, llámese impuesto, tasa o contribución. Para el caso de la liquidación irregular de un impuesto se ha establecido el juicio de revisión de impuestos a que hace referencia el capítulo XXIII del Código Contencioso Administrativo. Y en los demás casos, la violación de un derecho subjetivo admite la acción de plena jurisdicción que regula el artículo 67 del mismo estatuto administrativo.

Por lo anteriormente expuesto es claro que en el caso de autos no cabe la suspensión provisional, pues es indiscutible que las resoluciones demandadas tienen carácter particular. En efecto, la Resolución 1733 de 1976 dice en su parte enunciativa: "Por la cual se *determina el monto de la contribución* de valorización de los predios beneficiados con el Distrito de Adecuación del Zulia, primera etapa, márgenes de derecha e izquierda" (subrayado de la Sala). Las otras providencias acusadas de ilegalidad por el actor, la número 2734 de julio 24 de 1978 y la 3790 de octubre 19 de 1978, resuelven los recursos de reposición por la vía gubernativa hasta agotar totalmente el procedimiento gubernativo. Es pues claro que esta es una resolución que afora la contribución de valorización en cabeza de los beneficiarios, una lista larga de contribuyentes, encabezados por la Comunidad Uribe Tono (a quien se le liquida $ 5.591.686.65), seguida de Argemiro Alarcón (quien recibe un aforo de $ 105.196.76) (folio 4) y concluida por Manuel y Quintero de González Lucía (a quienes se les afora la suma de $ 1.711.001.79). (folio 12).

Si esto no es razón suficiente para colegir que se trata de un acto particular a los que se refiere el artículo 98 (numeral 3º) de la Ley 167 de 1941, es conveniente además transcribir lo anotado en el artículo tercero de la resolución demandada que a la letra dice: "Para efectos del artículo que antecede y en atención a las exigencias del

artículo 45 del Decreto Extraordinario número 2163 de 1970... el Gerente Regional del Proyecto ... proporcionará al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Cúcuta los siguientes datos: número de orden, nombre, ubicación, área, linderos, propietario, título de propiedad y la correspondiente anotación de registro, respecto de cada uno de los predios beneficiados que se expresan en el artículo primero". Ante tan clara evidencia, puede acaso negarse que la providencia acusada es un acto de aforo de un tributo (contribución en este caso)? No puede pues ignorarse que los actos acusados son subjetivos, individuales y concretos, y por lo tanto, a ellos no es aplicable el criterio de que se trata de una acción de nulidad.

Aunque, como se anotó, el recurrente alega que la demanda no hace referencia al monto sino a que las resoluciones recurridas omitieron hacer referencia a las cabidas o áreas de los predios gravados, no por eso pierde su carácter de acción de plena jurisdicción. Las resoluciones de determinación concreta del tributo no pierden su carácter particular por el hecho de estar viciadas en su origen, en sus requisitos o en su contenido. Los vicios que ellas tengan determinan la viabilidad de la acción por la vía contencioso administrativa, pero no cambian la naturaleza de la acción transformando una acción de nulidad en una de plena jurisdicción o viceversa. No podría darse interpretación de las normas del procedimiento administrativo en tal dirección sin incurrir en un absurdo. Debe por tanto, desecharse la pretensión del recurrente.

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Cuarta del Consejo de Estado

Resuelve:

Confírmase el auto suplicado.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. Régimen. Los servidores de la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol". El reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se solicita a la Caja o Insitución de Previsión Social a la cual esté afiliado el empleado al tiempo de cumplir su servicio o en el momento de retirarse del servicio oficial. Competencia para conocer del negocio sobre prestaciones sociales (pensión de jubilación) contra una entidad de derecho público.

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

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 0521. Autoridades Nacionales. Actor: Gonzalo Munévar Espinosa.

Ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el señor GONZALO MUNEVAR ESPINOSA, por conducto de apoderado judicial pidió se decretara:

"1º) La nulidad de la Resolución Nº 004 del 6 de junio de 1973 expedida por el Presidente de la Empresa Colombiana de Petróleos, por medio de la cual no accedió reconocer al señor GONZALO MUNEVAR ESPINOSA, la pensión de jubilación solicitada en carta del 11 de enero de 1973.

"2º) Que, como consecuencia de la nulidad de la Resolución Nº 004 del 6 de junio de 1973, se ordene a la Empresa Colombiana de Petróleos, reconocer y pagar una pensión mensual de jubilación a mi mandante señor GONZALO MUNEVAR ESPINOSA, acumulando los servicios efectivos prestados al Ministerio de Defensa Nacional con los prestados a la Empresa Colombiana de Petróleos.

"3º) Igualmente como consecuencia de tal nulidad, ordenar al Ministerio de Defensa Nacional, aceptar la cuota parte que le corresponde para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación al señor GONZALO MUNEVAR ESPINOSA, por los 14 años, 3 meses de servicios que prestó a ese Ministerio".

Los siguientes son, resumidos, los hechos de la demanda:

a) El actor prestó servicios a las Fuerzas Militares por espacio de 14 años, 3 meses, según su hoja de servicios; y a la Empresa Colombiana de Petróleos desde el 11 de marzo de 1963.

b) De acuerdo con los servicios acumulados prestados a las dos entidades mencionadas, sobrepasa los 20 años de servicios, lo que le da derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación.

c) Al solicitar el reconocimiento de pensión de jubilación a la Empresa Colombiana de Petróleos renunció expresamente a la pensión de retiro que devengaba por sus servicios al Ministerio de Defensa.

d) El proyecto de resolución elaborado por la Empresa Colombiana de Petróleos fue remitido en consulta al Ministerio de Defensa; pero esta entidad consideró que el actor no tenía derecho a la acumulación de los servicios prestados a las dos entidades, pues se apoyó en el artículo 128 del Decreto 2337 de 1971 que faculta para optar entre la pensión de jubilación y el sueldo de retiro; y la norma sólo es aplicable cuando el interesado ha consolidado derecho a asignación de retiro por servicios militares y pensión de jubilación por servicios civiles, presupuesto que no se da en el caso presente.

e) Como lo ha sostenido Ecopetrol, el interesado puede adoptar entre la pensión de jubilación y la asignación de retiro, la que le sea más favorable, pues el artículo 128 del Decreto 2337 de 1973 acepta tácitamente la acumulación de servicios prestados a las dos entidades. Y el Ministerio de Defensa Nacional de acuerdo con el Decreto 2337 de 1971 ha aceptado la acumulación de servicios en casos como el del Suboficial Luis Gabriel Mora Guevara, prestados a dicho Ministerio con los prestados a Inravisión y a Caprecom.

Como disposiciones violadas se indicaron en la demanda los artículos 27 del Decreto 3135 de 1968, 68 del Decreto 1848 de 1969 y 128 del Decreto 2337 de 1971. Aunque en forma deficiente, se expresó el concepto de la violación.

Cumplido el trámite de la primera instancia el Tribunal en sentencia del 22 de abril de 1976, en desacuerdo con su Colaborador Fiscal, negó las peticiones de la demanda. Contra tal decisión interpuso recurso de apelación el señor apoderado del demandante, razón por la cual los autos han llegado al Consejo de Estado, donde la segunda instancia se ha tramitado en forma debida, contándose con el concepto del señor Agente del Ministerio Público que es del parecer que el fallo apelado debe revocarse para en su defecto, declarar la incompetencia de jurisdicción.

Consideraciones

Dice el señor Fiscal Cuarto de la Corporación doctor Euclides Londoño Cardona en su concepto de fondo lo siguiente:

"De acuerdo con el artículo 2º de sus estatutos, aprobados por el Decreto Nº 062 de 1970, Ecopetrol es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Minas y Petróleos.

"En los términos del inciso 2º, artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, es regla general la de que los servidores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; la excepción la constituyen aquellas personas que por desempeñar actividades de dirección o confianza, precisadas en los respectivos estatutos, tienen el carácter de empleados públicos.

"En el proceso no aparece demostrado el cargo que desempeñaba el actor, ni en los estatutos de Ecopetrol, aprobados por el Decreto

062 de 1970, se precisan las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por las personas que tengan el 'status' mencionado.

"En consecuencia, no habiéndose acreditado la condición excepcional de empleado público, se debe concluir que el demandante es un trabajador oficial, ligado por un contrato ficcionado de trabajo.

"No sobra agregar que en antigua doctrina, compartida por este Despacho, el Consejo de Estado ha sostenido que cuando el último vínculo del actor ha sido el contractual, la competencia del juez del trabajo no cambia por la circunstancia de que el tiempo de servicio como trabajador oficial deban sumarse, para determinados efectos prestacionales, lapsos laborados con vínculos de naturaleza jurídica diferente. (Anales Tomo LX, Nºs 377 a 381, páginas 159 y ss.).

"Así las cosas, no es competente la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de un conflicto jurídico derivado de un contrato de trabajo, habida consideración a lo dispuesto en los artículos 2º del Código Procesal del Trabajo y 1º, literal g) del Decreto 528 de 1964".

Y está en lo cierto el señor Agente del Ministerio Público. Los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en sus artículos 5º y 3º respectivamente, estatuyen:

Decreto 3135 de 1968

"Artículo 5º *Empleados públicos y trabajadores oficiales.* Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

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

Decreto 1848 de 1969.

"Artículo 3º *Trabajadores oficiales.* Son trabajadores oficiales los siguientes:

"a) Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1º del artículo 1º de este Decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras, y

"b) Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta ...".

Por manera que es regla general la de que las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son trabajadores oficiales. Y para determinar cuáles de esos servidores constituyen una excepción, por tener el carácter de empleados públicos, el Decreto 3135 dice en su artículo 5º que en los estatutos de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, se hará la clasificación correspondiente a los empleados públicos y de los trabajadores oficiales de esas entidades. Y en los mismos estatutos, dice la norma, se precisará qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

La Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" es una Empresa Industrial y Comercial del Estado regida por normas del derecho privado y que no tiene, como no puede tener, los privilegios de las empresas de servicio público; y en sus relaciones con las personas que en ella sirven, debe someterse a las normas antes citadas. Es un hecho cierto que en el expediente, en cuanto hace al señor Gonzalo Munévar Espinosa, no aparece demostrado, como bien lo anotó el Colaborador Fiscal, el cargo por él desempeñado en la Empresa, ni en los estatutos se precisan las actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por las personas a ella vinculadas. No está en consecuencia, acreditada la condición de excepcional de empleado público del actor, razón por la cual es forzoso concluir que es un trabajador oficial, vinculado a la Empresa Colombiana de Petróleos por un contrato de trabajo.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al tenor de lo dispuesto en el ordinal g) del numeral primero del artículo 30 del Decreto Ley 528 de 1964, conoce en única 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, y cuya cuantía sea o exceda de cincuenta mil pesos.

Por manera que no es competente el Consejo para conocer de una acción como la propuesta por el señor Gonzalo Munévar Espinosa, vinculado por un contrato de trabajo con la Empresa Colombiana de Petróleos, pues en el juicio no se desvirtuó la presunción consagrada en el artículo 5º del Decreto 3135 citado, demostrando el actor que se encontraba dentro de la excepción consagrada en la misma disposición.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2921 de 1948 el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se solicita a la Caja o institución de previsión social a la cual está afiliado el empleado al tiempo de cumplir su servicio o a la que se encuentre afiliado en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso. Y en cuanto el criterio para fijar la competencia del negocio sobre prestaciones sociales contra una entidad de derecho público, como lo expresó el Consejo en la doctrina que recuerda el distinguido Colaborador Fiscal, es el de averiguar la naturaleza del vínculo jurídico que une inmediatamente al demandante con la entidad demandada. Cuando se trata de empleados públicos, o sea de los unidos a la administración por una relación de derecho público, la competencia es de esta jurisdicción; y cuando se suscita el conflicto con trabajadores oficiales, la competencia radica en la jurisdicción laboral. Así mismo, cuan-

do se trata de pensión de jubilación para cuyo reconocimiento puede acumularse el tiempo servido a diversas entidades oficiales o semioficiales y la que debe reclamarse de la última entidad o Caja de Previsión a la que el trabajador prestó sus servicios o estuvo afiliado, puede presentarse en el mismo servidor la doble relación de derecho público y de contrato de trabajo, caso en el cual la pensión de jubilación deberá solicitarse de la última entidad, correspondiendo desatar el litigio que tal demanda pueda suscitar, a la Justicia del Trabajo o a la Justicia Contencioso Administrativa según el vínculo que se tenga, laboral o de derecho público, con la entidad demandada.

Según lo aquí discurrido, se impone declarar la nulidad de todo lo actuado, por incompetencia de jurisdicción.

Y en razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el parecer del señor Fiscal Cuarto de la Corporación 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 22 de abril de 1975, y en su lugar SE DECLARA NULO TODO LO ACTUADO EN ESTE PROCESO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 21 de junio de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.

No todos los cargos de dirección y confianza en las empresas industriales o comerciales del Estado tienen que ser desempeñados por empleados públicos. Es la índole de la labor y la clasificación del cargo lo que determina su vinculación legal y estatutaria o contractual y no la forma como dicha vinculación se opera.

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

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Proyecto: Doctor Lino Acevedo Gómez. Abogado Asistente.

Referencia: Expediente Nº 4003. Autoridades Nacionales. Actor: Oscar Hernando Escobar Castro.

Mediante el Contencioso de plena jurisdicción el señor Oscar Hernando Escobar Castro, por intermedio de apoderado judicial, demandó de esta corporación que, previos los trámites de rigor, se declare el Silencio Administrativo con relación a la petición formulada a la "Empresa Colombiana de Minas" —ECOMINAS—, el 3 de diciembre de 1975 y como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena el reconocimiento y pago por parte de la empresa citado de los sueldos y prestaciones inherentes dejados de percibir, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a su retiro y hasta la fecha que se produzca la sentencia que así lo disponga, comprendiendo las primas de navidad, vacaciones, cesantía e indemnización moratoria o de salarios caídos por el no pago de las prestaciones o beneficios sociales a que tiene derecho.

Son hechos de la demanda los siguientes:

"1) Mi mandante fue nombrado Administrador del Centro de Explotación de Muzo, categoría 21, con sueldo de ingreso de $ 8.900.00 moneda corriente y una prima de campamento de $ 1.100.00 según Resolución 0148 de 2 de junio de 1972 proferida por el Gerente General de ECOMINAS.

"Mi representado tomó posesión del cargo el 2 de junio de 1972 según acta de posesión de esa misma fecha.

"2) Por Resolución número 0256 de octubre 31 de 1972 emanada de la Gerencia General de ECOMINAS se encargó a mi mandante co-

mo Director Administrativo de la entidad a partir de noviembre 1º de 1972.

"3) Según Resolución número 0013 de enero 30 de 1973 se le aceptó a mi poderdante la renuncia para separarse del cargo de Director Administrativo categoría 22.

"4) Una vez retirado del servicio de ECOMINAS mi mandante ha venido insistiendo sin resultado, para que se le pague el valor de los salarios, prestaciones sociales, e indemnizaciones, omitiéndose por la mencionada entidad un pronunciamiento. Prueba de lo anterior es una última comunicación enviada el 3 de diciembre de 1975 al Gerente de la citada empresa industrial y comercial del Estado la cual no tuvo respuesta. En razón de esto invoco el silencio administrativo para poder actuar dentro de la vía contenciosa todo de conformidad con el Decreto 2733 de 1959".

Considera el demandante que se violaron los artículos 16, 17 y 20 de la Constitución Nacional, 28 y 30 del Decreto 3118 de 1968 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, indicando el concepto de la violación.

Agotado el trámite de rigor, y no observándose causal de nulidad, se procede a la decisión, previas las siguientes

Consideraciones

La Empresa Colombiana de Minas —ECOMINAS— es una entidad comercial e industrial del Estado, creada como organismo autónomo y con personería jurídica independiente, vinculada al Ministerio de Minas y Energía según el Decreto 912 de 1969 y organizada como tal según Decreto 3161 del mismo año. El demandante, señor César Hernando Escobar Castro se vinculó a dicha empresa como Administrador del Centro de Explotación de Muzo, el 2 de junio de 1972 (folios 28 y 29) y permaneció en ella hasta el 30 de enero de 1973 cuando por Resolución Nº 0013 de esa fecha, se le aceptó la renuncia del cargo de Director Administrativo de la Sub-gerencia Administrativa y Financiera de dicha empresa (folios 31).

La Fiscalía Quinta de la Corporación considera que se debe proferir fallo inhibitorio por cuanto que el accionante no tuvo el carácter de empleado público sino de trabajador oficial, vinculado por una relación contractual laboral por ende, la decisión de esta controversia corresponde a la jurisdicción especial del trabajo, apoyándose para ello en el artículo 28 del Decreto 122 de 1970.

Por su lado el señor apoderado del actor, en alegato de conclusión, insiste en la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para dirimir el conflicto, con fundamento en la denominada *"Teoría de la Función Pública"* en contraposición a la llamada *"Teoría Organicista"*, anotando que su poderdante fue designado por resolución y posesionado en debida forma, sin que suscribiera contrato alguno de trabajo, aunque por analogía le son aplicables algunas normas del derecho laboral privado.

Desde la vigencia del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, se ha considerado que los tra-

bajadores de las empresas Industriales o Comerciales del Estado se entienden vinculados a éstas por una relación contractual laboral. El Decreto 3135 de 1968 conservó tal principio, como norma general, señalando que las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales. Pero, existen actividades de dirección y de confianza en dichos organismos que deben desempeñarse por personas que tengan la condición de empleados públicos, por excepción. En los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado se debe precisar en cada caso las actividades de excepción. (artículo 5º del Decreto 3135 de 1968).

El Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 citado, es lo suficientemente claro sobre el particular al indicar que en los estatutos tanto de los establecimientos públicos, como de las empresas industriales o comerciales del Estado y de Sociedades de Economía Mixta "se hará la clasificación correspondiente a los EMPLEADOS PUBLICOS y de los TRABAJADORES OFICIALES de esas entidades, conforme a las reglas del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y de este decreto".

Coherente con las anteriores disposiciones, el artículo 28 del Decreto 122 de 1970, "Por el cual se aprueban los estatutos de la Empresa Colombiana de Minas" a que alude el Ministerio Público, consigna que:

"Las personas que presten regularmente sus servicios a la empresa, son trabajadores oficiales, sinembargo, en el Estatuto de Personal se establecerán los cargos de dirección y confianza que deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Quiere decir lo anterior que no todos los cargos de dirección y confianza en las empresas Industriales o Comerciales del Estado tienen que ser desempeñadas por empleados públicos. Corresponde a los estatutos señalar esa situación, mediante la correspondiente clasificación.

Es la índole de la labor desempeñada y la clasificación del cargo lo que determina la vinculación de los servidores de las empresas Industriales o comerciales del Estado con carácter legal y estatutario o contractual laboral y no la forma como dicha vinculación se opera, discrepando la Sala del criterio señalado por el señor apoderado del demandante en el sentido de que se debe dar preeminencia a la llamada "Teoría de la Función Pública", cimentada en el Decreto 589 de 1974 sobre régimen de prestaciones de los empleados de las entidades descentralizadas adscritas al Ministerio de Defensa Nacional, cuya aplicación analógica no es de recibo en el presente caso, frente a la claridad meridiana de las disposiciones antes comentadas.

No aparece, como lo advierte el Colaborador Fiscal, que las actividades desplegadas por el señor Oscar Hernando Escobar Castro para la empresa Colmbiana de Minas —ECOMINAS— estuvieron clasificadas en los estatutos como aquéllas que sólo son susceptibles de ser desempeñadas por empleados públicos, como norma de excepción y por lo tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para dirimir la controversia planteada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Cuarto de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Se declara inhibido para conocer del presente juicio, por los motivos anotados en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión del día 19 de julio de mil novecientos setenta y nueve.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

bajadores de las empresas Industriales o Comerciales del Estado se entienden vinculados a éstas por una relación contractual laboral. El Decreto 3135 de 1968 conservó tal principio, como norma general, señalando que las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales. Pero, existen actividades de dirección y de confianza en dichos organismos que deben desempeñarse por personas que tengan la condición de empleados públicos, por excepción. En los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado se debe precisar en cada caso las actividades de excepción. (artículo 5º del Decreto 3135 de 1968).

El Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 citado, es lo suficientemente claro sobre el particular al indicar que en los estatutos tanto de los establecimientos públicos, como de las empresas industriales o comerciales del Estado y de Sociedades de Economía Mixta "se hará la clasificación correspondiente a los EMPLEADOS PUBLICOS y de los TRABAJADORES OFICIALES de esas entidades, conforme a las reglas del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y de este decreto".

Coherente con las anteriores disposiciones, el artículo 28 del Decreto 122 de 1970, "Por el cual se aprueban los estatutos de la Empresa Colombiana de Minas" a que alude el Ministerio Público, consigna que:

"Las personas que presten regularmente sus servicios a la empresa, son trabajadores oficiales, sinembargo, en el Estatuto de Personal se establecerán los cargos de dirección y confianza que deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

Quiere decir lo anterior que no todos los cargos de dirección y confianza en las empresas Industriales o Comerciales del Estado tienen que ser desempeñadas por empleados públicos. Corresponde a los estatutos señalar esa situación, mediante la correspondiente clasificación.

Es la índole de la labor desempeñada y la clasificación del cargo lo que determina la vinculación de los servidores de las empresas Industriales o comerciales del Estado con carácter legal y estatutario o contractual laboral y no la forma como dicha vinculación se opera, discrepando la Sala del criterio señalado por el señor apoderado del demandante en el sentido de que se debe dar preeminencia a la llamada "Teoría de la Función Pública", cimentada en el Decreto 539 de 1974 sobre régimen de prestaciones de los empleados de las entidades descentralizadas adscritas al Ministerio de Defensa Nacional, cuya aplicación analógica no es de recibo en el presente caso, frente a la claridad meridiana de las disposiciones antes comentadas.

No aparece, como lo advierte el Colaborador Fiscal, que las actividades desplegadas por el señor Oscar Hernando Escobar Castro para la empresa Colmbiana de Minas —ECOMINAS— estuvieron clasificadas en los estatutos como aquéllas que sólo son susceptibles de ser desempeñadas por empleados públicos, como norma de excepción y por lo tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para dirimir la controversia planteada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Cuarto de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Se declara inhibido para conocer del presente juicio, por los motivos anotados en la parte considerativa.

Cópiese, notifíquese.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión del día 19 de julio de mil novecientos setenta y nueve.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

ADJUDICACION DE BALDIOS. — Las "partes interesadas" *y "los procuradores agrarios" pueden, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la providencia en el Diario Oficial, ejercitar "las acciones contencioso-administrativas" en la forma ordinaria prevista en la Ley* 167 *de* 1941, *ante el Tribunal correspondiente, es decir, la acción de plena jurisdicción que es la que procede contra los actos creadores de situaciones jurídicas concretas e individuales o de aquellas otras que, por su sola declaratoria de nulidad, sobrevienen el restablecimiento del derecho. Ni los particulares, ni las personas interesadas, pueden impugnar los actos de adjudicación mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., julio doce de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango*)

Referencia: Expediente Nº 2705. Actor: José Manuel Baute Redondo.

Dentro del proceso adelantado ante el Tribunal Administrativo del Cesar por el ciudadano José Manuel Baute Redondo y tendiente a obtener la nulidad de la Resolución Nº 605 de 25 de octubre de 1976 de la Gerencia Regional del Proyecto Cesar del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y por la cual se adjudicó a la señora Ladys Baute de Rodríguez un predio denominado "La Esperanza" como baldío y a título de cultivadora, la parte impugnadora, la adjudicataria, pues se demandó en ejercicio de la Acción Pública del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, pidió que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso por considerar: a) Que la acción debía ser la de plena jurisdicción por tratarse de un acto que crea una situación jurídica individual y no la de simple nulidad; y b) por no haberse citado como demandada a la adjudicataria.

El Tribunal, no obstante reiterada jurisprudencia de esta Corporación sobre la imposibilidad de intentar la acción pública o de simple nulidad contra actos creadores de situaciones jurídicas individuales o de aquéllos que con la simple nulidad se restablece el derecho, fuera de los casos excepcionales del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 y la igualmente reiterada jurisprudencia del Consejo, sobre la necesidad de hacer comparecer al juicio a la parte demandada, so pena de violar el artículo 26 de la Constitución Política y las normas del Código de Procedimiento Civil, que lo desarrollan, a falta de disposiciones expresas en el Código Contencioso Administrativo, resolvió declarar que no había lugar a la declaración de nulidad impetrada.

"Son muchas las demandas que deben resolverse en forma adversa por error de los abogados en la escogencia de la acción

adecuada. Se precisa el sentido y el alcance de la jurisprudencia a este respecto. a) Los actos creadores de situaciones generales, impersonales y objetivas deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad, consagrada por el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, la que es pública, por estimarse que hay interés de la comunidad en la conservación del orden jurídico general. b) Contra los actos, hechos u operaciones administrativas que establecen situaciones individuales y concretas únicamente procede la vía de la plena jurisdicción, de que hablan los artículos 67 y 68, los cuales conceden a la persona perjudicada no sólo el derecho abstracto de restablecer la legalidad, sino la posibilidad de obtener de la administración la reparación del daño concreto que ésta le infligió en su derecho subjetivo. c) También la acción de nulidad procede contra los actos-condiciones que interesan a la sociedad, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la inviste de un poder legal. Por ejemplo, un nombramiento en un individuo que no reúne las condiciones requeridas para desempeñar un cargo oficial; el otorgamiento de una licencia con el fin de ejercer una profesión u oficio en que el interés común está en juego. Mas no pueden acusarse por esta vía las providencias de esta naturaleza que descartan la idea de un interés próximo por la sola legalidad, como lo es la de destitución de un cargo público, la que niega una licencia de la naturaleza anteriormente referida, en donde únicamente se lesiona a los titulares de esos intereses. d) El restablecimiento de un derecho por la vía contencioso administrativa sólo puede obtenerse como consecuencia de la nulidad de un acto, hecho u operación administrativos, excepto cuando se trata de una lesión causada por un hecho u operación (pues en estos casos —artículo 68— en fuerza de la situación, no es posible en ocasiones ejercitar la acción de nulidad por falta de materia; o basta la revisión de la operación, tal como lo prevé el artículo 271) o por ocupación o daños en la propiedad inmueble efectuados por una obra pública. e) No se puede ejercitar conjuntamente la acción de nulidad y la de plena jurisdicción. De manera que cuando un acto de carácter subjetivo se deriva de otro objetivo nulo, lo conducente es ejercitar la última acción, acusando la providencia concreta y pidiendo la inaplicabilidad, como excepción para el caso, de la de carácter general" (Auto, 29 marzo 1955, Tomo LX, números 377-381, página 468).

"Como puede verse, ambos actos administrativos tienen contenido particular, crean una situación jurídica individual, por la cual resulta el beneficiario, señor Zoilo Edilberto Monroy, titular de determinados derechos, precisamente de aquellos que pretenden desconocer los demandantes con su pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho.

"La demanda no pidió, en forma alguna, la vinculación procesal del señor Zoilo Edilberto Monroy, ni el auto admisorio de la misma tomó disposición alguna al respecto, no obstante que dicho ciudadano, como titular de los derechos derivados del acto administrativo acusado, tenía que ser citado, en legal forma, como parte opositora.

"De otra manera, el señor Monroy podría resultar vencido en juicio sin haber sido oído, con clara violación de expresas normas legales y constitucionales.

"Mas, como tal nulidad es saneable por la misma parte que podría alegarla, deberá ponerse en su conocimiento, para que manifieste si la sanea o no, mediante notificación personal de esta providencia".

Mas por tratarse en este caso de adjudicación de baldíos, podría sostenerse, con base en el artículo 38 de la Ley 135 de 1961, que sí es procedente la acción pública de nulidad o contencioso objetivo.

Dice la norma citada:

"Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. La declaratoria de nulidad podrá demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo por los Procuradores Agrarios o cualquiera otra persona, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial.

"La procedencia de esta acción se hará constar en todas las resoluciones sobre adjudicación de baldíos.

"Decretada una nulidad, el adjudicatario será considerado como poseedor de mala fe sobre cualquier exceso que se hubiere adjudicado en relación con las cabidas que señala esta ley.

Ley 4ª de 1973, artículo 16. "El inciso final del artículo 38 de la Ley 135 de 1961, quedará así: El Instituto podrá verificar, con citación del adjudicatario, dentro de los dos (2) años de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencia de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación. Sin hallar inexactitud o falsedad en tales documentos o diligencias, revocará la adjudicación y ordenará la cancelación del registro respectivo".

No obstante, el artículo transcrito no puede interpretarse aisladamente, como si la referida ley no tuviera otros artículos, pues es principio elemental de hermenéutica jurídica que el texto de los artículos de una ley deban interpretarse por su contexto general, en forma que guarden armonía y no en el sentido de crear contradicciones en el texto de una misma ley, lo que repugna sobre el supuesto de la sabiduría del legislador.

Dice el artículo 42 de la misma Ley 135 de 1961:

"Artículo 42. Contra las resoluciones que dicte el Insituto en lo relacionado con la adjudicación de baldíos se procederá el recurso de reposición para agotar la vía administrativa. Pero sin necesidad de solicitar tal reposición, los interesados podrán intentar las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941, ante el Tribunal correspondiente.

"El Ministerio Público es parte en todas las diligencias sobre adjudicación de baldíos y en los recursos contenciosos administrativos a que se refiere el inciso anterior".

Con una interpretación aislada de estos artículos, se tendría:

a) que las *partes interesadas* (artículo 42) sólo podrán impugnar los actos de adjudicación de baldíos *"mediante las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley* 167 *de* 1941, *ante el Tribunal correspondiente"*, es decir, la acción de plena jurisdicción y dentro de los cuatro meses de caducidad.

b) "cualquiera otra persona", es decir, los particulares, podrán ejercitar la acción pública de simple nulidad dentro de los dos años siguientes.

La sola presentación de la exégesis, demuestra que ella es absurda.

Una interpretación teleológica que busque la armonía entre los artículos y consulta la naturaleza de las acciones contencioso administrativas, impone las siguientes conclusiones:

a) las *"partes interesadas"* y "los procuradores agrarios" pueden, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la providencia en el Diario Oficial, ejercitar "las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941, ante el Tribunal correspondiente", es decir, la acción de plena jurisdicción que es la que procede contra los actos creadores de situaciones jurídicas concretas e individuales o de aquellas otras que, por su sola declaratoria de nulidad, sobreviene el restablecimiento del derecho.

b) Ni los particulares ni las personas interesadas, pueden impugnar los actos de adjudicación mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad.

Contra la providencia anterior la misma parte interesada interpuso recurso de apelación el que le fue denegado por auto de marzo 14, del año en curso, por lo que el recurrente hubo de interponer reposición y en subsidio las copias para hacer uso del recurso de queja, que es el que se decide en esta providencia.

El recurso de apelación no procede contra los autos que deciden sobre las nulidades procesales, porque el Código Contencioso Administrativo no tiene vacíos que deban llenarse con las previsiones del artículo 282 del Código Contencioso Administrativo. Por el contrario, sólo prevé, para garantizar la rapidez y seriedad de los autos inadmisorios de la demanda o decisorios de la suspensión provisional de los actos acusados.

Así lo ha dicho en reiteradas ocasiones y últimamente, y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo, en auto de 25 de octubre de 1978, (expediente 502, actor: Alfredo Bogotá Chía, Consejero ponente: doctor Jorge Dangond Flórez), así lo ratificó en los términos que transcribe la providencia del *a quo*.

Por lo expuesto, SE DECLARA BIEN DENEGADO el recurso de apelación a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Osvaldo Abello Noguera, Carlos Betancur Jaramillo, (con salvamento); *Jorge Dangond Flórez.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Proceso Nº 2705. Actor: José Manuel Baute y otros contra Incora. Recurso de Queja. Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango.

Con todo respeto me separo de la providencia de julio 12 del presente año, por medio de la cual la Sala de decisión estima que el auto que negó la declaratoria de nulidad no tiene el recurso de apelación por cuanto este recurso no procede "contra los autos que deciden sobre las nulidades procesales, porque el Código Contencioso Administrativo, no tiene vacíos que deban llenarse con las previsiones del artículo 282 del Código Contencioso Administrativo".

Para el suscrito, dada la trascendencia de autos como el que aquí se decide, el recurso de apelación debe ser posible. Y esto debe ser así porque con una interpretación estricta del código administrativo solo tendrían ese recurso de apelación el de inadmisión por incompetencia y el de suspensión provisional, quedando por fuera autos de tanta significación, si no mayor, como el que inadmite la demanda por falta de jurisdicción, el que declara la caducidad de la acción, el que define la perención del proceso, el que resuelve una nulidad y en general aquéllos que cierren los incidentes de previo pronunciamiento.

Los autos que se dejan enunciados y otros que se me escapan en este momento, han sido conocidos tradicionalmente en segunda instancia por el Consejo de Estado.

El auto que declara una nulidad, mejor, el que la resuelve tiene apelación. Basta leer a este respecto el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil; norma que debe armonizarse con el numeral 8º del artículo 351 *ibídem*. Aunque este último dispositivo hace apelables sólo los autos que declaren nulidades procesales, hay que interpretarlo en el sentido de que se refiere a autos que la resuelven. Si no fuera así habría que entender que el artículo 159 fue subrogado por el indicado numeral del artículo 351. La aplicación de estas normas encuentra su apoyo en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo.

No comparto la afirmación hecha por mis compañeros de Sala cuando dicen:

> "El Tribunal, no obstante reiterada jurisprudencia de esta Corporación sobre la imposibilidad de intentar la acción pública o de simple nulidad contra actos creadores de situaciones jurídicas individuales o de aquéllos que con la simple nulidad se restablece el derecho, fuera de los casos excepcionales del artículo 2º de la Ley 50 de 1936 y la igualmente reiterada jurispruden-

cia del Consejo, sobre la necesidad de hacer comparecer al juicio a la parte demandada so pena de violar el artículo 26 de la constitución política y las normas del Código de Procedimiento Civil, que lo desarrollan, a falta de disposiciones expresas en el Código Contencioso Administrativo, resolvió declarar que había lugar a la declaración de nulidad impetrada".

Y no la comparto porque la reiterada jurisprudencia de la Corporación no es la que se contiene en la providencia transcrita. Ya desde 1961 la tesis imperante es precisamente la contraria (elaborada por el doctor Carlos Gustavo Arrieta y precisada por el doctor Humberto Mora Osejo en 1973) en la cual se admite en ciertas hipótesis el contencioso de anulación contra actos creadores de situaciones individuales y concretas.

Pero el asunto no debe enfocarse con base en la aludida jurisprudencia. La legislación agraria tiene su propio régimen de acciones en cuanto toca con los actos de adjudicación de baldíos. En primer término, *le permite a cualquier persona* y a los procuradores agrarios instaurar la acción de nulidad contra las adjudicaciones de tierras baldías que se hayan hecho con violación de las normas de la Ley 135 de 1961 y de las que la adicionan y reforman. Es una acción de nulidad especial con un término de caducidad de 2 años. Y por su lado, *a los interesados,* el 42 de la antecitada Ley 135 les permite intentar las acciones contencioso administrativas previstas en la Ley 167 de 1941; dándose a entender así que estos tienen tanto la acción de nulidad como la de plena jurisdicción y no sólo esta última como lo afirma la ponencia. Y es de simple lógica que cuando la acción sea de nulidad intentada por un tercero deba hacerse parte en el proceso el titular del derecho reconocido mediante ese acto.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., julio dieciséis de mil novecientos setenta y nueve.

EXPROPIACION. — Hoy frente al artículo 456 *del Código de Procedimiento Civil, no hay duda de que la sentencia de expropiación no es el título de dominio sino apenas parte de él, pues sólo complementado con el "acta de entrega", configura el "Título del Dominio" que unido al modo de "la tradición" o registro, consuma la expropiación, el cambio de propietario y es esta la oportunidad en que se opera la perención frente a la facultad de pedir la desafectación en los términos de los artículos de la Ley 6ª de* 1975 *y el Decreto Reglamentario* 135 *de* 1976.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Seccion Tercera. — Bogotá, D. E., julio doce de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango*)

Referencia: Expediente Nº 2365. Actor: Fabiola Benítez de Pabón y otros.

I

En demanda presentada el 26 de octubre de 1977, mediante apoderado judicial, por los ciudadanos Fabiola Benítez de Pabón, Daniel Fernando, Angela María y Martha Isabel Pabón Benítez y por los menores Carlos Alvaro y Hernán Darío Pabón Benítez, debidamente representados por su señora madre legítima, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, se hacen las siguientes peticiones:

II. Peticiones

"Solicito respetuosamente, que se hagan en contra del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, las declaraciones siguientes:

PRIMERA: Se declare la nulidad de la Resolución 106 de 30 de junio de 1977, emanada de la Junta Directiva de Incora;

SEGUNDA: Se hagan las siguientes declaraciones, a manera de restablecimiento del derecho del actor;

A) Se ordene la desafectación del inmueble rural, denominado 'El Cedro' o 'El Trapiche', de que trata el hecho 1º de la demanda, del proceso de adquisición abierto por INCORA en Resolución A-00063-A de 8 de septiembre de 1968;

B) Se ordene a la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Yolombó, cancelar a las inscripciones de la demanda

de expropiación del citado inmueble, propuesta ante el Juez Promiscuo de Yolombó;

C) Ordenar al INCORA que tramite el desistimiento del proceso expropiatorio del mismo inmueble".

Como hechos se expusieron los siguientes:

"*PRIMERO*: Mis mandantes, son copropietarios de una Finca rural conocida con los nombres de 'El Cedro' y también 'El Trapiche', ubicada en jurisdicción del Municipio de Yolombó, Departamento de Antioquia inmueble que se determina por los siguientes linderos: 'Del punto donde una pierna de cuhilla cae al río San Lorenzo, sigue lindando con terrenos de Jesús Abel González, hasta el alto de las Guacas, de aquí sigue por el camino viejo que va hacia Yalí, hasta un mojón de piedra a linde con terrenos que fueron de Luis Gil, hoy de Jesús Londoño; sigue lindando con terrenos que fueron del mismo Londoño y Raimundo González, hasta caer al río San Lorenzo y tomando el río aguas abajo hasta el punto de partida, lindando al otro lado del río, con terrenos que fueron de Martiniano Cuartas, hoy de Jesús y Manuel Alzate'.

"*SEGUNDO*: El derecho de copropiedad lo derivan mis mandantes de este modo: Fabiola viuda de Pabón a título de ganaciales en la liquidación de la sociedad conyugal que tuvo con Daniel Pabón; los demás comuneros por adjudicación, como herederos, en la sucesión del finado DANIEL PABON, lo cual aparece en los títulos de propiedad que van anexos a la demanda.

"*TERCERO*: La finca 'El Cedro' o 'El Trapiche', ya identificada se encuentra bajo la intervención del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, desde 8 de septiembre de 1968; entonces INCORA dictó la Resolución A-00063-A, por medio de la cual dispuso, entre otras cosas los siguientes:

"ARTICULO PRIMERO: Iniciar las diligencias tendientes a establecer plenamente si el predio denominado 'El Cedro', ubicado en el Municipio de Yolombó, Departamento de Antioquia, *está siendo explotado total o parcialmente mediante pequeños arrendatarios, aparceros o similares* (subrayo).

"*CUARTO*: Avanzadas la siligencias (sic) ordenadas en la Resolución que se acaba de señalar, INCORA, Oficina de Barbosa (Antioquia) declaró, (folio 12 de los antecedentes administrativos), con fecha de 12 de noviembre de 1968, que la Finca 'El Cedro' o 'El Trapiche', se explota mediante contratos de aparcería, en pequeñas extensiones, con las siguientes personas:

1º Jesús Marín, 2º Naciancena Cataño, 3º Luis Acevedo, 4º Rafael Ríos, 5º Lizardo Cadavid, 6º Bianol Díaz, 7º Andrés Agudelo, 8º Juan Alzate, 9º Bautista Salazar, 10º Alberto (sic) Salazar, 11º Sigifredo Salazar, 12º Nabor Cano, 13º Martín Betancourt, 14º Mario Alzate, 15º Luis Jaramillo, 16º Graciliano Hernández. 17º José Angel Castrillón, 18º José Salazar, 19º Eliseo Gómez, 20º Israel González, 21º Luis Eduardo Madrigal, 22º Alberto Múnera, 23º Héctor Agudelo, 24º Jesús Arias, 25º Hernán Zapata, y 26º Mauricio Berrío.

"QUINTO: Prosiguió Incora su actuación con el propósito de adquirir el inmueble a fin de asentar en él a las personas a quienes atribuyó la calidad de aparceros, y como quiera que el entonces propietario, DANIEL PABON ESTRADA, no conviniera dar en venta a Incora su mencionada propiedad, esta Entidad decretó expropiación de la mayor parte del inmueble, a términos de la Resolución 2175 de 1972, de la Gerencia General, la cual fue aprobada por la Junta Directiva, en cumplimiento de exigencia legal.

"SEXTO: La resolución expropiatoria que acabo de indicar, viene fundada en el artículo 59 bis de la Ley 435 de 1961, en razón de que el propósito del Instituto es el señalado en esa norma legal, o sea dotar de tierras propias a los aparceros de la Finca 'El Trapiche'.

"SEPTIMO: La resolución expropiatoria finalmente quedó ejecutoriada, por lo que, INCORA procedió a cumplir lo que en ella viene ordenado. Es así como, en la actualidad, la finca 'El Cedro' o 'El Trapiche' de que se viene hablando, se encuentra bajo proceso de expropiación que Incora propuso ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó, al cual fue convocado entonces, Daniel Pabón Estrada, y hoy lo suceden en el proceso, sus herederos y su cónyuge.

"OCTAVO: En el proceso mencionado no ha tenido aún lugar la entrega material del inmueble a la entidad actora; la posesión la tiene aún la parte demandada:

"NOVENO: Entre tanto fue expedida la Ley 6ª de 1975, sobre aparcería, y entre sus decretos reglamentarios, el distinguido bajo el Nº 135 de 1976; se consagró en el artículo 29 de la citada ley el derecho a obtener la desafectación de las propiedades rurales intervenidas por Incora con fundamento en el artículo 59 Bis de la Ley 135 de 1961, y en el decreto reglamentario están señaladas las condiciones para el ejercicio del derecho, y las providencias que Incora debe tomar.

"DECIMO: Es así como mis mandantes se dieron a la tarea de celebrar contratos de aparcería regulados por la Ley 6ª de 1975, llenando en el punto los requisitos de fondo y forma, previstos en la citada ley, artículo 26, y sus decretos reglamentarios 2813 de 1975 y 135 de 1976, atendiendo, de otra parte, la prelación ordenada en el parágrafo 1º del artículo 2º, de este último decreto.

"DECIMO PRIMERO: Elevaron luego, solicitud al señor Gerente del Incora, acompañada de copia auténtica de los contratos, en número de 26 celebrados con los aparceros de entonces, acompañada de certificación de propiedad expedida por la Oficina de Registro, para demostrar que el dominio no ha pasado aún a Incora, como también de declaraciones extrajuicio tendientes a hacer ver a Incora, que algunas de las personas declaradas como aparceros, ya no estaban en el inmueble.

"DECIMO SEGUNDO: La solicitud de desafectación resultó imprósperа; la desató la Junta Directiva del Incora por medio de Resolución Nº 106 de junio de 1977, endilgándole el cargo de extemporaneidad. 'Consideró Incora que la oportunidad para solicitar la desafectación de las tierras ha precluido'.

"*DECIMO TERCERO*: La resolución anterior fue notificada personalmente el día veintiocho (28) de julio de 1977". (Termina cita de los hechos de la demanda).

Como normas violadas se citaron: artículo 29 Ley 6ª de 1975; 1º del Decreto Reglamentario 135 de 1976 y artículo 456 del Código de Procedimiento Civil.

Admitida la demanda y tramitado el juicio conforme a la ley, sin que se observe causal de nulidad que afecte lo actuado, se procede a dictar sentencia previas las siguientes consideraciones:

II. El concepto fiscal

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal Segunda de la Corporación, conceptúa así:

"El artículo 1º del Decreto 135 de 1976, mencionado antes dice textualmente: 'En cualquier etapa del trámite de adquisición de tierras, bien sea en la puramente administrativa, o en la contencioso administrativa y aún dentro del proceso de expropiación, antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación y aún en el caso de que hubiera habido entrega anticipada del inmueble, deberá procederse por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, a la desafectación de las tierras cuya adquisición hubiese decretado para los fines contemplados por él a título 59 bis de la Ley 135 de 1961, cuando se acredita el cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo siguiente".

"Ya se ha dicho por esta Fiscalía que para conocer el término dentro del cual, el propietario de un predio afectado por el INCORA, pueda pedir su desafectación, es necesario esclarecer que quiso el gobierno en su decreto reglamentario, cuando autoriza la desafectación, aún dentro del proceso de expropiación, *'antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación...'*, providencia que no existe, ni es necesario proferirla dentro del proceso de expropiación, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil actual.

"Y se ha concluido que cuando el decreto reglamentario habla de 'providencia que decrete la adjudicación', hay que entender que se trata del acta de la diligencia de entrega en la cual debe ir inserta la parte resolutiva de la sentencia que decreta la expropiación y que le sirve de título de dominio al demandante. Hasta esa oportunidad puede pedirse la desafectación del predio, de conformidad con la Ley 6ª de 1975, y su Decreto Reglamentario Nº 135 de 1976.

"Este criterio de la Fiscalía fue acogido por la corporación en sentencia de febrero 15 del presente año, en el proceso instaurado por GONZALO VALENCIA RIOS y OTROS, expediente Nº 2274.

"En consecuencia, debe aceptarse que si los demandantes hicieron la solicitud de desafectación, cuando aún no se había cumplido la diligencia de entrega, tenían derecho a que por el INCORA se les resolviera su petición.

"Como la resolución aquí demandada negó dicha petición por extemporánea, debe el Consejo de Estado declarar su nulidad, y en

su lugar ordenar que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria tramite y decida la solicitud de desafectación, teniéndola como oportunamente presentada".

III. Los alegatos de las partes

A. *La parte demandante*: Dice el procurador judicial del actor, en lo pertinente:

Sinembargo, en mi concepto, la norma (sic) reglamentaria transcrita en el aparte anterior, no permite la interpretación que de ella hiciera INCORA en el acto demandado, por las razones siguientes:

El límite, en el tiempo, para el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, es, según el texto, la ejecutoria de la providencia que decreta la adjudicación, dentro del proceso de expropiación. Ocurre, sin embargo, que en el actual Código de Procedimiento Civil, no está contemplada una providencia de esa clase, la cual fue propia del proceso expropiatorio en el código anterior (artículo 858 Código Judicial), en el cual sí estaba prevista la sentencia de adjudicación, y ésta constituía precisamente el título de dominio que debía inscribirse en la oficina de registro.

"Cuál, entonces, la inteligencia que ha de dispensarse al inciso 1º artículo 1º del Decreto 135 de 1976, en el punto materia de la divergencia.

"A mi entender, la oportunidad para ejercitar airosamente el derecho consagrado en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, subsiste mientras Incora no tenga un Título de dominio del inmueble afectado, título que, en el anterior régimen procesal consistía en la sentencia de adjudicación (artículo 858 Código Judicial), y que en el actual los conforman dos (2) piezas procesales, a saber: la sentencia de expropiación ejecutoriada junto con el acta de entrega, como de manera indiscutible está previsto en el artículo 456 del Código de Procedimiento Civil.

"Por tanto, la sentencia de expropiación es solamente una parte del título de dominio, pero no es el título mismo; ningún derecho a obtener tradición del dominio del inmueble expropiado surge para la entidad demandante, de la sentencia; es como si mediara solamente una posibilidad de llegar a poseer un título; la ley ha previsto que el título de dominio supone la realización de dos actos Sentencia ejecutoriada y entrega; por tanto mientras tales actos no se hayan realizado en su totalidad, el derecho al título no se ha alcanzado.

"III. En el caso sometido o composición por ante el Honorable Consejo de Estado, el inmueble 'EL TRAPICHE', está bajo un proceso de adquisición decretado para los fines previstos en el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961 (Antecedentes Administrativos, Resolución A-00063-a, de septiembre 8 de 1968); proceso que se encuentra en la etapa judicial en virtud de la demanda propuesta por Incora, ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Yolombó. En trámite está ya en etapa judicial y en el proceso hay sentencia de expropiación ejecutoriada, pero no ha tenido lugar aún la diligencia de entrega material del inmueble como lo Certifica el Juzgado del conocimiento

(Cuaderno Nº 3, punto 3 del Certificado). O sea que, Incora hasta hoy no tiene en su derecho el título de dominio de la finca 'EL TRAPICHE', afirmación esta que respaldó en el artículo 456 ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil.

"No disponiendo entonces del título de dominio, Incora no podía legalmente desatender la solicitud de desafectación que formulara la propietaria de la Finca el 'TRAPICHE' (sic), fundada en el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975. Es por ello por lo que se acusa la Resolución 106 de 1977, emanada de la junta directiva, de haber quebrantado la norma legal antes citada, como también el artículo 1º del Decreto 135 de 1976, al igual que el ordinal 2º del artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, violaciones en que la administración incurrió al declarar caducada la oportunidad para ejercer el derecho de desafectación, caducidad que no ha sobrevenido, repito, por no tener Incora, hasta el momento título alguno de dominio sobre el inmueble cuya desafectación se pretende.

"Incora interpretó en forma equivocada el primer inciso del artículo 1º del Decreto 135 de 1968, al entender que cuando el decreto se refiere a la ejecutoria de la providencia de adjudicación dentro del proceso de expropiación hace referencia a la sentencia de expropiación: y por este camino equivocado llegó a violar el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, negándole al particular el derecho allí consagrado, como también el desconocimiento del artículo 456.2, del Código de Procedimiento Civil, en el cual claramente está previsto que al título de dominio para la entidad demandante lo constituyen los dos actos tantas veces indicados —Sentencia Ejecutoriada y Acta de entrega—.

"A mi juicio, el verdadero sentido de la norma reglamentaria no puede ser otro que el de que la caducidad allí regulada tiene lugar cuando Incora disponga del título del dominio del inmueble afectado por la expropiación".

B. *EL INCORA.* Dice su apoderado:

"Es incuestionable que el proceso se concreta a resolver si el INCORA, a la luz de las normas de derecho citadas, tiene o no competencia para decretar la desafectación de un predio, una vez que ha precluido el proceso administrativo con la resolución de expropiación ya ejecutoriada y sin *que se hubiera interpuesto* por el interesado el grado de *jurisdicción* por consulta ante el Tribunal Administrativo competente y cuando de otra parte ya hay proceso judicial de expropiación y además existe sentencia expropiatoria de primera y segunda instancias y ellas se hallan legalmente ejecutoriadas.

"Se trata, pues, de la interpretación del alcance de las normas legales aplicables al caso y de su aplicación correcta en derecho.

"Como bien lo dice el Honorable ponente en la providencia admisoria: 'En verdad, en el proceso de expropiación, no hay una providencia especial que decrete la adjudicación del inmueble, que es la expresión utilizada por la ley, de donde surgen como respetables varias interpretaciones por lo menos en principio y entre ellas, tanto las sostenidas por el Incora, como la expuesta por la demandante' ".

"II. Antecedentes del texto de la norma

"En verdad, ni la Ley 135 de 1961, ni las que la reglamentan, ni el Código de Procedimiento Civil vigente contienen norma alguna que utilice el término: 'Providencia que decrete la *adjudicación* del inmueble', como lo expresa el Decreto 135 de 1976, artículo 1º, que dice:

"En cualquier etapa del trámite de adquisición de tierras, bien sea en la puramente administrativa y aún dentro del proceso de expropiación, antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación y aún en el caso de que hubiera habido entrega anticipada del inmueble, deberá procederse por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria a la desafectación de las tierras cuya adquisición hubiese decretado, para los fines contemplados por el artículo 59 bis de la Ley 135 de 1961, cuando se acreditó el cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo siguiente".

"La primera e indudable conclusión que se desprende del texto legal, es la de que la desafectación tan solo es viable hasta 'antes de que se encuentra ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación'; a contrario *sensu*, no es viable cuando ya está ejecutoriada dicha providencia. Procede ahora preguntarnos: Cuál es la providencia que decreta la adjudicación del inmueble el INCORA?

"Hemos encontrado como antecedente de suma importancia al respecto, el texto del artículo 858 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), el cual aparece tuvieron a la vista los autores del Decreto 135 de 1976, el cual expresa en el título XXV- Expropiaciones:

"Hecho y aprobado el avalúo y consignado el precio en el juzgado, el juez dicta *sentencia de adjudicación* de bienes a favor del demandante, la que debe inscribirse en el libro o libros de registro correspondientes".

"No cabe pues, duda alguna, que el legislador utilizó aquí el término 'adjudicación', como sinónimo del de 'expropiación', mucho más es ello evidente si se observa que los artículos 856 y 857 de la misma obra utilizan el término 'sentencia de expropiación', al referirse a la misma providencia que el artículo 858 califica como 'sentencia de adjudicación'.

"Sirva pues, este importantísimo antecedente para evidenciar cómo en una interpretación jurídica del texto legal, surge como de lógica elemental que al referirse el Decreto 135 de 1976 a la 'providencia que decreta la adjudicación', se está refiriendo a la misma 'sentencia de expropiación', y en verdad, ello parece incuestionable, toda vez que de no ser así, cabría preguntarse: Es que existe alguna otra providencia, dentro del proceso de expropiación que adjudique el bien expropiado al demandante? La respuesta necesariamente es *NO* No existe otra a la cual siquiera vagamente pudiera atribuírsele esa cualidad de adjudicar los mismos sino a la misma sentencia de expropiación.

"Esta tesis aparece aún más jurídica, si además se tiene en cuenta que la misma Resolución 106 de 1977, acusada, reproduce en su parte motiva textualmente, los artículos 1º y 2º de la sentencia de Expro-

piación de segunda instancia, del H. Tribunal Superior de Medellín y que dice:

"La sentencia de primera instancia quedará así:

"1º Decrétese la expropiación de parte del predio EL TRAPICHE O EL CEDRO, ubicado en el Municipio de YOLOMBO, perteneciente a DANIEL ANTONIO PABON ESTRADA, zona que se identifica de la siguiente manera: ...".

"2º El Instituto Colombiano de Reforma Agraria pagará la porción que se le *adjudica,* de la siguiente manera: ..." (Subrayado del apoderado del Incora).

Tenemos pues, que el Tribunal Superior de Medellín consigna en la sentencia el término: "que se le *adjudica"* como parte integrante del decreto de expropiación, es decir, es esa providencia la que jurídicamente adjudica los bienes expropiados al demandante, o dicho de otra manera, para el H. Tribunal de Medellín el texto de la sentencia de expropiación al expresar: "lo que se expropia", hecho que unido al anterior nos está corroborando, que es lo jurídico, considerar que la sentencia de expropiación es la misma y única providencia que adjudica los bienes expropiados al demandante.

"III. La desafectación respecto de la entrega

"Pretende el actor que el artículo 29 de la Ley 6ª de 1975 permite la solicitud de desafectación, hasta antes de que se haya verificado la entrega definitiva del inmueble al INCORA y mientras no se haya registrado la sentencia de expropiación.

"No puede prosperar tal proposición, por las siguentes razones:

"a) La norma legal invocada, jamás por parte alguna consagra tales eventos sino que ellos son pura y simple especulación del demandante. El artículo 29 de la Ley 6ª de 1975, se limita a expresar que se podrá obtener la desafectación de los inmuebles 'que se encontrare en proceso de adquisición'.

"De otra parte, el artículo 1º del Decreto 135 de 1976, establece que procederá la desafectación" antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decrete la adjudicación (ya vimos cómo es la misma sentencia de expropiación) que en primera y segunda instancias se hallaban ejecutoriadas, cuando se hizo la solicitud de desafectación.

"b) Agrega además la norma citada que 'aún en el caso de que hubiere habido entrega anticipada del inmueble'.

"Una interpretación lógica y sana de su texto, conduce a que la desafectación procederá aunque se haya practicado entrega anticipada del inmueble, es decir, que a contrario *sensu,* no procede cuando se ha verificado la entrega definitiva, pero que de todas formas no procede jamás, cuando ya está ejecutoriada la sentencia de expropiación, es decir, la providencia que adjudica el bien expropiado. Lo demás, sobre lo que procede aún hasta el registro de la sentencia, tampoco está consignado en la norma y tan solo se trata de especulaciones fantansiosas al respecto".

IV. Para resolver se considera

Sobre la cuestión a dilucidar en esta *litis,* dijo recientemente esta Sala:

"Ya, en el fondo, alega el señor apoderado del Incora que la expresión *'antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decreta la adjudicación'* que en los términos del Decreto 135 de 1976 señala el término preclusivo para pedir la desafectación del predio con base en la explotación por medio de contratos de aparcería de que trata la Ley 6ª de 1975, ha de entenderse referida 'a la providencia que debía registrarse y servía de título de dominio al *expropiante;* para indicar, la providencia —sentencia— que en actual ordenamiento jurídico de la expropiación, se registra y sirve de título de dominio, esto es la sentencia de expropiación', con la que habría que denegar las peticiones de la demanda por haber sido extemporánea la solicitud de *desafectación.*

"No lo piensa así la Sala. No existiendo en la reglamentación actual del juicio de expropiación, las dos sentencias que existieron en el antiguo Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931) hay que atender, dentro del actual procedimiento, que acto o diligencia cumpla igual o similar objetivo al que entonces cumplía la 'sentencia de adjudicación' en el viejo procedimiento.

"La sentencia de adjudicación, como lo dice el señor Fiscal, constituía el título traslaticio de dominio y frente a ella debía cumplirse o consumarse el 'modo' de la tradición mediante la inscripción en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, conforme al artículo 854 y siguientes del estatuto.

"En el actual Código de Procedimiento Civil, conforme al artículo 456, consignado el valor del pago o indemnización, se entregarán los bienes apropiados, mediante *'Acta de Entrega'* que conjuntamente con la sentencia de expropiación sirva *'de título de dominio'* que debe registrarse en la oficina respectiva.

"Y mientras esta diligencia de entrega no se haya consumado es oportuna la solicitud de desafectación ante el Incora, por lo que habrá de anularse la resolución acusada y disponerse que dicho Instituto la tramite y decida como oportunamente presentada". (Termina cita de la sentencia de febrero 15 de 1979. Expediente 2274. Actor: GONZALO VALENCIA RIOS).

El argumento del señor apoderado del INCORA sobre la interpretación retrospectiva de las normas sobre el proceso de expropiación actualmente vigentes, tomando como guía el artículo 858 del Código de Procedimiento Civil derogado (Ley 105 de 1931), no sirve a los fines deseados por el distinguido profesional y, por el contrario reafirma las bases de la tesis sentada por esta corporación.

En efecto, conforme al artículo 858 comentado, *"la sentencia de adjudicación"* era el título de dominio que complementado con el modo de "la tradición", consumaba la expropiación con el cambio definitivo de propietario.

En cambio, hoy, frente al artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, no hay duda de que la sentencia de expropiación no es el

título de dominio sino apenas parte de él, pues sólo complementado con el "acta de entrega", configura el *"Título del domine"* que unido al modo de "la tradición" o registro, consuma la expropiación, el cambio de propietario y es ésta la oportunidad en que se opera la perención frente a la facultad de pedir la desafectación en los términos de los artículos de la Ley 6ª de 1975 y el Decreto Reglamentario 135 de 1976.

Como la razón fundamental de la Resolución Nº 105 de 30 de junio de 1977 es la de que "de lo anterior, y del texto del artículo 1º del Decreto 135 de 1976 transcrito, se deduce claramente que la oportunidad para solicitar la desafectación de las tierras ha precluido" habrá de anularse, para que el INCORA entre a tramitar la petición de desafectación, como oportunamente presentada y a decidirla en el fondo.

Obviamente, por lo anterior, habrán de ser denegadas las restantes peticiones del libelo inicial del litigio, pues la decisión de fondo no corresponde, por ahora a esta corporación sino al INCORA.

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

Falla:

Primero. ES NULA la Resolución Nº 105 de treinta de junio de mil novecientos setenta y siete emanada de la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por el cual se denegó, por extemporánea, la solicitud de desafectación del predio rural "EL TRAPICHE" o "EL CEDRO", ubicado en el Municipio de Yolombó, Antioquia.

Segundo. EL INCORA procederá a tramitar y decidir la petición de desafectación referida como oportunamente propuesta.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, Osvaldo Abello Noguera.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

REVOCACION DE ACTOS ACUSADOS. — Fallo inhibitorio en tratándose de acción de simple nulidad y fallo de fondo frente a actos que crean situaciones jurídicas individuales que se ventilen mediante acciones de plena jurisdicción.

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

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 2980. Actora: Sociedad Holanda Ltda.

La Sociedad "HOLANDA LIMITADA", domiciliada en Fundación (Magdalena), en acción de plena jurisdicción y por conducto de apoderado demandó la nulidad de la Resolución Nº 001 de 24 de octubre de 1977, expedida por la Seccional Magdalena del Insituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —Inderena—, por la cual se dispuso la suspensión de los trabajos de canalización que la actora estaba realizando en la Hacienda "Holanda". También solicitó el restablecimiento del derecho violado, que hizo consistir en el levantamiento de la orden de suspensión de dichos trabajos.

Mediante escrito presentado el 16 de noviembre de 1977 ante la Seccional Magdalena del Inderena, la actora interpuso en oportunidad legal el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación contra la resolución acusada, sin que hasta el 22 de septiembre de 1978, fecha en que fue presentada la demanda en esta corporación, hubieran sido resueltos tales recursos, por lo cual la sociedad actora, para iniciar la acción, dio por establecido que ellos fueron denegados y que, por tanto, se había producido el fenómeno jurídico del silencio administrativo.

Mas acontece que el Inderena se constituyó en parte impugnadora y al descorrer el traslado para alegar de conclusión hizo la manifestación de que el acto demandado había sido revocado en todas sus partes por medio de la Resolución Nº 002 de 19 de febrero de 1979, dictada por el mismo funcionario que la profirió. Al efecto acompañó copia autenticada de la resolución que hizo la revocatoria (folio 34), con la constancia de haber sido notificada a la sociedad demandante.

Al emitir su concepto de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación hace referencia a la mencionada revocación y expresa que como el acto materia de la controversia ha desaparecido de la vida jurídica, no es el caso de hacer ningún pronunciamiento de mérito.

Consideraciones de la Sala

En el caso de autos la providencia acusada carece de existencia jurídica, en atención a que al ser resuelto el recurso de reposición que

contra ella se interpuso durante la vía gubernativa fue revocada en todas sus partes por la Resolución número 002 de 19 de febrero de 1979, originaria de la Seccional Magdalena del Instituto Nacional de los Recursos Naturales y del Ambiente.

En tratándose de una acción de simple nulidad, lo anterior daría lugar a que se profiriera un fallo inhibitorio, por la potísima razón de que, al sobrevenir la revocación, se restablece el orden jurídico que en abstracto se estimó vulnerado. Evidentemente, si lo que se persigue a través de una acción de nulidad contra determinado acto es la defensa del orden legal y ese acto resulta revocado por la administración, sobra toda decisión jurisdiccional, sin necesidad de estimar los efectos que haya podido producir.

Muy distinto es el caso de los actos que crean situaciones jurídicas de carácter individual, que se ventilen mediante acciones de plena jurisdicción, frente a los cuales la revocación que sobre ellos recaiga, desde luego con efectos hacia el porvenir, reclama el pronunciamiento de fondo y el consiguiente restablecimiento del derecho violado.

Sin embargo, sucede en la presente acción de plena jurisdicción que la resolución que inicialmente dictó la Seccional Magdalena del Inderena no fue un acto ejecutorio. Primero, porque oportunamente se interpusieron contra ella los recursos procedentes en la etapa gubernativa. Y, en segundo término, porque fue revocada al resolver uno de los recursos. Esta circunstancia especialísima impidió que la resolución tuviera eficacia y hace que su existencia solamente se la pueda aceptar como necesaria para, mediante el silencio administrativo, poder instaurar la acción. En este sentido se considera que el acto revocado no existió y que, por lo mismo, no pudo generar ningún efecto.

En este orden de ideas, debe convenirse en que la revocación que la administración le impartió a la resolución cuestionada al decidir el recurso de reposición determina el que no sea procedente hacer un pronunciamiento de mérito.

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 fiscal, se declara inhibido para hacer pronunciamiento de fondo.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis de julio de mil novecientos setenta y nueve.

Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

VIA GUBERNATIVA. — La necesidad del agotamiento previo de la vía gubernativa para acudir a esta jurisdicción especial, es un requisito establecido por la ley con el ánimo de que la administración analice los reparos que tenga el particular contra sus actos, antes de que aquéllos le sean dados a conocer a quien compete juzgarlos, para que de esa manera los funcionarios oficiales tengan la oportunidad de enmendar por sí mismos los quebrantos del orden jurídico en que hubieren podido incurrir.

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

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 3671. Apelación Interlocutorios. Actor: Herminia Rodríguez de Acosta.

Mediante auto de 8 de mayo del año en curso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la admisión de la demanda presentada en acción de plena jurisdicción por la señora HERMINIA RODRIGUEZ DE ACOSTA, por medio de apoderado, contra la Resolución Nº RPJ-126 de 15 de noviembre de 1978, dictada por la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia, "por la cual se hace un reajuste pensional de conformidad con la Ley 4ª de 1976". Contra dicho auto se interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, siendo negado el primero y concedido el segundo para antes esta corporación, donde luego de tramitarse en forma debida se procede a resolver previas las siguientes

Consideraciones

En providencia aprobada en Sala del día 10 de agosto de 1979 con ponencia del doctor Samuel Buitrago Hurtado y en caso idéntico al presente dijo la Sala:

"En primer término debe consignar la Sala su inconformidad con el hecho de que la demanda haya sido presentada en un memorial fotocopiado, en el que simplemente el abogado se ha limitado a llenar los espacios en blanco de un molde o modelo, en forma mecánica, que le resta ciertamente seriedad a un acto de tal trascedencia como es la demanda con que se inicia un juicio y que, de otra parte, riñe con el respeto debido a la Administración de Justicia".

"La negativa del Tribunal obedeció al hecho de que en parte alguna de los documentos presentados con la demanda aparece que el recurso de apelación se hubiese intentado contra el acto acusado y el

procedimiento Gubernativo para esta clase de resoluciones, termina con el recurso de apelación. Para ocurrir en demanda ante lo contencioso administrativo dice el Tribunal, es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el 18 del Decreto 2733 de 1959, lo que se entiende cuando los actos o providencias respectivas no son susceptibles de los recursos de reposición o apelación o éstos se han decidido, o finalmente, cuando la administración pierde su competencia para decidir por haberse presentado el fenómeno jurídico del silencio administrativo".

"De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 18 del Decreto 2733 de 1959, 71 y 82 de la Ley 167 de 1941, no es admisible el recurso contencioso administrativo contra actos que siendo apelables en la vía gubernativa, no lo fueron en tiempo y forma".

"Para que un acto administrativo pueda ser susceptible de demanda es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que se entiende, dice el artículo 18 del citado decreto ley, 'cuando las providencias o actos respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo decimotercero, o estos recursos se han decidido'. Los recursos a que se refiere la norma en cita son los de reposición y apelación, aclarándose en el artículo 15 del mismo decreto que el primero 'no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, pero se establece de manera clara y precisa en el artículo 14 que de uno y otro recurso ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto, o de quince días contados desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial para el caso previsto en el parágrafo primero del artículo undécimo' ".

"La necesidad del agotamiento previo de la vía gubernativa para acudir a esta jurisdicción especial, es un requisito establecido por la ley con el ánimo de que la administración analice los reparos que tenga el particular contra sus actos, antes de que aquéllos le sean dados a conocer a quien compete juzgarlos, para que de esa manera los funcionarios oficiales tengan la oportunidad de enmendar por sí mismos los quebrandos del orden jurídico en que hubieren podido incurrir".

"En el caso presente aparece de modo claro que en el acto acusado se le advirtió al interesado la procedencia de los recursos de reposición y apelación ante el Director de la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia y ante el Consejo Directivo de la misma, dentro de los cinco días siguientes hábiles al de la notificación, pero de ninguno de ellos se hizo uso, pues, por el contrario, se expresó la aceptación de la providencia por el interesado, en el momento de su notificación".

Así las cosas, la providencia apelada será confirmada.

Y en tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

CONFIRMAR la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 8 de mayo de 1979.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada el día 24 de agosto de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

INSUBSISTENCIA DE PERSONAL DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. — La anotación de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del funcionario no es un requisito indispensable para la validez del acto de desvinculación, y su ausencia, no puede conducir a su nulidad. Ratificación de la doctrina contenida en los procesos de María Francisco González Quevedo, Rosalba Mojica de Perilla y Pedro Manuel Ospina Andrade.

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

(Consejera ponente: *Doctora Aydeé Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 2193. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Alberto Correa Ramírez y otros.

LUIS ALBERTO CORREA RAMIREZ Y OTROS, por conducto de apoderado, instauraron demanda de plena jurisdicción ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que, previos los trámites legales pertinentes, se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que son nulas las Resoluciones Nºs 090, 103, 110, 132, 138, 148, y 169 de abril, mayo, junio, julio y agosto de 1976, proferidas por el señor Gerente de la Caja de Vivienda Militar, por medio de las cuales de declaró insubsistente el nombramiento de mis poderdantes a partir del 1º, 22 de mayo; 1º de junio; 1º, 28 de julio y 9 de agosto de 1976, respectivamente, de los cargos que desempeñaba cada uno de ellos en dicha entidad".

"SEGUNDA. Que como consecuencia de la nulidad impetrada y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Caja de Vivienda Militar, establecimiento público descentralizado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, con domicilio en el Distrito Especial de Bogotá, reintegrar a todos y cada uno de mis poderdantes a los cargos que venían ocupando o a otros de igual o superior categoría, y reconocerles y pagarles los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios, y demás emolumentos que de manera permanente correspondan a los cargos desde el 1º de 22 de mayo, 1º de junio, 1, 28 de julio y 9 de agosto de 1976, respectivamente, hasta el día en que efectivamente sean reintegrados al cargo que venían ocupando, a lo cual se dará cumplimiento dentro del término de 30 días previstos en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

"TERCERA. Que se declare que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación Colombiana por todos

y cada uno de mis poderdantes, para efectos relacionados especialmente con prestaciones sociales".

Los hechos en los cuales se basan las peticiones anteriores, son los siguientes:

"1. Los señores, LUIS ALBERTO CORREA RAMIREZ, ABEL PARRADO DIAZ, HERNANDO MARTINEZ LOPEZ, GILBERTO FRANCO MILLAN MURCIA, JOSE ALONSO LAMPREA RAMIREZ, JOSE RAMON GONZALEZ Y ANTONIO BELTRAN BELTRAN, entraron a prestar sus servicios a la Caja de Vivienda Militar, el 26 de abril de 1967, 27 de agosto de 1964, 17 de mayo de 1961, 16 de mayo de 1962, 1º de agosto de 1969, 11 de marzo de 1964 y 1º de julio de 1961, respectivamente, mediante nombramiento que les fuera hecho en los cargos de los cuales tomaron posesión en legal forma".

"2. Mediante Resoluciones distinguidas con los Nºs 090, 103, 110, 132, 138, 148 y 169 de abril, mayo, junio, julio y agosto de 1976, el señor Gerente de la Caja de Vivienda Militar, resolvió declarar insubsistente el nombramiento a todos y cada uno de mis poderdantes del cargo que venía desempeñando cada uno de ellos, a partir del 1, 22 de mayo; 1º de junio; 1, 28 de julio y 9 de agosto de 1976, respectivamente, sin expresar razón alguna en las mencionadas providencias para tomar dicha determinación".

"3. La causa que ocasionó la declaración de insubsistencia de mis representados, aun cuando no se dijo nada de ella en las resoluciones, fue el hecho de haber demandado ejecutivamente por la vía laboral a la Caja de Vivienda Militar, (a pesar de estar autorizados para ello por el señor Jefe de Personal de dicha entidad), a fin de que por estos medios se obtuviera coercitivamente el pago de los suplementos salariales que les había reconocido el H. Consejo de Estado mediante sentencia de 24 de septiembre de 1973".

Las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 9 a 13 del informativo.

Surtido el trámite de la primera instancia, el Tribunal del conocimiento en un denso e interesante estudio, llegó a la conclusión de que debían prosperar las súplicas de la demanda, con apoyo, además en el criterio expuesto por esta Sala en una sentencia cuya ponencia fue elaborada por el Magistrado doctor Alvaro Orejuela Gómez, pero que después fue recogido en fallos recaídos en los procesos de María Francisca González Quevedo, Rosalba Mojica de Perilla y Pedro Manuel Ospino Andrade, se dijo:

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

existencia y validez de la decisión administrativa. 'De otra parte, es pertinente agregar que 'la constancia' no hace parte del acto administrativo, ni de su trámite previo y en tal virtud, no se ve como pueda influir en su existencia, validez y eficacia. Si la ley considera la 'constancia' como elemento esencial para la existencia de la decisión administrativa de insubsistencia, así lo hubiera expresado y por el contrario, hubiera omitido la expresión 'sinembargo, deberá dejarse constancia...', que denota formalidades subordinadas. 'Además, si así no fuera, la sola circunstancia de no enviar la hoja de vida autenticada o no, al Departamento Administrativo del Servicio Civil como se ordena en el parágrafo 1º del artículo 25 del mismo texto, también daría lugar a la nulidad del acto por medio del cual se declara la insubsistencia del respectivo empleado, tanto más si se tiene en cuenta que éste último constituye una actuación posterior a la expedición del acto administrativo propiamente dicho. En consecuencia, este despacho considera que la omisión de la constancia en la hoja de vida no es causa eficiente para declarar la nulidad del acto acusado' ".

"No obstante la claridad de los conceptos contenidos en la sentencia que se transcribe considera la Sala oportuno formular otras observaciones que confirman la anterior jurisprudencia. En términos generales puede afirmarse que las causales de nulidad del acto administrativo deben ser anteriores o coetáneas al mismo. Así por ejemplo, la expedición irregular significa el desconocimiento de las reglas o del procedimiento previamente establecido para la validez del acto. Lo mismo puede predicarse del vicio de abuso de poder que implica falta de competencia o extralimitación de las funciones del agente, o la desviación de poder determinada por error en los motivos o falsa motivación. Son todas circunstancias que deben proceder a la actuación administrativa o coexistir con ella; pero expedido un acto sin que medie ninguna circunstancia capaz de anularlo, no es concebible que la omisión de requisitos que la norma legal establece para su cumplimiento posterior sean suficientes para retrotraer la situación e invalidar la actuación cumplida dentro de un marco de estricta legalidad".

A lo anterior, la Sala se permite agregar lo expresado por la señora Fiscal Quinta de la Corporación en el concepto de folios 181 a 184 en el cual hace un estudio cuidadoso y exhaustivo de los puntos que son materia de la controversia para terminar que frente a la sentencia proferida por esta corporación y en la cual fue ponente el H. Consejero doctor Ignacio Reyes Posada, antes transcrita, la Fiscalía no tendría nada más que agregar. Y como por otra parte la Sala al estudiar nuevamente los puntos a que se contrae la sentencia aludida y no obstante que las tesis expuestas por el señor apoderado de los demandantes son respetables y le merecieron un cuidadoso examen de las mismas, ha llegado a la conclusión de que pese a que son muy interesantes, no es el caso de cambiar la doctrina sentada en los fallos que dicho procurador judicial cita y que fueron en parte transcritas en esta providencia.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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:

REVOCASE la sentencia apelada proferida en este juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 5 de septiembre de 1977 y en su lugar se RESUELVE:

NIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 26 de julio de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, (salvó el voto); *Ignacio Reyes Posada.*

Alvaro Soto Angel, Secretario.

INSUBSISTENCIA DE PERSONAL DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. LA FALTA DE CONSTANCIA ACARREA NULIDAD. (SALVAMENTO DE VOTO). — Es cierto que la constancia "a que se refiere el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, en relación con el hecho y las causas que motivan la insubsistencia, es un requisito que la ley establece para el cumplimiento posterior del acto expedido".

La consecuencia de la omisión a que alude la norma antes citada, se encuentra estatuido en el Art. 61 del mismo Decreto Ley 2400 de 1968, según el cual "serán nulos todo nombramiento o providencia relacionados con el personal que se hicieron en contravención a las disposiciones de este decreto".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre quince de mil novecientos setenta y nueve.

Referencia: Juicio Nº 2198.

Con el respeto y consideración que me merecen las opiniones de los consejeros que integran la sección segunda del Consejo de Estado, debo separarme de la decisión contenida en la sentencia del 16 de agosto del año en curso, aprobada por la mayoría de la Sala, por medio de la cual se revocó el fallo apelado proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el día 5 de septiembre de 1977.

Para consignar mi salvamento de voto a la anterior sentencia, debo, en primer término, reiterar, las razones que llevaron a esta misma sección segunda del Consejo, a acoger los pedimentos de la demanda, en la sentencia dictada con fecha 12 de julio de 1976, con ponencia del suscrito consejero, en el juicio instaurado por el señor Héctor Manuel Barragán Collazos y en la cual se expresó lo siguiente:

"Finalmente, el mismo funcionario por orden del Tribunal, contenida en los oficios de folios 62 y 78 envió, en fotocopia algunos de los documentos, en donde al revisar cuidadosamente cada uno de ellos se verifica que en el informativo no dejó constancia de hecho alguno ni de las causas que ocasionaron la declaración de insubsistencia de que se trata, en contravención al terminante mandato del citado artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 que impone hacerlo en casos como el *sub lite*.

"Para la Sala esta exigencia legal no debe estimarse como una simple formalidad de orden secundario o puramente interno que los funcionarios directivos puedan cumplir o dejar de cumplirla *ad libitum*, sin consecuencia alguna. Porque el espíritu de la Reforma Administrativa de 1968, aún para los empleados vin-

culados en sus relaciones laborales a la administración, que no están amparados por algún status de la carrera administrativa, fue el de suprimir o acabar con el capricho o la arbitrariedad, hasta entonces reinante, por parte de los superiores jerárquicos en materia de elección o remoción de empleados, atendiendo, ante todo, la eminente razón de que el buen servicio público prime dentro de esa facultad, como también la selección del personal subalterno en el desempeño de cargos oficiales, con amplia tradición de idoneidad y pulcritud, lo cual no se consigue sino con la anotación cuidadosa y cierta de toda novedad laboral que se presente en la hoja de vida de cada uno de los servidores públicos. En síntesis, la norma del artículo 26 en mención, tácitamente establece que siempre habrá de existir un motivo para la declaración de insubsistencia, la cual necesariamente deberá figurar en la respectiva hoja de vida, pues, de lo contrario, sobraría esta última exigencia.

"Acerca de la importancia de la hoja de vida y el alcance de sus anotaciones, así como su registro en el Departamento Administrativo del Servicio Civil, tratan los artículos 106, 133 y 170 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973".

Aunque ciertamente, con posterioridad al fallo en mención, la misma Sala modificó su criterio en relación con las tesis planteadas en él, considero pertinente referirme a los argumentos que allí se expusieron y que ahora se ratifican por medio de la sentencia pronunciada en el presente negocio, al reproducir textualmente uno de los fallos que han decidido, por mayoría, las peticiones de la demanda.

Sostienen los miembros mayoritarios de la Sala que "si la ley permite la remoción del empleado sin consignar su fundamentación en el acto jurídico y no es anulable por esta causa, mal puede serlo por no dejar una constancia que no aparece establecida como trámite previo para la existencia y validez de la decisión administrativa". Y añade: "De otra parte, es pertinente agregar que 'la constancia' no hace parte del acto administrativo, ni de su trámite previo y en tal virtud, no se ve cómo puede influir en su existencia, validez y eficacia. Si la ley considera la 'constancia' como elemento esencial para la existencia de la decisión administrativa de insubsistencia, así lo hubiera expresado y por el contrario, hubiera omitido la expresión 'sin embargo, deberá dejarse constancia' ... que denota formalidades subordinadas".

Es cierto que la "constancia" a que se refiere el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, en relación con el hecho y las causas que motivaron la insubsistencia, es un requisito que la ley establece para el cumplimiento posterior del acto expedido por la administración. Pero no es menos evidente que el hecho y las causas que determinaron la insubsistencia, sí son anteriores o coetáneas al acto mismo, por lo cual el citado artículo 26 señala que "deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida", estableciendo así una imperativa obligación para la entidad generadora del acto, que en manera alguna puede dejar de cumplir, por cuanto no es potestativo de la misma.

La consecuencia de la omisión a que alude la norma antes citada, se encuentra estatuido en el artículo 61 del mismo Decreto Ley 2400 de 1968, según el cual "serán nulos todo nombramiento o providencia relacionados con el personal que se hicieren en contravención a las disposiciones de este decreto".

El anterior concepto está indicando, claramente, que cualquier desobedecimiento a las normas del estatuto en referencia, acarrea la nulidad del nombramiento o providencia expedidos por la administración y por ello al no consignarse la constancia en la hoja de vida del funcionario, sobre el hecho y las causas que originaron su remoción, se está faltando a la exigencia del artículo 26 del mismo decreto, y de consiguiente, el acto que ordene la separación debe ser declarado nulo por la jurisdicción contenciosa.

De otra parte, lo anteriormente expresado, no equivale a derogar el principio de libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, ya que aunque la administración goza de dicha facultad discrecional, no quiere decir que ésta quede exonerada de cumplir con una obligación legal perentoria como es la que le impone la norma tantas veces citada del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 y de su categórica e ineludible sanción consecuencial que se encuentra consagrada en el artículo 61 del referido estatuto.

Por lo expuesto, considero que por haberse quebrantado, en el caso *sub lite,* el artículo en referencia al no dejarse constancia en la hoja de vida de los demandantes sobre los hechos y causas que ocasionaron su insubsistencia, como se halla demostrado, la Sala debió acceder a las peticiones del libelo, declarando la nulidad de los actos impugnados, expedidos por la administración, como lo hizo el Tribunal en la primera instancia del juicio.

Alvaro Orejuela Gómez.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

INSUBSISTENCIA. — La declaración de insubsistencia de un nombramiento es de competencia de la autoridad nominadora (Decreto 1950 de 1973).

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

(Consejera ponente: *Doctora Aydeé Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 1944. Autoridades Nacionales. Actor: Alberto Cordero Arb.

ALBERTO CORDERO ARB., por conducto de apoderado, instauró demanda de plena jurisdicción, ante el Tribunal Administrativo de Santander para que, previos los trámites legales pertinentes, se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA: Que es nula la Resolución Nº 000376 del 24 de septiembre de 1976, expedida por la Gerencia de la Regional Oriental del INDERENA, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor ALBERTO CORDERO ARB., como Jefe Grupo Personal Técnico, (Jefe Asuntos Administrativos) Grado 29".

"SEGUNDA: Que como consecuencia de la nulidad anterior se restituya al señor ALBERO (sic) CORDERO ARB., a un cargo de igual o superior categoría y se condene a la entidad nombrada a pagarle los sueldos con sus aumentos, primas y bonificaciones, que haya dejado de percibir en el tiempo que permanezca separado del cargo".

"TERCERA: Que para efectos de prestaciones sociales se declare que no existió interupción (sic) en el servicio durante el tiempo que permanezca separado del cargo".

Los hechos en los cuales se basan las peticiones anteriores, son los siguientes:

"1º) La Gerencia General del INDERENA por medio de la Resolución Nº 1550 del 12 de noviembre de 1974, nombró al señor ALBERTO CORDERO ARB., como Jefe Grupo Personal Técnico, (Jefe de Asuntos Administrativos) clasificación Grado 29, para trabajar en la Regional Oriental, sede Bucaramanga".

"2º) El señor ALBERTO CORDERO ARB., tomo posesión del cargo y desempeñó sus labores en forma continua".

"3º) La Gerencia de la Regional Oriental del INDERENA, por intermedio de la Resolución Nº 000376 del 24 de septiembre de 1976, declaró insubsistente el nombramiento del señor ALBERTO CORDE-

RO ARB., como Jefe Grupo Personal Técnico (Jefe Asuntos Administrativos) Grado 29".

"4º) La Resolución Nº 840 del 1º de julio de 1975, emanada de la Gerencia General del INDERENA, ha sido mal o parcialmente interpretada".

"5º) No se dejó constancia, en la Hoja de Vida del señor Alberto Cordero Arb, de las causas que ocasionaron la insubsistencia del nombramiento como Jefe Grupo Personal Técnico (Jefe Asuntos Administrativos) Grado 29".

"6º) Quiere decir lo anterior, que la Resolución acusada fue expedida sin competencia del funcionario que la profirió y con violación de la ley".

Las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 3 v. 4 y 5 del informativo.

Surtido el trámite que corresponde a la segunda instancia, el Tribunal del conocimiento, después de que se produjo concepto fiscal favorable a las peticiones de la demanda, expidió la sentencia que ahora es materia de apelación y en ella con argumentos que la Sala comparte, accedió a las súplicas impetradas.

El Fiscal de esta Corporación, en el respectivo concepto, comparte las apreciaciones del Tribunal y considera que la sentencia debe ser confirmada. En efecto: Según lo indica el texto de la resolución acusada, Jesús Alberto Cordero Arb, venía desempeñando el cargo de Jefe de Grupo Personal Técnico I-29 de la Regional Oriental del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables INDERENA hasta el 27 de septiembre de 1976, fecha en que fue declarado insubsistente mediante el citado acto proferido por el Gerente Regional Oriental de dicho instituto. Cabe observar en primer lugar, que el cargo que desempeñaba el actor era de libre nombramiento y remoción, pues no está demostrado que éste estuviera escalafonado en la carrera administrativa o sujeto a un período fijo. En consecuencia, podía ser declarado insubsistente como bien lo dice la sentencia apelada, siempre y cuando que el acto acusado hubiese emanado de la persona o entidad facultada discrecionalmente para nombrar y remover libremente a los empleados al servicio de INDERENA. Sinembargo, no debe perderse de vista que el Gerente Regional si bien tiene facultad para efectuar los nombramientos del personal, por delegación del Gerente General del INDERENA, también existe una limitación en el sentido de que cuando se trata de proveer cargos de Grado 23 en adelante se requiere autorización previa escrita de la Gerencia General. Por lo demás, la facultad de nombrar lleva consigo la de remover, cuando se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, no inscritos en carrera administrativa ni amparados por fuero de inamovilidad alguna. En consecuencia le es aplicable al caso de estudio lo expresado en fallo de 16 de marzo del corriente año, en el expediente Nº 1301, actor Mario Ovidio Durán, en el cual se dijo:

"Según la Resolución Nº 0840 de 1º de julio de 1975, expedida por el Gerente General del INDERENA, éste delega en los Gerentes Regionales la facultad de 'Nombrar y dar posesión, declarar la insub-

sistencia de nombramientos...' de los Empleados Públicos de la Gerencia Regional, indicando en el artículo 3º que:

" 'Mientras se implanta el proceso de selección por el sistema de concursos de la Carrera Administrativa y para el ejercicio de la facultad de nombramiento, conforme al artículo anterior, se necesita autorización previa escrita de la Gerencia General cuando se trate de proveer cargos clasificados del grado 23 en adelante, según las escalas de remuneración del Decreto 230 de 1975' ".

"Como el grado del cargo que ocupaba el demandante estaba por encima del 23, para la provisión del mismo se requería la autorización previa escrita de la Gerencia General. El artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 determina que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, 'puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia'. Pero si la autoridad nominadora, está sujeta a determinada condición para la provisión del cargo, lógicamente, esa misma condición debe operar para la declaratoria de insubsistencia".

"Finalmente acoge la Sala el parecer de la Fiscalía Quinta de la Corporación en el sentido de que el fallo apelado debe confirmarse, para concluir lo cual hace las siguientes consideraciones:

> "Comparte este despacho la apreciación del Tribunal en el sentido de que el no haberse obtenido el sentimiento del Gerente General del INDERENA para expedir el acto acusado, se quebrantó la Resolución Nº 840 de 1975, porque aunque aquí no se habla sino de provisión de cargos, el Decreto 1950 de 1973 establece en su artículo 109 que: 'La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento es de competencia de la autoridad nominadora' ".
>
> "El Gerente Regional, sin previa autorización del Gerente General, no era entidad nominadora para cargos del grado 23 hacia arriba; y al no serlo, tampoco podía válidamente declarar la insubsistencia de esos nombramientos".

En mérito de las consideraciones anteriores, 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:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida en este juicio por el Tribunal Administrativo de Santander de fecha julio 5 de 1977.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 13 de julio de 1977.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

REGISTRO DE MARCAS. — Las acciones instituidas con fundamento en el quebranto de cualquiera de las causales, que, conforme al artículo 585 del Código de Comercio, impide no prohiben el registro de las marcas, se inspiran en motivos de orden público. En cambio la acción que se genera con base en las causales que expresamente enumera el artículo 586 del mismo código y que también impiden el registro de las marcas, están instituidas en garantías de derechos de carácter particular, por lo que tiene término de caducidad.

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

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente: Nº 2902. Actora: Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. Fabricato.

En ejercicio de las acciones establecidas en los artículos 66 del Código Contencioso Administrativo y 596 y 612 del Código de Comercio, la Sociedad Fábrica de Hilados y Tejidos del Hato S. A. —Fabricato— formuló ante esta Corporación, por conducto de apoderado, las siguientes peticiones:

"a) Que se declare la NULIDAD de la Resolución Nº 3835 del 28 de junio de 1977, dictado por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cuanto confiere el derecho exclusivo a la COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS S. A., COLTEJER, al uso de la marca 'INDIGO' para distinguir productos comprendidos en las clases 22, 23 y 24 del artículo 2º del Decreto 755 de 1972, *que sean de color índigo o azul.*

"b) Que se declare la NULIDAD de los Certificados de Registro de la marca 'INDIGO', identificados por los números 88.860., 88.861 y 88.862, expedido a la COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS, S. A., COLTEJER, el 14 de julio de 1977, en cuanto amparan el uso exclusivo de la marca 'Indigo', para distinguir los productos de color 'Indigo' o 'azul' a que se refiere el pedido anterior.

"c) Que, en consecuencia, se ordena a la Superintendencia de Industria y Comercio, la CANCELACION de los registros correspondientes a la marca 'INDIGO', que se hallan inscritos a folios 399, 401 y 403 del libro 9 de registro de marcas, en cuanto esos registros se refieran a *productos de color azul o índigo.*

"d) Que en consecuencia, se ordene a la COMPAÑIA COLOMBIANA DE TEJIDOS, S. A. COLTEJER, la entrega a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio

de los títulos que le fueron otorgados, para que esa entidad expida unos nuevos en consonancia con lo resuelto acerca de los literales anteriores.

"e) Que se COMUNIQUE lo resuelto a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio para los efectos de la ley.

"f) Que se ordene la PUBLICACION de la sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial".

Como normas violadas la actora señala los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 585 del Código de Comercio, que se refieren a algunos casos en que no pueden verificarse los registros de las marcas.

La actora solicitó que, con aplicación del artículo 612 del Código de Comercio, se notificara personalmente, por intermedio de su representante legal, a la sociedad titular del registro de la marca "INDIGO", esto es, a la Compañía Colombiana de Tejidos, S. A., Coltejer. Fue así como en el auto admisorio de la demanda se ordenó dicha notificación personal, la cual se hizo mediante comisión impartida al Tribunal Administrativo de Antioquia.

La notificación personal se dispuso por observarse que se había demandado la nulidad "de un acto generador de una situación individual y concreta", según la expresión que emplea el artículo 612 del Código de Comercio; para acatar el expreso mandato que contiene la anterior disposición y por mediar solicitud de parte.

Según el artículo 596 del Código de Comercio, a petición de cualquier persona podrá ser anulado el registro de una marca, si en su expedición se infringieron las disposiciones de los artículos 585 y 586 del mismo código. Con respecto al último artículo se fija el término de caducidad de cinco años, contado desde la fecha del registro de la marca cuya cancelación se solicite.

En opinión de la Sala, las acciones instituidas con fundamento en el quebranto de cualquiera de las causales que, conforme al artículo 585 del Código de Comercio, impiden o prohíben el registro de las marcas, se inspiran en motivos de orden público, pues persiguen el interés general. Por consiguiente, las pretensiones de ellas *no radican en la defensa de situaciones subjetivas y concretas.* En cambio, la acción es que se generan con base en las causales que expresamente enumera el artículo 586 del citado código y que también impiden el registro de las marcas, están instituidas en garantías de derechos *de carácter particular,* esto es, que tutelan situaciones jurídicas *individuales y concretas.* Esto explica el por qué se establece para el ejercicio de las últimas un término de caducidad.

A la anterior conclusión se llega después de examinar las causales previstas, tanto en el artículo 585 como en el 586 de la citada obra, para que no puedan registrarse las marcas.

La demanda fue iniciada, como ya se dijo, en ejercicio de las acciones de que tratan los artículos 66 del Código Contencioso Administrativo y 596 y 612 del Código de Comercio, y en ella se indicaron como violados los numerales 1º, 2º, 3º y 4º del artículo 585 del último de los citados códigos. El análisis de los mencionados numerales admite la

deducción de que se está en presencia de una acción ciudadana, en la que se alegan motivos de interés general.

Como en el caso de autos los representantes legales de las sociedades Fabricato y Coltejer, debidamente prohijados por sus respectivos apoderados, manifiestan en el escrito visible al folio 113 del cuaderno número 1 que, por haber sometido sus diferencias a otra vía, desisten de las pretensiones de la acción y de la oposición, que constituyen la materia propia de este proceso, corresponde inadmitir el desistimiento, por no ser procedente en una acción de simple nulidad, como la presente, en un todo de acuerdo con la reiterada y uniforme jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, NO ADMITE el desistimiento presentado en este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha catorce de septiembre de mil novecientos setenta y nueve.

Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES.— Ineptitud de la demanda. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 29 de 1979. Consejero ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares. Expediente 4102. Actor: Orlando Castrillón López. Autoridades Nacionales).

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

(Consejera ponente: *Doctora Aydeé Anzola Linares*)

Referencia: Expediente número 4102. Autoridades Nacionales. Actor: Orlando Castrillón López.

ORLANDO CASTRILLON LOPEZ, obrando en su propio nombre, instauró demanda de plena jurisdicción, para ante el Consejo de Estado, a fin de que se hagan las siguientes declaraciones:

"I. Que es nula la comunicación o carta SRL - 0761 de mayo 5 de 1975, proferida por el Gerente General del Instituto de Mercadeo Agropecuario 'Idema' y por medio de la cual se termina la relación laboral entre el Instituto y Orlando Castrillón López".

"II. Que como consecuencia de la declaración anterior, el Instituto de Mercadeo Agropecuario, está en la obligación de reintegrarme al cargo de Jefe de Sección V-28, u otro igual o de superior categoría".

"III. Que como directa consecuencia de las declaraciones anteriores, el Instituto de Mercadeo Agropecuario tiene la obligación de pagarme los salarios dejados de percibir, a razón de $ 17.625.74 mensuales, así como las prestaciones sociales (cesantías, vacaciones, primas de vacaciones, prima de servicio o navidad, etc.), dejado de percibir, desde el momento de la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado".

"IV. Que para los efectos posteriores, se declare que, el tiempo que permanecí separado del cargo, se tendrá como de servicios prestados, para todos los efectos legales, es decir, que no hubo solución de continuidad durante dicho lapso".

"V. Que se condene a la entidad demandada en costas, si se opone a la acción".

Surtido el trámite que corresponde a esta clase de procesos, le correspondió expedir la vista de fondo correspondiente al señor Fiscal Cuarto de la Corporación, quien, después de hacer un estudio cuidadoso y acertado del punto que ahora es materia de la *litis*, llegó a la conclusión de que la demanda es inepta, con apoyo en lo siguiente:

"1. *Formalmente* el actor está vinculado al IDEMA por un contrato de trabajo, desempeñando el 'cargo de Jefe de Sección V-28, en la Agencia de Yarumal, Departamento de Antioquia...'" (folio 11).

"Al tenor de los artículos 19 del Decreto Extraordinario 2420 de 1968 y 3º del Decreto Extraordinario 3120 del mismo año el aludido organismo es un establecimiento público, adscrito al Ministerio de Agricultura".

"La naturaleza de la relación jurídica de los servidores del IDEMA, la define el artículo 42 de sus estatutos, aprobados por el Decreto 715 de 1969:

" 'De acuerdo con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, las personas que presten sus servicios en el Instituto tendrán el carácter de empleados públicos. Sin embargo, la Junta Directiva precisará la clase de actividades que puedan ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, adicionando los presentes estatutos' ".

"No estando demostrado en el presente proceso que la actividad cumplida por el actor hubiese sido prevista en los estatutos del IDEMA como las que deben ser desempeñadas en calidad de trabajador oficial, se concluye que aquél tuvo la calidad de empleado público; en tal condición es competente el Consejo de Estado para conocer de la acción *sub judice*".

"2. Como peticiones principales de la demanda, además del reintegro, se incluyen las siguientes:

" 'Que como directa consecuencia de las declaraciones anteriores, el Instituto de Mercadeo Agropecuario tiene la obligación de pagarme los salarios dejados de percibir, a razón de $ 17.625.74 mensuales, así como las prestaciones sociales (cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicio o navidad, etc.), dejados de percibir, desde el momento de la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado' " (subraya la Fiscalía).

"Sobre el anterior aspecto, es necesario recordar que el Consejo de Estado tuvo oportunidad de sentar la siguiente doctrina, que prohíja esta Fiscalía, aplicable al caso *in examine*:

" 'Por el artículo 82 del citado Código de Procedimiento Civil está dispuesto que el 'El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:... 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí salvo que se propongan como principales o subsidiarias...' ".

" 'El actor ha propuesto, ambas como *principales*, dos pretensiones que se excluyan entre sí: el pago, en mayor cuantía o una cesantía 'definitiva', y el restablecimiento en el cargo que venía desempeñando. Contradictorias son estas súplicas, porque la primera reposa sobre la base de que el trabajador ha cesado en sus funciones de manera defintiva, en tanto que la segunda conduce a que continúe en el ejercicio de éstas. Las súplicas principales de toda demanda deben ser armónicas y no excluyentes las unas de las otras. De aquí que la ley permita invocar pretensiones contrarias solamente cuando una o

unas se plantean con principales y la otra u otras, que sean opuestas a aquéllas, se formulen como subsidiarias" (Sentencia 8 de mayo de 1976, Tomo Copiador número 59, Sección Segunda, página 56 y siguientes).

"Siendo indebidamente formuladas la petición de reintegro y de pago de la cesantía en el presente negocio, hay que concluir que la demanda no se ajusta a las previsiones procesales indicadas por el Consejo de Estado, y, consiguientemente, debe declararse ella inepta".

Como la Sala está de acuerdo con los anteriores puntos de vista expresados por la Agencia del Ministerio Público y además se basa en doctrina del Consejo de Estado, en parte transcrita, en dicho concepto, es el caso de acoger lo expuesto en él y obrar en consonancia con lo pedido por la Fiscalía.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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 probada la ineptitud de la demanda de conformidad con lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 10 de agosto de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

RENUNCIA.— Es fundamental para el retiro del empleado cuando se acepta oportunamente: si transcurridos 30 días no se ha decidido nada sobre ella, no produce efecto alguno, esto es, se entiende por no escrita. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 6 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 3697. Actor: Manuel Piedrahita Plata).

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

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente número 3697. Autoridades Nacionales. Actor: Manuel Piedrahíta Plata.

Consulta el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, su sentencia de 21 de junio de 1979, dictada en el juicio que en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y por medio de apoderado inició ante dicha Corporación el señor MANUEL PIEDRAHITA PLATA para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que es nula la Resolución número 00724 del 25 de febrero de 1976, proferida por la Contraloría General de la República, mediante la cual fue aceptada la renuncia no presentada por el doctor Manuel Piedrahíta Plata, del cargo de abogado sub-jefe de la Oficina de Licitaciones y Contratos".

"SEGUNDA. Que como consecuencia de la nulidad impetrada y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Contraloría General de la República con domicilio en el D. E., de Bogotá, reintegrar a mi poderdante al cargo que venía ocupando o a otro de igual o de superior categoría y que se le condene a reconocer y pagarle al mismo, los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios y demás emolumentos que de manera permanente corresponden al cargo, desde el 1º de marzo de 1976, hasta el día cuando efectivamente sea reintegrado al cargo, con sujeción a lo previsto por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

"TERCERA. Que se declare que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación colombiana por mi poderdante, para todos los efectos relacionados con prestaciones sociales.

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"PRIMERO. El señor Manuel Piedrahíta Plata fue designado como abogado sub-jefe de la Oficina de Licitaciones y Contratos de la Con-

traloría General de la República, cargo del cual se posesionó, lo ejerció hasta el 25 de febrero del año en curso en esta ciudad de Bogotá, D. E.".

"SEGUNDO. Mi poderdante, fue separado definitivamente del mencionado cargo con fecha 25 de febrero del corriente año según Resolución número 00724 por aceptársele la renuncia presentada, sin que en ningún momento manifestara en forma escrita, inequívoca y espontánea su voluntad de separarse del servicio. En otros términos, él no renunció al cargo de abogado sub-jefe de Licitaciones y Contratos de la Contraloría General de la República".

"TERCERO. La Resolución número 00724 originaria de la Contraloría General de la República, se apoyó en un móvil inexistente como es la renuncia que nunca fue presentada por mi mandante del mencionado cargo".

"CUARTO. Mi poderdante al parecer, por los meses de abril o mayo de 1975, en forma colectiva y por factores políticos, produjo una manifestación de solidaridad hacia el jefe del organismo en la que se le dejaba en libertad para disponer de los cargos si consideraba efectuar algunos cambios que fueran necesarios, sin que tal manifestación hubiese producido resultado alguno, es decir sin que dentro de los 30 días de su presentación el jefe competente se pronunciara por escrito o mediante la respectiva providencia al respecto, lo que lo facultaba a continuar en el desempeño del cargo".

Se citan en la demanda como disposiciones violadas los "artículos 16, 17 y 20 de la Constitución Nacional; artículos 66, 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo; artículo 27 Decreto Ley 2400 de 1968; artículos 110, 111, 113 y 115 del Decreto Ley 1950 de septiembre de 1973" y se analiza el concepto de la violación.

El Tribunal del conocimiento en la parte resolutiva de la sentencia consultada decreta:

"PRIMERO. Declárase nulo el acto administrativo contenido en el artículo 3º de la Resolución número 00724 de 25 de febrero de 1976, proferida por la Contraloría General de la República".

"SEGUNDO. A título de restablecimiento en el derecho, la Contraloría General de la República reintegrará al señor Manuel Piedrahíta Plata al cargo de abogado sub-jefe de la Oficina de Licitaciones y Contratos o a otro cargo de igual o superior categoría, y ordenará el pago de los sueldos, primas, bonificaciones, subsidios y demás emolumentos dejados de devengar desde el 1º de marzo de 1976 hasta el día cuando efectivamente sea reintegrado al cargo, con sujeción a lo previsto por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

"TERCERO. Declárase que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados a la Nación colombiana por MANUEL PIEDRAHITA PLATA, para todos los efectos relacionados con prestaciones sociales".

Como la consulta se resuelve de plano la Sala procede a ello previas las siguientes

Consideraciones:

El Tribunal del conocimiento llega a la conclusión de la nulidad del acto administrativo por medio del cual la Contraloría General de la República aceptó una renuncia que el actor había presentado en forma colectiva con cerca de un año de anterioridad con base en las siguientes consideraciones:

"De lo anterior es fácil colegir, trayéndolo al caso *sub lite,* que si se parte de la base del hecho aceptado por la parte actora de que sí presentó renuncia pero para los meses de abril o mayo de 1975, es obvio que ya para febrero de 1976 la Contraloría había perdido competencia para aceptarla, pues al no pronunciarse respecto a ella en el término de treinta días y habiendo decidido el funcionario que continuaba en el empleo, la renuncia dejó de surtir efectos, como de manera tan clara se lee en la serie de normas que se han transcrito".

"No comparte la Sección lo que expone la distinguida colaboradora Fiscal acerca de que por no estar amparado el actor por ningún fuero de inamovilidad relativa y encontrarse sometido a la modalidad de libre nombramiento y remoción haya de fallarse en forma adversa a las pretensiones de la demanda por considerar que para la falsa motivación constituye causal de anulación del acto acusado y origine el restablecimiento de derecho del demandante, es necesario que éste demuestre plenamente que la administración, con la expedición del acto, no persiguió un fin noble y altruista. A juicio de la Sala aquí no se trata de una falsa motivación, ya que la renuncia sí la hubo y eso lo acepta la parte actora, sino que la autoridad nominadora perdió *competencia* para aceptarla, por haber dejado transcurrir más de 30 días señalados por la ley, por lo cual la renuncia dejó de tener efectos".

De las conclusiones de la Sala discrepó el magistrado José Joaquín Camacho Pardo quien en su salvamento de voto, fundamentó así, en lo sustancial, su discrepancia con la opinión prevaleciente en la respectiva sentencia:

" 'En las anteriores circunstancias las pretensiones de la demanda no pueden prosperar, pues, si como queda dicho, no se estableció dentro del juicio que el señor Contralor hubiese ejercido las facultades de que estaba investido con un móvil diferente al del interés público, es preciso llegar a la conclusión final de que, no obstante que la invocación de la renuncia hecha en el acto acusado no corresponde a un hecho cierto, sin embargo, por constituir un motivo fútil, en cuanto que no atenta contra el patrimonio moral o económico de un empleado vinculado a la Administración con un nombramiento ordinario o provisional, no conduce a la anulación del acto acusado, de acuerdo con la doctrina del Honorable Consejo de Estado que se ha elegido para darle fundamento sólido a la decisión que aquí se adopte' ".

Al respecto considera la Sala: En forma constante esta Corporación ha reiterado la libertad de nombramiento y remoción que compete, por disposición constitucional, al Gobierno en relación con sus servidores. Tal libertad está confirmada por las distintas normas legales reguladoras de la materia entre las que es importante mencionar

las contenidas en los artículos 26 y 27 del Decreto 2400 de 1968. Al propio tiempo que se ratifica la autonomía de nombramiento y remoción de los funcionarios el artículo 27 regula lo relativo a la renuncia y la define como la manifestación escrita e inequívoca de la voluntad del empleado de separarse definitivamente del servicio, para prevenir todos aquellos medios mediante los cuales funcionarios nominadores buscan los procedimientos que ponga en sus manos la suerte del empleado. Entre tales disposiciones vale mencionar aquélla contenida en el artículo 113 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, según la cual si vencido el término de 30 días sin que se haya decidido la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno. Igualmente debe recordarse que el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 prohíbe terminantemente las renuncias en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado. Es así como al propio tiempo que se consagra la autonomía de la Administración para la remoción de los funcionarios que no estén protegidos por fuero especial por pertenecer a una carrera administrativa o ser nombrados para período fijo, igualmente dicta las medidas para impedir los abusos de la Administración con respecto a los empleados. Por ello si bien es cierto que el acto de insubsistencia no requiere motivación alguna, por ser discrecional, cuando se motiva el acto administrativo que dispone el retiro del empleado, debe ajustarse a las causas reales que determinan el acto, pues de lo contrario se incurre en falsa motivación o abuso y desvío del poder que vician de nulidad el acto.

Previas estas consideraciones debe entenderse que la renuncia es fundamento para el retiro del empleado cuando se acepta oportunamente; pero como queda visto, si transcurridos 30 días no se ha decidido nada sobre ella, no produce efecto alguno, esto es, se entiende por no escrita. En tales condiciones la aceptación de una renuncia presentada con muchos meses de anticipación sin que se hubiera decidido nada sobre ella, vale tanto como la aceptación de una renuncia no presentada u obtenida o provocada mediante coacción. En cualesquiera de estos casos el acto administrativo constituye un clásico abuso o desviación del poder que lleva implícita la causa de su anulación. Así lo resolvió esta Sala en sentencia de 8 de octubre de 1977, expediente número 3154 en que fue actor Mario Zambrano Camader.

Por tales consideraciones la Sala comparte los fundamentos del fallo consultado y por lo tanto será confirmado.

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

Falla:

CONFIRMASE la sentencia consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 21 de junio de 1979.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada el día 31 de agosto de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

ADJUDICACION DE BALDIOS.— Artículos 38 *y* 42 *de la Ley* 135 *de* 1961. *Cuando de la simple nulidad del acto se produce el restablecimiento del derecho, la acción sólo podrá ser de plena jurisdicción instaurada dentro de los cuatro meses señalados en el artículo* 33 *de la mencionada ley y por persona legitimada para el efecto. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de* 29 *de agosto de* 1979. *Consejero ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Expediente* 2785. *Actor: Marcela Gual).*

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.— Bogotá, D. E., veintinueve de agosto de mil novecientos setenta y nueve.

Referencia: Radicación número 2785. Actor: Marcela Gual.

En el presente caso se pide, en acción pública, la nulidad de la Resolución número 3871 del 10 de agosto de 1977 emanada de la Gerencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, que revocó la Resolución número 06845 del 1º de septiembre de 1975 por la cual se había adjudicado el predio denominado "El Recurso".

Contra los actos de adjudicación de baldíos cabe, según el artículo 38 de la Ley 135 de 1961 una acción de nulidad de carácter especial que podrá instaurarse por los Procuradores Agrarios o por cualesquiera otras personas, dentro de los dos años siguientes a la publicación en el "Diario Oficial". Y el artículo 42 de la misma ley en forma más general ya habla de las acciones que pueden intentarse "contra las resoluciones que dicte el Instituto en lo relacionado con la adjudicación de baldíos", para permitir las acciones ordinarias de la Ley 167 de 1941. Aunque en éstas está contemplada la del artículo 66, o sea la de simple nulidad, no es menos cierto que de acuerdo con la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado, cuando de la simple nulidad del acto se produce el restablecimiento del derecho, la acción sólo podrá ser de plena jurisdicción instaurada dentro de los cuatro meses señalados en el artículo 83 de la mencionada ley y por persona legitimada para el efecto.

Por las razones expuestas no se admite la demanda.

Reconócese a la doctora Marcela Gual quien actúa en nombre propio.

Cópiese y notifíquese.

Osvaldo Abello Noguera.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

LEGALIZACION DE FACTURAS CONSULARES.— Si ésta no ocurre, no hay causación del impuesto y debe devolverse lo pagado en caso de que el impuesto se hubiere cancelado con anticipación. Si el impuesto se causa sólo en el momento de la legalización de la factura consular, el dinero que se deposita previamente al registro o a la licencia, es eso, un depósito. Nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio número 01838 *O. F. J., número* 34 *del* 3 *de febrero de* 1978 *suscrito por el director del Incomex.*

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación número 5613. Nulidad de los Oficios números 01688 O. F. J., número 034 del 3 de febrero de 1978, del Instituto Colombiano de Comercio Exterior. Demandantes: Grasco, Progral y Gracetales Limitada.

Por medio de apoderado las sociedades denominadas Fábricas de Grasas y Productos Químicos Limitada "Grasco", Productora de Grasas y Aceites Vegetales S. A., "Progral" y Grasas y Aceites Vegetales "Gracetales Limitada", domiciliadas en Bogotá las dos primeras y en Barranquilla la última, demandaron en acción de plena jurisdicción la nulidad del Oficio número 01688 O. F. J., número 34 del 3 de febrero de 1978, notificado el 25 de marzo del mismo año, expedido por el Instituto de Comercio Exterior INCOMEX.

A más de la nulidad impetrada solicitaron restablecimiento del derecho lesionado mediante el acto acusado del Incomex. Al efecto dice el demandante: "Solicito atentamente que mediante sentencia que cause ejecutoria y que se cumpla dentro de las providencias del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo se hagan las siguientes declaraciones y condenas en contra del INCOMEX y en pro de mis representados".

"PRIMERA. Declararse la nulidad del Oficio número 01688 O. F. J., número 034 del 3 de febrero de 1978, notificado al suscrito el 25 de marzo de 1978.

"SEGUNDA. Como consecuencia de las anteriores declaraciones y con el fin de restablecer el derecho violado, ordénase devolver a los actores FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS LTDA., "GRASCO" PRODUCTORA DE GRASAS Y ACEITES VEGETALES S. A. "PROGRAL" Y GRASAS Y ACEITES VEGETALES "GRACETALES LTDA.", la suma de $ 2.208.129.52 por concepto de devolución de impuestos con-

sulares pagados por ésta y no causados. En su defecto, autorizar la aplicación de dichas sumas a futuras importaciones que realicen los demandantes tal como lo prevé el Decreto 933 de 1977.

"Los fundamentos de esta demanda son en los

Hechos:

"1. Mi mandante solicitó y obtuvo aprobación de licencia de importación de varias especies de mantecas, grasas y aceites por intermedio del Instituto de Mercadeo Agropecuario —IDEMA— según el detalle que se ve en los anexos numerados 1 y 2 a la presente demanda.

"2. A cada solicitud de licencia de importación se acompañaron, en su momento, sendos recibos de consignación del impuesto sobre la legalización de facturas consulares, por valores equivalentes en cada caso al uno por ciento (1%) del valor F. O. B. de cada una (V. artículos 67 y 232 del Decreto 444 de 1967 o Estatuto Cambiario).

"3. Antes de sus vencimientos mis representados solicitaron las correspondientes prórrogas a la que tenían derecho por normaciones vigentes, emanadas del Consejo Directivo de Comercio Exterior y así consta en documentos fehacientes.

"4. En todos los casos que se detallan en los anexos (1-2) de este escrito, el INCOMEX negó las prórrogas aduciendo razones ajenas a mis poderdantes tales como abastecimiento suficientes del mercado nacional y/o situaciones de precio en los mercados internacionales.

"5. Ante tales negativas de las prórrogas solicitadas mis patrocinados impetraron la devolución de las sumas depositadas para impuestos de las facturas consulares y esto también les fue negado con una errónea fundamentación jurídica basada en lo dispuesto anteriormente por el artículo 232 del Decreto 444 de 1967.

"6. La última negativa del Incomex vista en el punto anterior fue cuestionada legalmente por mis clientes mediante demanda gubernativa presentada por el suscrito ante el INCOMEX en diciembre de 1976 y luego de insistentes reiteraciones de tal pedimento durante todo el año de 1977 al tiempo se produjo la negativa con la cual se agota la etapa gubernativa y mediante la cual el INCOMEX propicia un 'enriquecimiento sin causa' para el Estado con notable, injusto y grave perjuicio económico en el conjunto de empresas que conforman la parte demandante —que represento—.

"Disposiciones violadas y concepto de la violación

"Considero que han sido violadas por parte del INCOMEX las siguientes normas:

"A) NORMAS VIOLADAS:

"a) Constitución Nacional, artículos 16, 20 y 34.

"b) Decreto 284 de 1973, artículos 5º 26, 45 (Decreto derogatorio del artículo 232 del Decreto 444 de 1967).

"c) Ley 2ª de 1976, orgánica del Impuesto de Timbre, (que subrogó el Decreto 282 de 1973), artículos.

"d) Decreto 933 de 1977.

"B) OTRAS NORMAS DE DERECHO QUE MERECEN INVOCARSE PARA EL ANALISIS DEL LITIGIO Y CON RESPECTO AL PROCEDIMIENTO APLICABLE:

"a) Código Fiscal Nacional (Ley 110 de 1912), artículo 188 (principalmente);

"b) Ley 2ª de 1936, artículo 1º (principalmente);

"c) Decreto 2144 de 1955, artículo 1º;

"d) Decreto 058 de 1958;

"e) Decreto 444 de 1967 en sus artículos 67, 232 (derogado por el Decreto 282 de 1973);

"f) Decreto 528 de 1964;

"g) Artículos 67 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con los artículos 124 y siguientes y cc. del Código Contencioso Administrativo".

El acto demandado

Se transcribe:

"Señor doctor

JAIME APONTE VANEGAS

Calle 12 Nº 7-23 Oficina 706

Ciudad

"Apreciado doctor:

"Me refiero a su escrito mediante el cual usted, en su condición de apoderado, solicita a nombre de varias sociedades comerciales la devolución de impuestos de legalización de facturas consulares, derivados de licencias o registros de importación aprobados con anterioridad a la Ley 2ª de 1976 y que no fueron utilizados total o parcialmente.

"Sobre el particular, y luego de analizadas las diferentes normas que regulan la devolución de impuesto de legalización de facturas consulares y los principios generales de derecho, se logra establecer de una parte, que esa devolución no se puede dar por cuanto la norma reglamentaria (Decreto 933 de 1977), dada su naturaleza jurídica está haciendo referencia a situaciones que se hayan creado o se creen bajo el imperio de la norma que reglamenta (Ley 2ª de 1976), por lo cual no le es dado a este Instituto aprovechar tal instrumento legal

para definir las originadas durante la vigencia de disposiciones anteriores, máxime cuando éstas han dejado de tener vida jurídica por el fenómeno de la derogación; de otra parte, considera el Instituto que de todas maneras no le sería posible atender su pedimento, en razón a que de lo dicho anteriormente se deriva que Incomex carece de competencia, por razón del origen en el tiempo del derecho que usted cree le asiste a sus poderdantes.

"Esas son las dos razones que el Instituto ha tenido presentes para no dar solución positiva a su solicitud, rogándole sí que dispense la demora por no haberle dado una respuesta más oportuna a su escrito, y que se debió a la necesidad de definir con claridad nuestra posición en una materia tan delicada.

"Acompaño a la presente la documentación presentada por usted". El acto lo firma el director del Instituto don Antonio José Urdinola Uribe.

En el expediente aparece un documento del siguiente tenor:

"0790

"Bogotá, D. E., 22 enero 1976

"Doctor

CARLOS HAIME B.

Gerente General

FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS "GRASCO LIMITADA"

Apartado Aéreo Nº 4242

Ciudad



"Apreciado doctor:

"En nuestro poder su comunicación fechada a diciembre 17 de 1975, en la cual se solicita la devolución de $ 1.981.148.00 suma esta pagada por ustedes como impuesto sobre Legalización de Facturas Consulares.

"Al respecto nos permitimos informarles que tal devolución no es posible ya que el impuesto se causa en el momento de otorgarse el registro como reza claramente en el artículo 232 del Decreto 444 de 1976.

"El impuesto debe pagarse por el hecho de obtener un permiso para importar. No habiéndose hecho uso de él dentro del tiempo ordinario de vigencia de un Registro de Importación, la circunstancia posterior de no haber obtenido la prórroga por parte de la administración por razones de abastecimiento en el mercado, no se considera como causal de exoneración de este impuesto.

"En cuanto a la segunda posibilidad que plantean de destinar ese impuesto para con él atender registros posteriores, sólo sería válido en la medida en que no se hubieran concedido u otorgado las licen-

cias sobre los primeros lo cual, en el caso presente, no ocurrió. Acceder a lo contrario, pues, sería arrogarse la administración la facultad de cambiar de destino un gravamen o hacer que éste se use indistintamente y por cada diligencia lo que en materia del impuesto aludido, ninguna norma lo posibilita.

"Habiéndose causado él y no estando contemplado el caso expuesto por ustedes, dentro de las exenciones previstas para los impuestos por legalización de facturas consulares, no es posible resolver favorablemente tal asunto".

Este documento está debidamente autenticado y su fecha de expedición fue el 22 de enero de 1976.

Como cuestión preliminar a cualquier definición sobre el fondo de la controversia es preciso determinar si el oficio mencionado produce caducidad de la acción en la parte pertinente del *petitum*, esto es, sobre la suma a que dicho oficio hace referencia ($ 1.981.148.00).

Al respecto es preciso considerar que este oficio no produjo agotamiento de la vía gubernativa, ni puede considerarse un verdadero acto administrativo por cuanto no fue suscrito por el Director del Incomex como su representante legal sino tan sólo por el jefe de la oficina jurídica de esta entidad. Por esta razón su criterio no representa una decisión definitiva que comprometa la entidad. El Decreto 2976 de 1968, orgánico del Instituto de Comercio Exterior, en su artículo 9º (literal a) adscribe al Director del Incomex la potestad de "dictar los actos", (entiéndese actos administrativos) ... "para el cumplimiento de las funciones del instituto". (Esta misma expresión aparece reproducida en el artículo 8º del Decreto Ley 151 de 1976 y en el artículo 2º de la Resolución 23 del 17 de mayo de 1974 dictada por el Consejo Directivo de Comercio Exterior). Entiéndese de este tenor que el agotamiento de la vía gubernativa, tratándose del Incomex pertenece al director del instituto y no al jefe de la oficina jurídica. Por lo tanto, un oficio de la oficina jurídica del Incomex no es constitutivo de la expresión de voluntad de la entidad pública peticionada puesto que sólo su representante legal, facultado al efecto, es quien expresa mediante verdaderos actos administrativos la voluntad del aludido ente público. Además la Resolución 023 del 17 de mayo de 1974, emanada del Consejo Directivo de Comercio Exterior, al señalar las funciones del jefe de la oficina jurídica dice en su Art. 3º: "*Oficina Jurídica. Funciones*:. La Oficina Jurídica tendrá las siguientes funciones... e) estudiar y emitir concepto sobre las solicitudes de devolución de impuestos pagados y no causados". Por tanto, es claro que el jefe de la oficina jurídica no podía definir ni decidir por la vía gubernativa, en materia relativa a la devolución de impuestos pagados y no causados. Apenas podía *estudiar y emitir conceptos* sobre el punto. La decisión, por virtud de la norma transcrita, es privilegio del director. Debe también anotarse que conforme a la ley el Consejo Directivo de Comercio Exterior está facultado para adoptar los estatutos del Incomex e introducir las reformas que considere necesarias a la organización de la planta de personal y sus funciones.

No procede pues la caducidad de la acción en este asunto. Aunque es preciso anotar que el punto de la caducidad se ha mencionado aun cuanto ni es parte de la demanda ni es parte de lo argüido en la

impugnación, lo cual se justifica por cuanto la caducidad de la acción, si de haber sido pertinente, habría producido en contra del Consejo de Estado una pérdida de competencia para pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones del libelista, obligando a un fallo inhibitorio. No fue este el caso por las razones anotadas.

Para explicar lo que adelante será objeto de discusión se transcribe el auto admisorio de la demanda.

"Por el oficio demandado el Instituto Colombiano de Comercio Exterior denegó la petición de devolución de impuesto de timbre sobre legalización de facturas consulares.

"Ordinariamente lo relativo a liquidación y a impugnación de impuestos de timbre compete a las administraciones locales de impuestos nacionales. En este caso el Decreto 933 de 1977 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley segunda de 1976 dispone en el artículo 2º: 'Cuando no se produzca factura consular por no haberse aprobado el registro o licencia de importación o no haberse utilizado éstos, las solicitudes de devolución por el impuesto pagado y no causado serán resueltas por el Instituto de Comercio Exterior en cualquier tiempo'.

"El mismo instituto resolverá de las solicitudes de devolución por el impuesto de timbre sobre la legalización de facturas consulares, cuando la aprobación o utilización del correspondiente registro o licencia de importación se hubiere hecho parcialmente.

"El artículo tercero indica: 'El importador que no haga uso del registro o licencia de importación, podrá utilizar el valor consignado a título de impuesto por legalización de facturas consulares, para otra solicitud de importación aplicando el valor del mismo, previos los ajustes en su valor, cuando no solicitare la devolución por las causas contempladas en este decreto'.

"Obra copia auténtica del oficio demandado y la demanda cumple con todos los requisitos formales".

Las pruebas

Se practicaron y constan en el expediente todas las solicitadas que están dirigidas a demostrar la existencia de los hechos en que se funda la demanda. Figuran de folio 34 al 58 del cuaderno principal y están además en el cuaderno de antecedentes administrativos. Son copias de las licencias de importación y de los recibos de depósito por derechos consulares.

El alegato final.

De este documento pueden destacarse los siguientes apartes:

"1º Las demandantes depositaron en el INCOMEX sumas de dineros en varias consignaciones para el impuesto de futuros derechos consulares de importación y grasas, cuyas licencias de importación estaban solicitadas y otorgadas y que al pedir las prórrogas de tales licencias fueron negadas por 'acto de príncipe' o sea por decisión unilateral de la administración.

"2º) Entonces, mis poderdantes solicitaron la devolución de dichas sumas y el INCOMEX, queriendo apropiarse definitivamente de ellas, negó tal pedimento con criterios tendenciosos unos e indefinidos otros (véase oficio acusado).

"3º) De los anteriores asertos hay plena demostración en autos (véase documentos acompañados a la demanda, especialmente expediente administrativo o gubernativo seguido ante INCOMEX por el suscrito). Dichos documentos no han sido tachados o redargüidos —y no pueden serlo— por la demandada.

"4º) En el oficio acusado, como único fundamento y con alguna apariencia jurídica para su actuación, el INCOMEX aduce que '... esa devolución no se puede dar por cuanto la norma reglamentarla (Decreto Nº 933 de 1977), ...está haciendo referencia a situaciones que se hayan creado o se creen bajo el imperio de la norma que reglamenta (Ley 2ª de 1976)...'.

"Nada tan especioso:

"En efecto, con notable falta de seriedad o con gran desconocimiento de la materia se quiere olvidar, desconocer o negligir por parte del INCOMEX el Decreto 284 de 1973 que reglaba toda la materia sobre impuesto de timbre y que fue literalmente subrogado o adoptado igual por parte de la Ley 2ª de 1976 y que da a los derechos consulares la naturaleza de un verdadero impuesto de timbre *que no se causa sino cuando el Cónsul expide la factura consular correspondiente, la cual (o las cuales) nunca se produjeron, puesto que las prórrogas de las licencias de importación fueron unilateramente negadas por el INCOMEX*. O sea que en el proceso de toda importación, en estos casos concretos de la demanda, no se avanzó más allá de la obtención y solicitud de prórrogas de las licencias de importación y por ende *no se produjeron* (dada la negativa del INCOMEX a las prórrogas), *facturas consulares* que estuvieran sujetas al impuesto de timbre correspondiente. Por lo tanto, el INCOMEX, si hubiere actuado correctamente, conforme a derecho, habría devuelto las sumas depositadas para el pago del timbre de tales facturas consulares, facturas que se quedaron siempre en la categoría ideal o simbólica de futuras o de 'futuribles'.

"5º) Lamentablemente olvida también el acto administrativo acusado, con notable falta de sindéresis, por decir lo menos, que la disposición en que inicialmente basó su negativa a devolver las sumas depositadas por mis representadas, o sea los artículos 67 y 232 del Decreto 444 de 1967 fueron derogadas por el Decreto 284 de 1973. Cuando esta derogatoria se le demostró abrumadoramente, resolvió entrar a olvidar este pseudo —fundamento jurídico de los artículos 67 y 232 del Decreto 444 de 1967 para irse al también pseudo— fundamento que arriba (Nº 4) cité entre comillas, textualmente. Y que luego he refutado.

"6º) Además, una demostración del absurdo criterio que imperó en el INCOMEX para proferir el acto que acuso es la de que habría dos clases de ciudadanos o dos categorías frente a la devolución de sumas depositadas previamente pero con cargo a la expedición de facturas consulares: Los de 1ª clase, que llegaron luego de la expe-

dición de la Ley 2ª de 1976, a quienes se les devolvería con base en el Decreto 933, y los de 2ª clase —de parias— los que eran cobijados por el Decreto 284 de 1973 que estuvo vigente y que, en esta materia comentada, establecía lo mismo que vino a subsumir la Ley 2ª. Habrá mejor argumento *ad absardum?* Claro que esto sólo se produciría si no hubiese jurisdicción de control.

"7º) a. Finalmente, no se puede perder de vista que el propio Gobierno Nacional para obligar a INCOMEX a devolver las sumas retenidas por anticipo de derecho consulares profirió el Decreto 933 de 1977, al cual acomodaticiamente, el INCOMEX no quiere dar aplicación o se la quiere otorgar inocua o desvirtuada".

La vista fiscal

En su concepto el fiscal propone que se declare nulo lo actuado por indebida acumulación de pretensiones y porque ha debido tramitarse el proceso según las reglas relativas a la devolución de impuestos con una primera instancia ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Son los siguientes algunos apartes de sus observaciones:

"A pesar de que el expediente que contiene la reclamación tanto administrativa como judicial, sólo entró al despacho el 26 de febrero del año en curso, por lo cual no está en turno riguroso para evacuar el concepto, la fiscalía ha encontrado de un primer examen que se han acumulado en una sola demanda pretensiones de distintas personas jurídicas para que le sean devueltas las cantidades pagadas por las mismas a título de 'impuestos consulares no causados', (demanda folio 10 vto.) acumulación no permitida por la ley procesal en su sentir. En efecto, expresa el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo. 'La persona que se crea lesionada de un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho'. Se trata, en el caso *sub judice,* del ejercicio de la acción privada por cada una de las sociedades demandantes, cada una de las cuales si bien, tiene la misma causa jurídica, esto es, la devolución de sumas que estima el Estado recibió sin causa, como depósito, el objeto real o material, perseguido por cada una de las demandantes, es distinto, por cuanto ese objeto material no es otro que el reintegro de las cantidades de dinero depositadas por cada una. Tampoco para tal fin, han de servirse de las mismas pruebas aunque sean similares. Es por ello por lo que cree la fiscalía que no se está en presencia del evento de acumulación de pretensiones (antes se decía de acciones), previsto en el artículo primero, incisos primero y tercero, este último, en su numeral 3º, del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso, el cual expresa: 'Artículo 82. 'Acumulación de pretensiones. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos: 3º) ... 'También podrán acumularse en una demanda 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' (subraya la fiscalía).

En efecto, el tema a decidir es si el Estado está en la obligación jurídica de devolver a las sociedades demandantes las sumas que cada una de ellas depositaron por concepto de derechos consulares causados con ocasión del trámite previo para importar materia prima con destino a sus actividades fabriles, importación que no se efectuó oportunamente por haberse solicitado prórroga para hacer la importación pero para entonces el Instituto de Comercio Exterior (INCOMEX) estimó que ya no era necesaria la importación en que estaban interesadas las sociedades demandantes, por encontrarse el mercado interno 'debidamente abastecido' (ver oficio 19742 de 4 de junio de 1975 dirigido a Grasco S. A. folio 1º antecedentes administrativos anexo Nº 1 folio 7 mismo anexo oficio de 13 de junio; 17 de noviembre de 1975 y oficio de 14 de diciembre de 1975), negando el pedido de la devolución de las sumas pagadas por legalización de las facturas consulares o registro de las mismas, o su aplicación a futuras importaciones, con el argumento oficial de que el impuesto consular se causa en el momento de otorgarse el registro de importación, dando aplicación al artículo 232 del Decreto 444 de 1967, más conocido como estatuto cambiario, decisión que reclamada por el demandante argumentando que la norma vigente cuando se hizo el registro de las facturas y se pagó el impuesto, era el Decreto 284 de febrero 26 de 1973 conforme al cual el impuesto, cuya devolución se pide, es de timbre nacional, apreciación exacta a juicio de esta fiscalía, pero poniendo de presente que el numeral 43 del artículo 5º del mencionado decreto, dice: 'Causan impuesto de timbre nacional, de conformidad con la cuantía que se indica para cada caso', ... 43. La legalización de facturas consulares, el 1 por ciento del valor F.O.B. de la mercancía amparada por cada factura'; y el artículo 26 del citado Decreto 284 de 1973 dice: 'El impuesto de timbre nacional deberá pagarse en el *momento en que se realice el hecho gravado,* salvo las excepciones indicadas en el mismo'. (subraya la fiscalía). La norma en cita del Decreto 284 de febrero 26 de 1973, no permite la deducción que hace el doctor Aponte Vanegas, por cuanto necesariamente el pago de una obligación debe ser posterior a su causa, o por lo menos, coincidentes. Por tanto el impuesto de timbre nacional se causa, y a la vez se extingue al verificarse el acto objeto del impuesto, esto es, la presentación de las facturas ante el cónsul para su legalización.

"Por lo brevemente expuesto la fiscalía conceptúa que si bien el vicio procesal anotado acumulación indebida de pretensiones no está erigido expresamente en causal de nulidad, sino que el juez debe en tales situaciones de conformidad con el artículo 85 numeral tercero del Código de Procedimiento Civil, declarar inadmisible la demanda y devolverlo con sus anexos, si no lo advierte oportunamente, ni el demandado excepciona, tales omisiones no pueden tener valor para sanear el vicio y dar competencia al juez para decidir el fondo del asunto, sino que debe anular la actuación con base en los artículos 26 de la carta y 4º del Código de Procedimiento Civil que dice: '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 aclarase 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' (subraya la fiscalía)".

Consideraciones para resolver

El artículo 82 del Código de Procedimiento Civil determina que podrán acumularse en una misma demanda varias pretensiones aunque no sean conexas siempre que concurran los siguientes requisitos:

1º Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

2º Que las pretensiones no se excluyan entre sí salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

3º Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Los requisitos legales transcritos se cumplen en su totalidad en el presente caso y debe agregarse que la actuación administrativa fue una sola para las tres sociedades demandantes que, incidentalmente y aunque no sea indispensable, son dependientes unas de otras por tener accionistas comunes.

El señor fiscal recuerda la disposición maestra del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil reproducción de las anteriores de la misma naturaleza según la cual el juez debe tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial y que, además, tales reglas resultan indispensables para que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso y se respete el derecho de defensa. Debe anotarse que el código de lo Contencioso Administrativo no tiene norma expresa aplicable a lo relacionado con la acumulación de acciones. Por ello, al tenor de lo enunciado por el artículo 282 del mismo código, "los vacíos de procedimiento" se llenarán de acuerdo con lo establecido por el Código de Procedimiento Civil.

En cuanto a la nulidad por procedimiento equivocado no hay lugar a declararla porque como se dijo en el auto admisorio de la demanda es la ley la que ordena que en cuanto hace a estos depósitos es el INCOMEX el encargado de resolver sobre su devolución.

El Decreto 444 de 1967 en su artículo 232 dijo: "El Banco de la República recaudará el impuesto del 1% sobre legalización de facturas consulares, el cual se causará en el momento de otorgarse el registro de importación, y será liquidado en moneda legal colombiana a la tasa de cambio del mercado de capitales". En este texto literal se basó el Incomex para negar la devolución de los impuestos cancelados, pues dice la norma que "el impuesto se causa con *el registro de importación.* Como dijo el Consejo 'por la misma letra de la ley que así lo dice, que a la solicitud de registro debe acompañarse el recibo de la consignación hecha en el Banco de la República, consignación y recibo que son independientes de que se obtengan o no la licencia de importación' ".

Sinembargo, el Decreto Ley 284 de 1973 subrogó el artículo 232 del Decreto 444 de 1967 cuando dijo en su artículo 26: "el impuesto

de timbre nacional deberá pagarse en el momento *en que se realice el hecho gravado,* salvo las excepciones indicadas en el mismo. Y el hecho gravado es 'la legalización de una factura consular', (artículo 5º numeral 43 Decreto Extraordinario 284 de 1973), hecho que no pudo tener ocurrencia por cuanto la factura consular ordinariamente se legaliza con posterioridad al otorgamiento de la licencia de importación. Como no se otorgó la licencia, a *fortiori* se colige que no hubo hecho imponible y desaparecida la causa del impuesto no hay hecho gravable y no hay impuesto".

El hecho generador causa de la obligación tributaria es condición necesaria para que la obligación surja a la vida jurídica. La inexistencia de la causa implica inexistencia de la obligación. Por ello, al tenor de lo dispuesto por el Decreto Ley 284 de 1973 la causa de la obligación o hecho generador en el caso *sub lite* es la legalización de una factura consular. Si tal legalización no ocurre, no hay causación del impuesto y debe devolverse lo pagado en caso de que el impuesto se hubiere cancelado con anticipación.

En esta ocasión la Sala considera aplicable lo anotado y agrega que si el impuesto se causa sólo en el momento de legalización de la factura consular, el dinero que se deposita previamente al registro o a la licencia es eso, un depósito, tal como lo reconoce el mismo Banco de la República con acertada interpretación legal porque en sus recibos para la consignación, impresos, se lee arriba en el encabezamiento en letra muy grande: **DEPOSITOS POR DERECHOS CONSULARES**, Pueden verse al efecto y como ejemplo los folios 54 y 57.

Es pues un depósito encaminado a garantizar el pago oportuno de un impuesto que está por causarse y el depositario tiene todas las responsabilidades que las leyes han establecido para proteger al depositante de los abusos del depositario, incluida la responsabilidad penal. Esta circunstancia explica también no sólo el sistema legal especial sino la razón por la cual es imposible en estos casos dar el trámite propio del juicio de revisión de impuestos. No habiéndose causado el impuesto, la suma depositada debe ser devuelta instantáneamente y en este caso la obligación es más acuciante puesto que los bienes que han debido importarse no se importaron porque la licencia fue revocada por acto unilateral del **INCOMEX** o como tan graciosamente lo dice el demandante, por acto del príncipe.

La decisión

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 nulo el acto administrativo contenido en el Oficio número 01688 O.F.J. número 034 del tres (3) de febrero de mil novecientos setenta y ocho suscrito por el Director del Instituto Nacional de Comercio Exterior;

2º El Instituto Nacional de Comercio Exterior devolverá al apoderado de la Fábrica de Grasas y Productos Químicos Limitada

Grasco, de Productora de Grasas y Aceites Vegetales S. A. Progral y de Grasas y Aceites Vegetales Gracetales Limitada la cantidad total de dos millones doscientos ocho mil ciento veintinueve pesos con cincuenta y dos centavos ($ 2.208.129.52) que se consignaron en el Banco de la República como depósito aplicable al impuesto de legalización de facturas consulares;

3º Esta sentencia se cumplirá dentro de los treinta días siguientes al de su notificación y si así no fuere se abonarán intereses de mora a la tasa legal hasta cuando se realice el pago.

Cópiese, publíquese, notifíquese en los Anales del Consejo. Comuníquese al director del Instituto Nacional de Comercio Exterior, notifíquesele al mismo funcionario personalmente en el momento de la entrega de la copia. Cúmplase. (Luego devuélvase el expediente contentivo de los antecedentes administrativos a su oficina de origen. Cúmplase).

Revalídese el papel común.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Erique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

OPERACION DE REDESCUENTO. — Naturaleza. La mecánica de redescuento y la utilización de cupos de crédito en el Banco de la República permiten deslindar perfectamente la decisión de un Banco Comercial de otorgar créditos a un cliente determinado y la de dicho banco de utilizar la línea de crédito que le ha señalado el Banco Central. Naturaleza de las funciones del Banco de la República.

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

(Consejero ponente: *Doctor Alfonso Angel de la Torre*)

Referencia: Expediente Nº 4970. Actor: Julio Mario Santo Domingo y otros. Nulidad del artículo 6º de la Resolución 11 de 1976 de la Junta Monetaria; del Acta de la Junta Directiva del Banco de la República del 16 de junio de 1977: del Oficio Nº DCF-8305 del 23 de junio de 1977 del Banco de la República. Indemnización. Materia: Autoridades Nacionales.

Se decide lo referente a la demanda de plena jurisdicción interpuesta por el apoderado judicial de Julio Mario Santo Domingo, Francisco Posada de la Peña, Roberto Pumarejo, inversiones Santo Domingo y Cía. S. en C., Santo Domingo y Cía. S. A., Compañía Agropecuaria del Atlántico, Ltda., Distribuidora Unión, Papeles y Edificaciones S. A. (Dupesa), Ganadería e Inversiones Unión S. A., Corporación Financiera de Santander S. A. (Corfinansa) y Cervecería Andina S. A., respecto del artículo 6º de la Resolución 11 del 25 de febrero de 1976, proferida por la Junta Monetaria, del Oficio Nº DCF-8305 del 28 de junio de 1977, proferido por el Banco de la República, y del Acto administrativo contenido en el acta de la Junta Directiva del Banco de la República del 16 de junio de 1977, "mediante el cual se expidieron normas para el trámite de las solicitudes de préstamo para financiar las compras de acciones, participaciones o derechos de propiedad de inversionistas extranjeros" y en que se negó a los demandantes la solicitud de crédito presentada con cargo al cupo de crédito de la Resolución 11 de 1976 de la Junta Monetaria, y en que se solicitó a modo de restablecimiento del derecho, se declarara "que no hay lugar a denegar para los demandantes la solicitud de préstamo" y se condenara, en forma genérica o concreta al Banco de la República a pagar a los demandantes los perjuicios sufridos con la negativa de préstamo (daño emergente y lucro cesante).

1. *La competencia del Consejo de Estado*

El presente negocio es de competencia de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado en virtud del artículo 30 del Decreto 528 de 1964

y corresponde decidirlo a la Sección Cuarta conforme al Acuerdo I de 1971 de la Sala Plena que atribuye a esta sección el conocimiento de los "juicios de simple nulidad y de plena jurisdicción de actos administrativos que no sean de carácter laboral, emanadas de las siguientes entidades: Junta Monetaria y Superintendencia Bancaria".

2. *El fallo del* 28 *de septiembre de* 1978

Esta misma Sala, en la providencia del 28 de septiembre de 1978, declaró nulo el artículo 6º de la Resolución 11 del 25 de febrero de 1976, proferida por la Junta Monetaria y "el acto administrativo de carácter general contenido en el acta de la Junta Directiva del Banco de la República, correspondiente a la sesión del día 16 de junio de 1977 mediante el cual se expidieron normas para el *trámite de solicitudes de préstamo para financiar las compras de acciones, participaciones* o derechos de propiedad de inversionistas extranjeros, de que tratan las Resoluciones 11 de 1976 y 13 de 1977, originarias de la Junta Monetaria" (folio 158).

La Corporación, en esa ocasión realizó un ponderado estudio de los antecedentes, exposición de motivos de la Ley 21 de 1963 y de los debates parlamentarios. Con base en lo anterior expresó "que las *finalidades buscadas con la creación de la Junta Monetaria fue* (*sic*) la de independizar del interés privado las medidas monetarias, cambiarias y de crédito, eliminar la concentración del crédito bancario en pocas manos" (folio 201).

"La competencia —agregó el Consejo— en materia de políticas monetarias, crediticia y cambiaria la tiene en forma exclusiva la Junta Monetaria... facultad que es exclusiva y excluyente y que no puede ser concebida, ni delegada, ni participada, ni de ningún modo transferida".

"A su turno el Banco de la República tan sólo tiene competencia para ejecutar las decisiones de la Junta Monetaria, esto es, que es un órgano auxiliar de la misma, pero de ninguna manera la tiene para tomar determinaciones de las que el legislador atribuyó a la Junta Monetaria.

"Por lo mismo no estando facultada la Junta Monetaria para delegar en otra persona o entidad las facultades de que la revistió la ley para manejar la moneda el crédito y los cambios, resulta evidente que excedió sus poderes cuando por el artículo 6º de la Resolución número 11 de 1976 dispuso que el Banco de la República en coordinación con la oficina de cambios, estableciera las medidas de carácter general para garantizar la correcta utilización de los recursos a que la misma resolución se refiere, fijara normas para el control de las operaciones de crédito y para otras medidas pues todas ellas son de la exclusiva competencia de la misma junta y como consecuencia las normas dictadas por el banco en desarrollo de tal delegación resultan igualmente nulas por falta de aptitud legal para proferirlas" (folios 203 y 204).

En esta demanda se plantea la nulidad de las normas dictadas, pero no ya en ejercicio de una acción de nulidad, sino en desarrollo de una plena jurisdicción, lo cual encaja perfectamente con el alcance dado por la corporación a esta acción al decir que "si mediante la

petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación, como la Sala sostuvo en la mencionada sentencia (10 de agosto de 1961), se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción" (fallo del 21 de agosto de 1972).

Sin embargo al haber ya sido resuelta la demanda de nulidad de dichos actos en esta providencia se acatará el principio de la cosa juzgada.

3. *El concepto Fiscal*

El doctor Carmelo Martínez Conn, Fiscal Tercero del Consejo, opina que es procedente la demanda a fin de restablecer en su derecho a los demandantes, "debiendo por ello la Junta Monetaria conceder el redescuento de los créditos solicitados con cargo a la Resolución 11 de 25 de febrero de 1976".

Fundamenta su concepto al decir:

"Todos o casi todos los solicitantes demostraron capacidad económica suficiente para garantizar el reembolso del préstamo, así mismo que los intereses extranjeros objeto de la negociación producían lo suficiente para el pago de la obligación originada en su adquisición, así como su calidad de colombianos y la conveniencia para la economía del país en la adquisición de los indicados intereses, comoquiera que se trataba de empresas, madereras la una y la otra dedicada a su transformación industrial, como lo aceptó la Oficina de Crédito de Fomento del Banco de la República (folios 7 y 8, cuaderno de pruebas trasladadas de la documentación levantada ante el Banco de la República). Si bien es cierto, como lo hizo constar la citada Oficina de Crédito de Fomento del Banco de la República, que dos de los solicitantes, el doctor Francisco Posada de la Peña y Roberto Pumarejo K., no acreditaron tener patrimonio suficiente para garantizar la cuota que les correspondía en el préstamo total, ($ 23.681.983.00) a cada uno, lo es también que la obligación es solidaria y que el patrimonio reunido de todos los solicitantes (10) en total era en esa época de doscientos ochenta y ocho mil dos millones de pesos, suma superior al préstamo total solicitado de $ 236.819.00. (sic).

"Por lo demás fueron acreditados todos los requisitos de forma como son la existencia de las personas jurídicas cuyas acciones eran objeto de negociación, así como la de las compradoras, el carácter de nacionales colombianos de los prestatarios y la capacidad de éstos para responder por la cancelación del préstamo para la adquisición de los bienes en manos de personas extranjeras, y de su capacidad para generar utilidades suficientes para cancelar la inversión que demandaba su adquisición. Es la opinión de esta Agencia del Ministerio Público que habiéndose demostrado por los solicitantes que se encontraban dentro de la situación general reglamentaria para beneficiarse con la línea de crédito abierta para la colombianización de intereses extranjeros, ni la Junta Monetaria ni el Banco de la República que obraba como delegatario de la primera, podían negar el préstamo al igual que podía hacerlo cualquier empresa o banco particular, en

tratándose de intereses particulares, pues si se aceptara tal criterio, habría que aceptar también que a una entidad pública le es dado hacer discriminación en su actividad y esa posibilidad debe quedar desechada del ámbito del derecho público" (folios 151, 152 y 153).

En cuanto a los perjuicios sufridos por los demandantes considera que no se acreditó la cuantía del perjuicio pero que ella se puede "demostrar en otro juicio distinto procediendo en esta oportunidad la declaración de condena *in genere* por este concepto" (folio 153).

4. *La impugnación*

Los doctores Carlos Restrepo Piedrahíta y Rodrigo Noguera Laborde se opusieron a las súplicas de la demanda, exponiendo entre otras razones, según palabras del último, lo siguiente:

"Debo comenzar por anotar que el mismo apoderado, doctor Caballero Sierra, ya había pedido al H. Consejo de Estado, en ejercicio de la acción pública de nulidad, la invalidez de los dos primeros actos anteriormente citados, o sea, el artículo 6º de la Resolución 11 de 1976, y el acta de la Junta Directiva del Banco de la República que contiene las 'recomendaciones' aprobadas por dicho organismo para el estudio de las solicitudes de redescuento de los préstamos que se hicieron con imputación a la resolución citada. Los motivos que entonces invocó el Doctor Caballero Sierra son exactamente los mismos contenidos en la demanda a que ahora me refiero, —salvo uno, del que trataré más adelante literalmente transcritos, motivos que ya fueron impugnados por el suscrito, en unión del doctor Carlos Restrepo Piedrahíta, en escrito presentado en el expediente 4930, el día 8 de febrero del año en curso. Estimo que en este memorial se demostró en forma evidente que los motivos de nulidad invocados por el citado apoderado contra los actos mencionados carecían de toda consistencia, razón por la cual pedimos al H. Consejo que denegara las solicitudes de la demanda.

"En la presente, como motivo adicional de nulidad, que se endereza contra los dos últimos actos citados, o sean, los que contienen la negativa que el Banco de la República impartió al redescuento de los créditos solicitados por los demandantes, el doctor Caballero Sierra invoca la desviación de poder, por cuanto en su sentir las 'recomendaciones' o 'criterios' aprobados por el Banco de la República para el estudio y decisión de aquellas operaciones de crédito 'fueron proferidas *ad hoc*, vale decir, para el fin determinado y específico de encontrarle un sediciente soporte a la negativa del préstamo' y con un 'ostensible criterio discriminatorio', como se lee en los hechos 12 y 13 de la demanda.

"Sin embargo, ninguno de estos dos hechos fueron demostrados dentro del proceso, aún más, no existe en él siquiera el más leve o pequeño indicio que pueda sugerir el pensamiento de que las medidas aprobadas por el banco hubieran sido expedidas con el fin de denegar las operaciones crediticias citadas. El señor apoderado de los demandantes quiso probar que ellas sólo habían sido aplicadas a sus poderdantes, pero las pruebas allegadas al expediente demostraron lo contrario, con lo cual cayó por su base el pretendido cargo de la 'discriminación', y quiso también probar que esas medidas habían sido ex-

pedidas con el exclusivo objeto de obtener la negativa que se produjo para las citadas operaciones crediticias, olvidando que el mismo resultado habría podido conseguirse sin la expedición de esas normas, en razón de que toda entidad de crédito es autónoma para el estudio de las solicitudes de préstamo, y con mayor razón una entidad como el Banco de la República, a quien correspondía decidir sobre la viabilidad de los redescuentos de los préstamos a que se refiere la Resolución 11, de tanta incidencia en la economía nacional. Porque las solicitudes de redescuentos presentadas al Banco de la República por los intermediarios financieros, con imputación a la mencionada resolución de la Junta Monetaria, no operaban ni podían operar mecánicamente, de suerte que se estimara que bastaba con su presentación para que el banco estuviera en la obligación de otorgarlas.

"Pensarlo así sería absurdo, porque ningún crédito, y menos los bancarios, podrían otorgarse en esa forma. Todo banco estudia las solicitudes que le han sido presentadas, sin normas previas fundamentales, a la luz de varios criterios, y las niega o las aprueba según el resultado de esos estudios. Y con mayor razón tiene que hacerlo una entidad de derecho público, como lo es el Banco de la República, en presencia de solicitudes de crédito con fines muy especiales, distintos de los ordinarios, donde el examen de ellas tiene que hacerse también con criterios especiales, aparte de los generales o comunes. El Banco de la República habría podido, pues, negar esos redescuentos, si a su juicio los encontraba improcedentes, sin necesidad de disponer de normas expresas que se lo permitieran la sola discrecionalidad de que dispone para el otorgamiento de los redescuentos, particularmente en el caso de los autorizados por la Resolución II, que tuvo un carácter muy especial y transitorio, le bastaba para ello.

"El hecho, pues, de que el Banco de la República, en una misma sesión de su junta directiva, hubiera expedido unas medidas para el estudio y decisión de las solicitudes de redescuento de que trata la Resolución 11 de la Junta Monetaria, y hubiera negado las relativas a los créditos de los demandantes, no puede tener el significado que se le atribuye, porque sin aquéllas, como se ha dicho, también habían podido alcanzarse los mismos resultados, aparte de que la simultaneidad de las dos cosas no se oponían, ni podían inducir por sí mismas a sospechas ni a malas interpretaciones, la buena fe, la rectitud en el obrar, se presumen mientras no se demuestre lo contrario.

"La pretendida actuación *ad hoc* y con carácter discriminatorio que se le atribuye a la entidad que represento es, pues, manifiestamente temeraria. No existe nada objetivo que permita pensarlo.

"El señor apoderado de los demandantes aspira también al pago de unos perjuicios a manera de restablecimiento del derecho de sus poderdantes. Sin embargo, olvidó por completo determinar en qué consistían esos perjuicios, y, por ende, olvidó también demostrarlos. Porque para aspirar al pago de perjuicios no basta con afirmar que se han producido. En primer lugar, como lo explican todos los tratadistas y lo sostiene nuestra jurisprudencia en forma invariable, es preciso demostrar que esos perjuicios son *ciertos*, lo que implica determinarlos. En segundo lugar, hay que probar también que los perjuicios especificados o determinados tuvieron por causa un hecho con-

creto, en el caso que nos ocupa, la negativa del Banco de la República a las solicitudes de redescuento. En otros términos: hay que probar igualmente una relación de causa a efecto entre el daño y la actuación.

"El señor apoderado de los demandantes no sólo se abstuvo de explicar en qué consitían los perjuicios invocados, determinándolos con claridad, sino que prescindió también de explicar el nexo de causalidad entre aquéllos y el proceder de la entidad que represento.

"Aún más: se abstuvo de solicitar pruebas para la demostración de estos hechos, como era de rigor, proceder que resalta la temeridad de la acción, y que, por lo mismo, coadyuva la legalidad de la actuación de la entidad que represento.

"Lo expuesto es suficiente para pedir muy respetuosamente al H. Consejo, como lo hago en mi carácter de apoderado sustituto del Banco de la República, que niegue las solicitudes de la parte demandante".

5. *La operación de redescuento*

Para establecer si los actos por los cuales se negó *la solicitud de crédito formulada* por los demandantes constituyen o no actos administrativos sujetos al control jurisdiccional, necesario es determinar o analizar un punto fundamental, que es el de precisar la naturaleza propia de la operación de redescuento, es decir, si de su naturaleza puede desprenderse que él corresponde a una operación típica y única de la banca central, o si, por el contrario, que por no ser exclusiva de ella, también es desarrollada por bancos particulares, como acto comercial corriente dentro del desarrollo de la actividad bancaria.

La operación de redescuento consiste básicamente en que una institución de crédito hace descontar por otro banco los documentos que previamente éste había descontado a sus clientes. El redescuento es entonces una operación típicamente comercial en la que el Banco Central se convierte en prestamista de los prestamistas, con miras a regular en una forma más adecuada y efectiva el conjunto de relaciones patrimoniales entre la banca en general y su clientela.

Por esta razón no existe relación directa entre el crédito del Banco Central o Banco de la República, y entre el préstamo que finalmente obtiene un particular del banco comercial, pues una es la provisión de recursos que en términos generales obtiene el banco comercial por la vía del redescuento en su condición de intermediario financiero y otro es el préstamo que con esos recursos otorga a sus clientes particulares.

La Junta Monetaria, como entidad reguladora de la moneda y del crédito, señala al Banco de la República cupos ordinarios o especiales de crédito para el descuento o redescuento de operaciones destinadas a determinadas actividades económicas, cupos que se hacen efectivos a través del otorgamiento de crédito al sistema bancario. El Banco de la República en su doble calidad de ejecutor de la política monetaria y de crédito que le trace la Junta Monetaria, y de banquero de última instancia que provee de la liquidez necesaria al sistema ban-

cario para sus operaciones, maneja los cupos de crédito y permite su utilización a los bancos comerciales cuando quiera que los necesiten.

La operación de redescuento se materializa mediante la negociación de títulos valores de contenido crediticio, regulada por el Código de Comercio, negociación que configura un típico acto de comercio, sucede que, sin menoscabo de la autonomía que las normas comerciales otorgan a los títulos valores, éstos pueden generarse como consecuencia de una operación de mutuo entre el banco comercial y su cliente. En virtud de ese contrato de mutuo en el que el cliente de un banco comercial adquiere obligaciones para con éste, el banco exige la emisión de un título valor que respalde el monto de las obligaciones derivadas del mutuo, con el objeto de contar con la acción cambiaría directa que le otorga el artículo 781 del Código de Comercio y, además, por la agilidad que para la operación del sistema financiero representa la negociación de un título valor con otro banco o con el Banco Central. Siendo el título valor un documento que legitima el ejercicio del derecho literal y autónomo incorporado en él, es incuestionable que de esa autonomía se desprende que la negociación del título valor es independiente del contrato de mutuo que lo puede haber generado y que de allí no se da ni puede darse el caso de que al tiempo con la negociación del título valor mediante endoso, se produzca también la cesión del crédito o mutuo al banco redescontante.

Las anotaciones anteriores indican la independencia existente entre las relaciones jurídicas del banco comercial y el particular que a él acude, con las de dicho banco y el banco emisor.

El Banco de la República, como banquero de bancos, es una institución de crédito, cuya actividad financiera se desarrolla a través de los bancos del país y, por consiguiente, las relaciones jurídicas directas únicamente nacen de la función de crédito que despliega frente al sistema bancario; en contadas excepciones el banco central cumple funciones de financiamiento directo a particulares.

La mecánica del redescuento y la utilización de cupos de crédito en el Banco de la República permiten deslindar perfectamente la decisión de un banco comercial de otorgar crédito a un cliente determinado y la de dicho banco de utilizar la línea de crédito que le ha señalado el Banco Central.

Finalmente es importante determinar la naturaleza de las funciones del Banco de la República en estas materias para poder establecer si las operaciones de esta clase o las decisiones con relación a éstas puedan considerarse como actos administrativos sujetos al control jurisdiccional, o no.

Para este propósito es oportuno considerar que la Sala de Consulta del Consejo de Estado se ha pronunciado en dos oportunidades en el intento de determinar la naturaleza jurídica del Banco de la República y que así, en concepto emitido el 6 de mayo de 1975, cuyo ponente fue el doctor Carlos Restrepo Piedrahíta, expresó:

"Atípica como fue la génesis de esta institución estatal, su evolución tenía que ser necesariamente compleja y de difícil identificación jurídica por los perfiles especiales, extraordinarios con que la

institución fue configurada y por la singularidad de sus internas modificaciones.

"Si han existido tendencias u opiniones para filiar al Banco de la República como categoría del derecho privado, otras, conscientes de su 'carácter casi público' han tendido a considerarlo dentro de alguna de las modalidades medianeras entre el el sector público y el privado: la concesión o la sociedad de economía mixta por ejemplo".

Y en concepto del 11 de febrero de 1976, cuya ponencia estuvo a cargo del doctor Luis Carlos Sáchica, se dijo:

"Resulta aún más clara *su condición de ente público estatal,* que ha tenido continuamente desde su fundación, y dentro de tal género, por el pequeño aporte particular y la forma de constitución como sociedad, *pertenece a la especie de ente mixto.*

"De donde resultaría, en la tipología y nomenclatura de la constitución y la ley colombiana, (artículo 76, ordinales 9º y 10, y Decreto 1050 y 3130 de 1968) que *el Banco de la República es actualmente una sociedad mixta con partipación estatal mayoritaria,* aunque al mismo no se le aplique, por disposición de la Ley 7ª de 1973, el régimen previsto en los decretos acabados de citar dada la especialidad de sus funciones y el carácter único de su constitución".

Ahora bien, el artículo 8º del Decreto 1050 de 1968 definió lo que entiende la ley por sociedades de economía mixta en la siguiente forma:

"Artículo 8º De las Sociedades de Economía Mixta. Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

"El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social".

Armonizando las nociones técnico-jurídicas del redescuento expresadas anteriormente; el criterio autorizado de la Sala de Consulta sobre la naturaleza jurídica del Banco de la República; y la definición que da la ley de las sociedades de economía mixta, fácil es comprender que aun cuando el Banco de la República es un ente de servicio público que en un momento dado puede realizar actos administrativos de acuerdo con disposiciones expresas de la ley, las operaciones típicas bancarias que realice están sujetas a las reglas de derecho privado y por lo tanto no pueden considerarse actos administrativos sujetos al control jurisdiccional, como es el caso del redescuento bancario comercial al que nos estamos refiriendo.

6. *La legitimación en la causa*

Debe observarse, finalmente, que sólo está legitimado en la causa como demandante, la persona que tiene el derecho que reclama, es decir, el titular del mismo.

En el caso *sub judice*, la solicitud de redescuento fue presentada por el Banco de Santander a quien se dirigió la comunicación dando aviso de la negativa. Es entonces evidente que de existir un derecho al crédito éste ha debido ser otorgado al Banco de Santander, quien como se observa en el expediente, no se hizo parte en el proceso. Dicha entidad bancaria sería la hipotéticamente lesionada y no los demandantes que carecerían entonces de interés jurídico en la acción.

"La legitimación, dice el profesor Hernando Morales M., sólo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente contra la persona frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser ejercitada. De modo que la cualidad en virtud de la cual una pretensión puede y debe ser ejercitada contra una persona en nombre propio se llama legitimación para obrar, activa para aquél que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquél contra el cual se ha de hacer valer. En síntesis, la legitimación para obrar o en causa determina lo que entre nosotros se denomina impropiamente personería sustantiva". (Curso de Derecho Procesal Civil, sexta edición, página 141).

Esta carencia de legitimación en la causa o de personería sustantiva en el caso *sub lite*, por cuanto el redescuento debía concederse al establecimiento de crédito Banco de Santander, quien no se hizo parte en el proceso para demandar en acción de plena jurisdicción la nulidad de los actos acusados, conduce, junto con lo ya dicho en cuanto a la naturaleza propia del redescuento, a que el Consejo de Estado se encuentre inhibido para resolver por no ser procedente un pronunciamiento de fondo.

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

Falla:

Declárase inhibido para resolver el presente negocio.

Revalídese el papel común.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

VEDA. FACULTAD DE IMPOSICION POR EL INDERENA. El Inderena puede imponer vedas, pero siempre en forma no permanente, porque el sentido mismo de la figura de la veda, implica temporalidad.

Nulidad de la Resolución número 0787 de 22 de junio de 1977 proferida por el Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del ambiente Inderena, "por la cual se veda la caza deportiva de mamíferos, aves y reptiles de la fauna silvestre".

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

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expedientes Nºs 2726 y 2732, acumulados. Nulidad de la Resolución Nº 787 de 1977, expedida por el Inderena. Actores: Alfonso Clavijo González y Rodrigo Noguera Calderón y Ernesto Peña Quiñones, en su orden.

Se deciden los procesos acumulados promovidos por los ciudadanos y abogados Alfonso Clavijo González —el Nº 2726— y Rodrigo Noguera Calderón y Ernesto Peña Quiñones —el Nº 2732—, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 216 de la Constitución Nacional, el primero, y diciendo actuar en uso de la acción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, el segundo, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución Nº 0787 de 22 de junio de 1977, proferida por el Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —Inderena—, "por la cual se veda la caza deportiva de mamíferos, aves y reptiles de la fauna".

Fundamentos de hecho de la acción

1. La Resolución acusada fue expedida con base en las facultades conferidas en las letras h) de cada uno de los Arts. 253 del Código de Recursos Naturales y 38 del Decreto Ley 133 de 1976.

2. Dicha resolución impuso la veda permanente para la caza deportiva de mamíferos, aves y reptiles de la fauna silvestre en todo el territorio nacional, con la única excepción, con fines de control, de la sub-especie de la paloma denominada torcaza "nagüiblanca" (Zenaida ariculata caucae), pero tan sólo en la cuenca hidrográfica del río Cauca, en el Departamento del Valle, sometiéndola a la reglamentación vigente de la corporación Autónoma Regional del Cauca —CVC—.

Disposiciones invocadas como violadas y concepto de la infracción

En el proceso número 2736 se señalan como transgredidos los artículos 16, 20, 23, 45 y 51 de la Constitución; 258 literal h) del Decreto Ley 2811 de 1974 y 18 de la Ley 23 de 1973. Y el número 2732 se indican como tales los Arts. 16 y 30 de la Carta; 43, 248, 256, 257 y 258 literales b) y h) del Código de Recursos Naturales Renovables; 685, 686, 688, 694 del Código Civil, y 66 del Código Contencioso Administrativo.

Al dar el concepto de la violación los actores dicen, en términos generales, que el Inderena no tenía facultades para expedir la resolución enjuiciada, por lo cual incurrió en abuso de poder y extralimitación de funciones; que el decomiso de armas y municiones y la imposición de multas son atribuciones del Gobierno; que la resolución demandada afecta la flora porque algunas plantaciones son destruidas por la llamada paloma corralera en el Tolima, el Huila y los Llanos Orientales; que no se puede prohibir la cacería en forma indefinida, pues ella es una actividad antigua, importante y permitida, a tal punto que el Código de Recursos Naturales la regula dividida en seis especies, entre ellas la deportiva, y que la Constitución y la ley son aplicables a todos los colombianos y no solamente a un sector de la población.

La suspensión provisional

En la demanda mediante la cual se instauró el proceso 2726 se solicitó la suspensión provisional de los artículos 1º, 4º y 5º de la Resolución acusada y en el 2732 la de todos los artículos que contiene la misma resolución, con base en que ella infringe de manera manifiesta los artículos 248, 256 literal b) del Código de Recursos Naturales Renovables.

En el juicio 2726 se decretó la suspensión provisional de la palabra "permanente" del artículo 1º del acto acusado y de los artículos 4º y 5º del mismo, en cuanto a que al establecer sanciones y al derogar las normas que le sean contrarias se incurrió en usurpación de funciones.

En el juicio 2732 se suspendió todo el acto, por estimar violado ostensiblemente el artículo 257 del citado Código, en atención a que el vocablo "veda" significa espacio de tiempo en que se prohíba cazar o pescar, siendo por tanto una prohibición de tipo temporal, mientras que el artículo 1º impuso la veda permanente, contrariando así el alcance técnico del vocablo, en lo que también incurrió todo el artículo del acto, el cual integra una unidad.

La impugnación de las demandas y los recursos de súplica

El proceso 2726 fue impugnado por el señor Alberto Donadio y el 2732 lo fue por éste y por el Inderena, quienes en los escritos de impugnación sostienen que el acto acusado no viola el artículo 358 literal h) del Código de Recursos Naturales Renovables porque él autoriza al Inderna para imponer vedas periódicas, prohibiciones permanentes y, en general, para tomar las previsiones necesarias para la protección de la fauna y adoptar también medidas de policía. Esto

los llevó a pedir la revocatoria de la suspensión provisional decretada en ambos procesos.

El doctor Alfonso Clavijo González y el señor Alberto Donadio interpusieron el recurso de súplica contra el decreto de suspensión provisional dictado por el proceso 2627, el cual fue decidido en forma desfavorable a los opositores. En el otro proceso el Inderena y el señor Alberto Donadio recurrieron en súplica con el mismo objeto, el que también fue despachado desfavorablemente, argumentando que si del artículo 256 del Decreto Ley 2811 de 1974 no se deduce claramente que las vedas y prohibiciones puedan comprender los cotos de caza particulares, en cambio del 257 *ibídem* sí se desprende que las vedas no pueden ser permanentes y que como las prohibiciones de los demás artículos garantizan el cumplimiento del primero, es obvio que deban correr la misma suerte.

El concepto del Ministerio Público

En su concepto de fondo el señor Fiscal Primero de la corporación solicitó que se decrete la nulidad pedida en el libelo.

Manifestó que de conformidad con las razones expuestas en los autos que ordenaron la suspensión provisional y en aquellos que resolvieron las súplicas interpuestas contra ellos, es evidente que la resolución proferida por el Inderena, materia de la acusación, viola los artículos 257, por cuanto impuso veda permanente, teniendo únicamente facultad para decretar veda temporal o periódica; 258, literal h), porque prohibió la caza deportiva sin efectuar clasificación de especies y el 248, toda vez que no hizo excepción de las especies de los zoocriadores y cotos de caza de propiedad privada, a pesar de que esta norma los separa de la fauna silvestre de propiedad de la Nación.

Consideraciones de la Sala

Surtida normalmente la tramitación de los procesos acumulados sin que se verifique causal de nulidad, la Sala procede a resolverlos mediante las siguientes consideraciones:

1. *El acto acusado*

El artículo 1º de la Resolución Nº 0787 de 1977 estableció "veda permanente en todo el territorio nacional para la caza deportiva de mamíferos, aves y reptiles de la fauna silvestre", pero exceptuó la caza deportiva de la sub-especie de paloma denominada "nagüiblanca" (Zenaida auriculata caucae), únicamente en la cuenca hidrográfica del río Cauca, Departamento del Valle, por razón de que esta zona se rige por los reglamentos vigentes de la Corporación Autónoma Regional del Cauca. En su artículo 2º ordenó que la infracción de lo dispuesto en ella se sancionaría con el decomiso del producto, de las armas y municiones utilizadas y con multas hasta por $ 500.000.00 y dispuso, finalmente, en su artículo 4º la derogatoria de las normas que le fueran contrarias.

2. *Naturaleza de las acciones incoadas*

En el proceso 2732 los demandantes solicitaron la nulidad de la resolución cuestionada y como consecuencia de tal declaración pidieron

a modo de restablecimiento del derecho, que se disponga que no existe veda en el territorio nacional ni que el Inderena pueda establecerla en los cotos privados de caza y que, antes de establecerla, deberá efectuar la clasificación que prevee el literal b) del artículo 358 del Código de Recursos Naturales.

Como se manifestó en el auto del 16 de noviembre de 1977, dictado en el proceso 2732, la acción en él planteada no es, en esencia, de plena jurisdicción sino de nulidad, porque el restablecimiento del derecho "se produciría como un efecto natural y automático de la simple declaración de nulidad del acto general impugnado, sin necesidad de ningún pronunciamiento adicional del fallador, pues a la administración le está prohibido reproducir en actos posteriores el contenido de los actos que han sido declarados nulos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mientras subsista idéntica la normatividad superior que se quebrantó con el auto anulado".

En el proceso 2726 el demandante solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 1º, 4º y 5º de la Resolución 787 de 1977 y, en subsidio, la nulidad de dichos artículos por extralimitación y exceso de poder. En este juicio se encuentra establecido que la acción ejercida es la de nulidad, o sea, la consagrada en el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

De tal manera que teniendo en cuenta el contenido de la pretensión en ambos procesos, la Sala debe concluir que se trata de una acción conjunta de nulidad y que, por esta razón, en el juicio 2732 no podrá accederse a las peticiones relacionadas con el restablecimiento del derecho.

Como la veda a que se contrae la resolución acusada es de carácter general, no puede afectar derechos individuales, motivo por el cual no cabe el restablecimiento de derechos particulares.

En cambio puede afirmarse que el acto acusado viola indirectamente el artículo 20 de la Constitución Nacional por haberse dictado con extralimitación de funciones, como se va a demostrar en el epígrafe siguiente. Pero en relación con la petición de restablecimiento del derecho, se observa que ella se refiere no a un drecho específico sino al régimen jurídico relativo a las funciones del Gerente del Inderena. De otra parte, no puede pedírsele a esta jurisdicción que disponga la adopción de medidas generales, a manera de restablecimiento del derecho, porque éste debe referirse siempre a cuestiones concretas.

4. *Veda periódica o temporal y prohibición indefinida*

El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, expresa en su artículo 257 que "Se entiende por veda de caza la prohibición temporal de cazar individuos de determinada especie en una región", y el artículo 258 literal h) faculta al Inderena para "Imponer vedas periódicas o temporales o prohibiciones permanentes y fijar áreas en que la caza puede practicarse y el número, talla y demás características de los animales silvestres y determinar los productos que puedan ser objeto de aprovechamiento según la especie zoológica". De estas normas se deduce que el Inderena tiene dos tipos de facultades: a) La de imponer vedas tem-

porales o periódicas, y b) efectuar prohibiciones de carácter permanente, pero, en ningún caso, imponer veda permanente porque el sentido mismo de la figura de la veda implica temporalidad, de lo que se concluye que la resolución demandada contraría el citado código, por excederse en el ejercicio de las funciones que él le asigna.

Tanto en el auto que decretó la suspensión provisional como en aquel por el cual se la confirmó, se expresaron las mismas razones que hoy reitera la Sala, por lo cual concluye que debe prosperar el cargo por violación del literal h) del artículo 258 del código de la materia de que se viene tratando.

5. *La Resolución* 0397 *de* 1978

Los promotores del juicio 2732 presentaron, cuando ya se había ordenado que el expediente pasara para concepto de fondo al Fiscal Primero de la Corporación, el escrito que corre al folio 58, en el cual solicitaron que, con aplicación de los artículos 99 y 100 del Código Contencioso Administrativo, se decretara la suspensión provisional y la nulidad de la Resolución Nº 0397 de 5 de mayo de 1978, emanada del Inderena, por considerar que constituía una reproducción de la Resolución 787 de 1977, acusada y suspendida provisionalmente en el citado juicio.

Por el auto de 4 de agosto de 1978, dictado por el Consejero Sustanciador y confirmado por el proferido por la Sala de Decisión el 8 de septiembre del mismo año, se resolvió que la Resolución 0397 no constituía una reproducción de la 0787 de 1977, porque la primera establece una prohibición de cazar, mientras que la segunda impone una veda permanente. Dice el auto:

"En el caso de la Resolución 0787 de 1977 el Inderena, usando de la facultad de imponer vedas, estableció una veda permanente, con fundamento en una causa de carácter puramente temporal, con lo cual excedió de manera manifiesta el precepto legal que autoriza la veda como una prohibición temporal o periódica. Ahora, en la Resolución Nº 397 de 1978 se implanta una prohibición con fundamento en una razón diferente, que se hace consistir en la necesidad de realizar estudios sobre la fauna silvestre que permitan determinar cuáles especies pueden ser objeto de la caza deportiva, así como las temporadas y el número de especímenes cuya obtención pueda permitirse y las vedas que deban establecerse para la protección del recurso. *'Prima facie'* se advierte que lo establecido ahora no es una veda, sino una prohibición de duración no definida, determinada por un motivo diferente, lo cual significa que se ha hecho uso de una facultad distinta en orden a alcanzar una diversa finalidad".

De la misma manera el auto del 8 de septiembre de 1978, que resolvió el recurso de súplica interpuesto contra el anterior, expresó:

"2º) La Resolución 397 de 1978 no impuso una *veda permanente*, sino que prohibió 'el ejercicio de la caza deportiva de mamíferos, aves y reptiles de la fauna silvestre en el área de jurisdicción del Inderena, hasta tanto se realicen los estudios a que se refiere el artículo siguiente'. Por consiguiente, el Inderena ejerció no la facultad de vedar, sino la de prohibir la caza deportiva en el territorio de su ju-

risdicción y, por lo mismo, ese acto no constituye una reproducción esencial de la Resolución Nº 0787 de 1977, lo que permite concluir que, como resolvió el auto suplicado, no es el caso de dar aplicación al artículo 100 del Código Contecioso Administrativo y de disponer su suspensión provisional".

Con respecto al episodio de la Resolución 397 se anota, por último, que el auto de 8 de septiembre de 1978 definió su ninguna relación con la cuestión planteada en los procesos acumulados que ahora se deciden, esto es, que en virtud de dicho auto tal resolución quedó desvinculada de los últimos.

De todo lo anterior se concluye que es procedente acceder a la declaración de nulidad impetrada.

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 fiscal.

Falla:

1º) Anúlase la Resolución Nº 0787 de 22 de junio de 1977, proferida por el Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —Inderena—, "por la cual se veda la caza deportiva de mamíferos, aves y reptiles de la fauna silvestre".

2º) Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

Ejecutariada esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que en la atenrior providencia colaboró, como Abogado Asistente de la Corporación, la doctora Marcela Romero de Silva, y que ella fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y nueve.

Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

POLITICAS SOBRE ABASTECIMIENTO DE LA DEMANDA NACIONAL. INTERVENCION DEL ESTADO EN LA DISTRIBUCION Y CONSUMO DE LOS BIENES PARA RACIONALIZAR Y PLANIFICAR LA ECONOMIA. — Las medidas pertinentes para realizar esta política debe dictarlas el Gobierno constituido para estos efectos por el Presidente de la República y el Ministerio o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente (artículo 57 Constitución Nacional). El artículo 1º del Decreto 140 de 1975 daba competencia al Superintendente Nacional de Producción y Precios para determinar las cuotas de producción de azúcar que los Ingenios debían vender a determinadas entidades, pero, para poder afirmar que esta función le fue atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio, es necesario que una norma legal así lo disponga, porque las competencias son expresas, ya se establezcan por vía de cláusula general o en forma taxativa.

Nulidad de las Resoluciones Nºs 1559 de 1977 y 1959 de 1977 expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio.

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

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Referencia: Expediente: Nº 2855. Actor: Central Oriente Ltda.

La sociedad "Central Oriente Ltda.", con domicilio en Palmira, por intermedio de apoderado ha solicitado que, previo al trámite de rigor y por sentencia definitiva, se hagan las siguientes similares declaraciones:

"PRIMERA. Es NULA la Resolución número 1559 de 23 de septiembre de 1977, expedida por el señor Superintendente de Industria y Comercio en cuanto por medio de ella se ordenó que la sociedad 'CENTRAL ORIENTE LTDA' debería vender mensualmente a la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan 'ADEPAN' 207 sacos de 50 kilogramos de azúcar sulfitada;

"SEGUNDA. Es igualmente NULA la Resolución número 1959 de 17 de noviembre de 1977, también expedida por el señor Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la cual no se accedió a reponer la Resolución número 1559 de 1977;

"TERCERA. A la sentencia se le dará cumplimiento dentro del término establecido por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

I. Fundamentos de la demanda

A. Los hechos

La demanda se basa en los siguientes hechos:

"1º) Considerando que la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan 'ADEPAN' había cumplido con los requisitos necesarios para la obtención de 'cupos de producción de algunas fábricas', el Superintendente de Industria y Comercio dictó la Resolución 1559 de 23 de septiembre de 1977, disponiendo en su artículo 1º que, entre otras, la sociedad 'CENTRAL ORIENTE LTDA'. debería vender mensualmente a la asociación citada 207 sacos de 50 kilogramos de azúcar sulfitada;

"2º) Notificada la anterior decisión a mi poderdante, por intermedio de su representante legal, oportunamente interpuso los recursos de reposición y apelación contra la decisión del señor Superintendente de Industria y Comercio;

"3º) Por medio de la Resolución número 1959 de 17 de noviembre de 1977, el Superintendente negó la reposición y rechazó por improcedente la apelación;

"4º) La Superintendencia apoyó las resoluciones a que se ha hecho referencia en las facultades emanadas de los Decretos 2369 de 1974 y 149 de 1976;

"5º) Es indiscutible que los actos cuya nulidad se pide ocasionan perjuicios a mi poderdante".

B. Disposiciones violadas y concepto de la violación

El actor considera que los actos demandados han violado los artículos 2º, 10, 16, 30, 31, 32, 33 y 63 de la Constitución Nacional; 1º del Decreto Ley 3092 de 1966; 1º del Decreto 140 de 1975; 2º del Decreto 2360 de 1974, y 1º, 2º, 3º y 6º del Decreto 149 de 1976.

En cuanto al concepto de la violación de las normas anteriores expresa lo siguiente el demandante:

1) Los artículos 2º, 10, 20 y 63 de la Constitución Nacional consagran los principios fundamentales del "Estado de Derecho", según los cuales los poderes públicos deben ejercerse en los términos consagrados en la Constitución, que las autoridades deban someterse a las leyes, que son responsables por la extralimitación de las normas jurídicas y que no puede existir empleo alguno que no tenga funciones detalladas en la ley o en el reglamento. Sobre estos principios se ha erigido el sistema denominado de competencias administrativas, "según el cual las autoridades solamente pueden hacer aquello que la ley o el reglamento le permiten hacer, sin que sus funciones puedan determinarse por aplicación extensiva o analógica de los preceptos legales: Al contrario de lo que ocurre con los particulares los empleos tienen funciones determinadas en la ley y cuando quiera que se rebasen las facultades dadas por el legislador los actos que dicten los funcionarios serán nulos por incompetencia para expedirlos".

Afirma la demandante que no existe competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para dictar providencias como los actos acusados, en virtud de los cuales se fijó las cantidades que de sus productos de azúcar debe vender a determinados establecimientos, por las siguientes razones:

"a) Ni la Constitución ni la ley han dado facultad al Gobierno o a cualquiera de sus organismos o dependencias para dirigir en forma *específica* las actividades comerciales de los colombianos, ni tales facultades se desprenden de los Decretos 3092 de 1966 ó 2369 de 1974;

"b) No hay norma legal que otorgue a la Superintedencia de Industria y Comercio facultad para dictar actos como los demandados, ni ellas se encuentran consagradas en el Decreto 2369 de 1974 o en el Decreto 140 de 1975, ni aparecen en las normas del Decreto 149 de 1976 que establece las competencias de la Superintendencia citada".

2) El artículo 32 de la Constitución Nacional no permite que el Gobierno pueda tener competencia para establecer las cantidades de productos o bienes que una fábrica deba vender a determinado establecimiento comercial, cooperativo o estatal.

3) Las providencias acusadas violan los artículos 30, 31, 32 y 33 de la Constitución Nacional por las siguientes razones:

"a) Al imponer la Superintendencia de Industria y Comercio a mi poderdante la obligación de vender a determinada entidad sus productos desconoce el derecho de propiedad de los mismos que se encuentra radicado en cabeza del demandante, y ordena una expropiación sin orden de autoridad competente, y sin que medie la comisión de un acto ilícito como el acaparamiento, desconoce de ese derecho de dominio y la facultad que todo propietario tiene de enajenar libremente sus productos, mientras no se lo prohíba la ley. Imponer la obligación de enajenarlos a una determinada persona es desconocer su derecho de propiedad; lo que no sucedería si le ordenara vender parte de su producción (un porcentaje de la misma) a determinados *sectores* del comercio;

"b) Obligar a mi poderdante a vender a una determinada entidad privada parte de sus productos es consagrar un monopolio en favor de esta persona y privar a mi poderdante del derecho a ofrecer sus bienes libremente en el mercado;

"c) Si según el artículo 32 de la Constitución Nacional 'se garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común', no puede negarse que los actos acusados desconocen esta norma cuando acaban con esa libertad al imponer a mi mandante la obligación de vender una determinada cantidad de su producción a una persona también *determinada*. Los mandatos del artículo 32, sólo permiten al Estado ordenar que una persona venda los productos que fabrica cuando quiera que incurre en actos de acaparamiento de artículos de primera necesidad (Decreto 3092 de 1966) o cuando ellos han sido declarados por el legislador de utilidad pública o de interés social y se ha procedido al correspondiente proceso de expropiación (artículo 30 de la Constitución Nacional)".

4) Las resoluciones demandadas violan el Decreto 3092 de 1966, adoptado como Ley por la 48 de 1968, porque este decreto daba facultad a la Superintendencia de Regulación Económica con el objeto de impedir el acaparamiento y facilitar el adecuado aprovisionamiento a los consumidores, disponiendo que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción en artículos escasos o de precio controlado al INA o a las organizaciones cooperativas y comisariatos que determine la misma superintendencia. Para el ejercicio de esta facultad se requiere que exista acaparamiento en un determinado producto y que las existencias del mismo en el mercado sean mínimas. Además es que estos mandatos no pueden ser permanentes; su vigencia está condicionada a que exista escasez o acaparamiento. "Imponer a los productores nacionales la obligación de enajenar sus productos total o parcialmente a determinados organismos o personas, mientras tales productores no incurran en actos ilícitos de acaparamiento, es decir, mientras vendan sus productos para el consumo nacional, es privarlos de lo que les pertenece; y establecer una legislación permanente restrictiva de la libertad de comercio no es sino la consagración de la presunción de mala fe de los productores, lo cual va contra el ordenamiento general de nuestro derecho".

5) Los actos acusados violan el artículo 2º del Decreto 2369 de 1974, "porque éste solo otorga a la Superintendencia Nacional de Producción y Precios la facultad de fijar 'el porcentaje que de su producción deben vender las fábricas al mismo IDEMA, a las organizaciones cooperativas y a entidades similares' pero a solicitud del IDEMA o de la Superintendencia Nacional de Cooperativas".

Esto quiere decir que "el señalamiento de porcentajes no era de facultad libre de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios" porque debía preceder la solicitud del Insituto de Mercadeo Agropecuario o de la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Por otra parte, "hace relación no a cantidades determinadas de la producción de una fábrica sino a PORCENTAJES; y con ella no se puede ordenar la venta a determinada cooperativa o entidad similar, sino la venta genérica de productos de una fábrica o de unas fábricas a entidades cooperativas, etc.".

6) Los actos acusados igualmente violan el artículo 1º del Decreto 140 de 1975, "porque mientras esta disposición establece que con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto (se refiere al azúcar) y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores', el Superintendente Nacional de Producción y Precios, en coordinación con el INCOMEX y el IDEMA, determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, fondos rotatorios y similares', las resoluciones enjuiciadas, sin tener en consideración los presupuestos necesarios para ejercitar tal facultad, es decir, existencia de acaparamiento, especulación o retención indebida, y sin el previo estudio conjunto por parte del Ministerio de Agricultura, entidad a quien se atribuyeron en el sector agroindustrial y agropecuario las funciones de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, con el INCOMEX y el IDEMA, deciden ejercitar esa facultad por intermedio de un funcionario no competente, y no se limitan a estable-

cer los porcentajes que de su producción deben vender los ingenios a entidades cooperativas o similares, sino que señalan cuotas determinadas que un ingenio debe vender a determinadas cooperativas, etc".

7) Por último, señala el actor que los actos acusados violan los artículos 2º, 3º y 6º del Decreto Ley 149 de 1976 por las siguientes razones:

"a) Al suprimirse la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, por medio del artículo 2º del Decreto 149, se consagró que 'el establecimiento de la política de precios, su aplicación, así como la fijación por medio de resolución de los bienes y servicios sometidos a control corresponde a las siguientes entidades: a) Al Ministerio de Agricultura, para los productos del sector agropecuario'.

"b) Por medio del artículo 3º del mismo decreto se determinaron las funciones de las entidades a las cuales se entregó el establecimiento de la política de precios, su aplicación, así como la 'fijación' de precios. Entre estas funciones se encuentran las de: a) Establecer y aplicar la política de precios; ... c) Trazar políticas sobre establecimientos de la demanda nacional y recomendar las medidas pertinentes; d) Determinar los bienes y servicios cuyos precios deben someterse a control de acuerdo con las disposiciones legales vigentes sobre la materia; e) fijar los precios de los bienes y servicios bajo control;... g) las que ha venido ejerciendo el Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios que no estén asignadas a otra autoridad.

"c) Por su parte, el artículo 6º del Decreto 149, al organizar la Superintendencia de Industria y Comercio, como un organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, no le da facultades distintas de las de vigilante del cumplimiento de normas sobre producción, precios, mercadeos, etc., mas no le otorga facultades para 'fijar precios' o determinar cuotas de producción que deban venderse al IDEMA o a las cooperativas, etc., ni tampoco le atribuye las facultades que tenía la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, o el señor Superintendente".

La demandante no hizo alegato alguno de conclusión.

II. Concepto fiscal

El señor Fiscal Primero de la corporación al emitir su concepto de fondo es de opinión que debe decretarse la nulidad de las resoluciones acusadas, "evento en el cual, previamente debe solicitarse la documentación correspondiente para verificar las referencias de la existencia de la Asociación de Fabricantes de Pan y confirmar el nombre de su representante legal". Sustenta su concepto en las siguientes razones:

a) En autos no aparece que la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan, ADEPAN, tiene personería jurídica ni el nombre de la persona que ostenta la representación legal de la asociación que presuntamente podía resultar perjudicada con una sentencia desestimatoria. "De acuerdo con lo último, en el presente caso no está legalmente acreditada ni la legitimación pasiva en al causa, ni la legitimación procesal, omisiones ambas que inhiben un pronunciamiento de fondo".

b) Partiendo de la base de que no se accede a solicitar la documentación señalada por la fiscalía, ésta da las siguientes razones para que se acceda a decretar la nulidad impetrada: La Superintendencia de Industria y Comercio "no puede obrar espontáneamente en la fijación del porcentaje de ventas forzosas de bienes a cargo de las unidades productoras, sino que tiene que obrar por petición, insinuación o sugerencia del Idema y de la Superintedencia Nacional de Cooperativas", "evento que en el asunto *sub judice* no se verificó, lo cual a todas luces contraría el espíritu y la letra de la disposición que dice apoyarse".

c) "Es conveniente destacar, tal como se sostiene en la demanda, que no es lo mismo señalar una cuota de la producción que una cantidad determinada. En este último caso podría, en verdad, presentarse los absurdos que se insinúan en el libelo, lo cual indudablemente implica una violación legal" (folio 52).

III. Consideraciones de la Sala

A. Cuestión previa

El señor Fiscal Primero de la Corporación ha pedido que previamente a un fallo de fondo se solicite la documentación correspondiente para verificar las referencias de la existencia y representación legal de la Asociación de Fabricantes de Pan, prueba que no fue acreditada en el presente proceso. Esta petición se apoya en las razones que da en su concepto de fondo, las cuales se han resumido en el acápite correspondiente.

No comparte esta Sala el criterio expresado sobre este punto por el señor Agente del Ministerio Público, puesto que ya la Sala de Decisión ha considerado en providencia de 3 de junio del presente año que en los casos como el de autos no hay lugar a la notificación personal a la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan, "Adepan", por no ser *litis* consortes necesarios. Al respecto se dijo lo siguiente:

"Muy claramente se desprende de lo anterior que los actos administrativos han sido expedidos en ejercicio de facultades de intervención económica para beneficio de toda la comunidad o, por lo menos, de un amplio sector de consumidores de dichos productos. De esto se concluye que las Entidades Cooperativas, Fondos y similares no son más que unos instrumentos, al igual que el Idema, que utiliza el Gobierno como colaboradores para la ejecución de su política de distribución de algunos productos de primera necesidad de consumo popular, tal como lo dice la Resolución 1153 de 1977 al afirmar que 'es necesario utilizar instrumentos de comercialización que aseguren su entrega al consumidor final en condiciones racionales de cantidad y precio.

"Si bien es cierto que la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan 'Adepan' podría tener interés en las resoluciones acusadas, la naturaleza del mismo le permitiría hacerse presente en el proceso como parte impugnadora de la acción, conforme lo establece el artículo 89 del Código Contencioso Administrativo. Para ello tendría un interés legítimo, mas no para que se la tenga como un *litis consorcio necesario*.

Por tanto, no debe notificársele la demanda como lo solicita el señor Fiscal de la Corporación".

Sin embargo, se deja bien claro que en el presente caso la admisión de la demanda se le notificó a la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan (folio 38 v.), pero esta entidad no se hizo presente en el proceso, seguramente por no tener interés directo en las resultas del mismo. Lo que solicita el Fiscal es que oficiosamente el Consejo busque los documentos que acrediten la personería de Adepan, lo cual no es posible aceptar.

Por otro lado, la Sala considera que las mencionadas pruebas sólo deberían obrar en el expediente en el caso de que Adepan hubiera pretendido hacerse parte. Pues si se acepta la petición de la Fiscalía, ello equivaldría a imponerle al demandante la obligación de aportar las pruebas sobre la existencia y representación legal de las personas jurídicas a quienes se notifique la demanda o exigirles a éstas que se hagan parte aportando los documentos que acrediten su personería sustantiva y adjetiva.

Dilucidada como queda la cuestión previa planteada por el señor Fiscal, debe entrarse ahora a las consideraciones sobre la materia sometida a decisión de esta corporación.

B. Actos acusados

Los actos acusados por la actora son las Resoluciones Nºs 1559 de 23 de septiembre y 1959 de 17 de noviembre de 1977, expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio, que en lo pertinente al caso la primera de las nombradas es del siguiente tenor:

"ARTICULO PRIMERO. Los fabricantes que se relacionan a continuación deberán vender mensualmente sus productos a la ASOCIACION NACIONAL DE FABRICANTES DE PAN 'ADEPAN', domiciliada en la carrera 7ª Nº 17-10 de la ciudad de Bogotá, en las cantidades y presentaciones siguientes:

"Razón Social:	CENTRAL ORIENTE LTDA.	
"Domicilio:	Palmira Rural (Valle)	
"PRODUCTO	*CANTIDAD*	*PRESENTACION*
"Azúcar Sulfitada	207	50 Kilogramos

"ARTICULO SEGUNDO. La violación a la presente Resolución, se sancionará de acuerdo con lo dispuesto en los Decretos 046 de 1965 y 2145 de 1974".

Mediante la segunda Resolución, o sea la Nº 1959, no se accedió a reponer la primera antes transcrita.

C. Los cargos de ilegalidad contra los actos acusados

En concepto de esta Sala, son tres los cargos de ilegalidad que se le hacen a las resoluciones acusadas, que son:

Primer cargo. Incompetencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para expedir los actos acusados.

Segundo cargo. Expedición irregular de los actos acusados.

Tercer cargo. En el supuesto caso que los cargos anteriores no prosperen, la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio es para fijar porcentajes y no cantidades determinadas, como se hace en las resoluciones acusadas.

Sin embargo, la Sala acometerá el análisis de los diversos cargos en el mismo orden en que han sido formulados, a saber:

Primer cargo. Expresa la actora que con los actos acusados se violan los artículos 2º, 10, 20 y 63 de la Constitución Nacional, porque de acuerdo con ellos los poderes públicos deben ejercerse en los términos consagrados en la Constitución y las autoridades someterse a las leyes, siendo éstas responsables por la extralimitación de las normas jurídicas. La Superintendencia de Industria y Comercio no tiene, precisamente, competencia ninguna para dictar providencias como los referidos actos administrativos, ya que ni la Constitución ni la ley le han dado facultad para fijar las cantidades que de sus productos deben vender los fabricantes de azúcar a determinados establecimientos.

Para establecer la validez jurídica del cargo anterior, esta Sala estima pertinente analizar las normas que se refieren a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con la materia que ha dado lugar al presente proceso y que han sido igualmente señaladas como violadas en la demanda.

Mediante el Decreto Ley 149 del 27 de enero de 1976 se suprimió la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se redistribuyeron sus funciones y se revisó la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio. En relación con las funciones de esta última entidad dispuso el artículo 6º que tiene, entre otras, las siguientes:

"a) Vigilar y controlar el cumplimiento de las normas que sobre producción, precios, mercadeo y márgenes de comercialización, establezcan los Ministerios y demás entidades competentes;.....

"r) Las demás que le señale la ley y el Gobierno".

Las normas transcritas, que serían las pertinentes para dilucidar el problema planteado, no le dan a la Superintendencia de Industria y Comercio competencia para disponer que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción, en artículos escasos o de precio controlado, a ciertas entidades, como se hace en las resoluciones acusadas. No encuentra esta Sala norma legal alguna que le de a la Superintendencia de Industria y Comercio las atribuciones que dice tener de conformidad con el Decreto 149 de 1976, que es la norma específica citada en los actos acusados, aunque también emplee la frase "en uso de las facultades legales".

Si bien es cierto que el artículo 1º del Decreto 140 de 1975, tal como quedó después del fallo proferido por esta corporación con fecha 22 de marzo de 1977, dispone lo siguiente; él da competencia al Supe-

rintendente Nacional de Producción y Precios, que ya no existe: "El Superintendente Nacional de Producción y Precios, en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (Incomex) y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema) determinará las cuotas de producción de azúcar que los Ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, Fondos Rotatorios y similares con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores".

Para poder afirmar que la función que por la norma transcrita tenía el Superintendente Nacional de Producción y Precios le fue atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio, es necesario que una norma legal así lo disponga, *porque las competencias son expresas, ya se establezcan por vía de cláusula general o en forma taxativa, y ésta es precisamente la que no existe en opinión de la Sala.*

Lo expuesto es suficiente para concluir que los actos acusados están viciados de nulidad por incompetencia del funcionario que los expidió. Sin embargo, conviene ahondar más sobre el asunto.

Si bien la Superintendencia de Industria y Comercio no es en este momento la entidad competente para fijar "el porcentaje que de su producción deban vender las fábricas al mismo Idema, a las organizaciones cooperativas y a entidades similares", facultad que le había dado el Gobierno a la Superintendencia Nacional de Producción y Precios mediante el artículo 2º del Decreto 2369 de 1974, dictado en ejercicio de poderes de intervención económica que le han sido concedidos por las leyes (Ley 7ª de 1943), esto no quiere decir que el Gobierno haya perdido la competencia para intervenir directamente o señalar la agencia gubernamental que lo haga. Pues encontramos que en relación con la intervención del Estado en la distribución y consumo de los bienes para racionalizar y planificar la economía, el Decreto Ley 149 de 1976, "por el cual se suprime la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se redistribuyen sus funciones y se revisa la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio", prescribe en su artículo 2º que "el establecimiento de la política de precios, su aplicación, así como la fijación, por medio de resolución, de los precios de los bienes y servicios sometidos a control, corresponde a las siguientes entidades:

"a) Al Ministerio de Agricultura, para los productos, insumos y elementos del sector Agroindustrial y Agropecuario;

"b) Al Ministerio de Salud Pública, para las drogas, insumos de la Industria Farmacéutica, material quirúrgico y todos los productos relacionados con el sector de la salud;

"c) Al Ministerio de Minas y Energía, para petróleo y sus derivados, carbón y demás productos mineros;

"d) Al Ministerio de Educación Nacional, para textos, útiles escolares y demás material didáctico;

"e) Al Ministerio de Obras Públicas, las tarifas del transporte terrestre;

"f) Al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, las tarifas de transporte aéreo nacional.

"g) A la Corporación Nacional de Turismo, para los servicios hoteleros, restaurantes, bares y similares;

"h) Al Ministerio de Desarrollo Económico, para los espectáculos públicos, los productos de la industria Nacional y los servicios que no estén señalados en los literales anteriormente citados; e

"i) A la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, las tarifas de agua, energía eléctrica, alcantarillado, recolección domiciliaria de basuras, teléfonos urbanos, larga distancia, telégrafos y correos.

"PARAGRAFO. El Consejo Nacional de Política Económica y Social decidirá en casos de duda, a qué entidad corresponde establecer y aplicar la política de precios".

En desarrollo de la norma anterior, el artículo 3º dispone lo siguiente: "Para el cumplimiento del artículo anterior, las mencionadas entidades tendrán las siguientes funciones en cada uno de los sectores de su competencia:

"a) Establecer y aplicar la política de precios;

"b) Elaborar estudios sobre la producción, distribución y consumos nacionales;

"c) Trazar políticas sobre abastecimientos de la demanda nacional y recomendar las medidas pertinentes;

"d) Determinar los bienes y servicios cuyos precios deben someterse a control de acuerdo con las disposiciones legales vigentes sobre la materia;

"e) Fijar los precios de los bienes y servicios bajo control;

"f) Fijar, cuando lo consideren conveniente, los descuentos o porcentajes que los productores, fabricantes o comerciantes tengan establecidos o establezcan en favor de sus agentes o distribuidores, determinando en cada caso los que se justifiquen, y señalando los precios correspondientes; y

"g) Las que ha venido ejerciendo el Consejo Directivo de la Superintedencia Nacional de Producción y Precios, y que no están asignadas a otra autoridad".

Ahora bien, como conforme a las normas transcritas el Ministerio de Agricultura tiene las funciones que ejercía el Consejo Directivo de la Superintedencia Nacional de Producción y Precios en cuanto al sector agroindustrial y agropecuario, es lógico que tiene las señaladas por el artículo 3º del Decreto 622 de 1974, que a su turno remite a las establecidas en el Decreto 201 de 1974, y entre las cuales están las siguientes: La de "trazar políticas sobre abastecimiento de la demanda nacional y recomendar al Gobierno las medidas pertinentes" y "la de aplicar en caso de especial gravedad el artículo 9º del Decreto 46 de 1965" (literales c y g del artículo 4º).

Al suprimirse la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, sus funciones se redistribuyeron en forma expresa entre las entidades nombradas en el artículo 2º del Decreto 149 de 1976 y la Superintendencia de Industria y Comercio, pero a ésta última no se le asignó la que tenía la Superintendencia suprimida, heredada de la Superintendencia Nacional de Precios, la cual sustituyó la Superintendencia de Regulación Económica (artículo 13, Decreto Ley 2562 de 1968), consistente en poder "disponer que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción en artículos escasos o de precios controlados, al INA (hoy IDEMA) o a las organizaciones cooperativas y comisariatos que la misma Superintendencia determine, con el mismo objeto de impedir el acaparamiento y facilitar el adecuado aprovisionamiento de los consumidores", según lo prescrito en el literal h) del artículo 1º del Decreto 3092 de 1956, adoptada como legislación permanente por la Ley 48 de 1968.

No sería correcto afirmar que porque expresamente no se le asignó la anterior atribución al Ministerio de Agricultura, se le asignó implícitamente a la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo que realmente sucede es que según el literal c) del artículo 4º del Decreto 201 de 1974 el Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios tenía como función la de "trazar políticas sobre abastecimiento de la demanda nacional y recomendar al Gobierno las medidas pertinentes", es decir, que "las medidas pertinentes" para realizar las "políticas sobre abastecimiento de la demanda nacional" debe dictarla el Gobierno, constituido para estos efectos por el Presidente de la República y el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente (artículo 57 de la Constitución Nacional), para la materia objeto de las resoluciones demandadas, el Presidente de la República y el Ministro de Agricultura.

De lo expuesto se desprende que de conformidad con el Decreto Ley 149 de 1976, corresponde a las diversas entidades indicadas en el artículo 2º, y de acuerdo con el artículo 3º, "establecer y aplicar la política de precios" (literal a) y "fijar los precios de los bienes y servicios bajo control" (literal e), así como "trazar políticas sobre abastecimiento de la demanda nacional y recomendar las medidas pertinentes" al Gobierno (literal c), y a la Superintendencia de Industria y Comercio "vigilar y controlar el cumplimiento de las normas que sobre producción, precios, mercadeo y márgenes de comercialización, establezcan los Ministerios y demás entidades competentes (artículo 6º, literal a, *ibídem*). Y entre dichas medidas precisamente pueden estar las que dicte el Gobierno fijando "las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, fondos rotatorios y similares con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores".

Segundo cargo. Afirma el actor a que los actos administrativos acusados son violatorios del artículo 32 de la Constitución Nacional, porque éste no permite que el Gobierno pueda tener competencia para establecer las cantidades de productos o bienes que una fábrica debe vender a determinado establecimiento comercial, cooperativo o estatal.

Tal como está expresado el concepto de la violación del artículo 32 de la Constitución, no encuentra la Sala la relación que pueda tener el cargo con las resoluciones cuestionadas, debido a que éstas no emanan en estricto sentido del Gobierno sino de una de sus agencias, cual es la Superintendencia Nacional de Industria y Comercio. Por consiguiente, este cargo no puede prosperar.

Tercer cargo. Expresa la actora que las providencias acusadas violan los artículos 30, 31, 32 y 33 de la Constitución, porque con ellas se les desconoce su derecho de propiedad al obligárseles a vender a determinada entidad sus productos; porque además se consagra un monopolio en favor de la persona a la cual deba vendérsele determinada cantidad de productos, y porque al obligársele a dicha venta se está acabando con la libertad de empresa, ya que los mandatos del artículo 32 sólo permiten al Estado ordenar que una persona venda los productos que fabrica cuando quiera que incurra en actos de acaparamiento de artículos de primera necesidad o cuando ellos han sido declarados de utilidad pública o de interés social y se ha llevado a cabo mediante el proceso de expropiación.

Considera la Sala que estos cargos hechos a los actos acusados están presentados en forma muy genérica, sin demostrar realmente que han sido infringidos en forma directa o indirecta, ya que no hay otra manera de hacerlo.

En primer lugar no se puede afirmar de manera simple que con los actos acusados se viola el artículo 30 de la Constitución Nacional porque se han desconocido los atributos que corresponden a la propiedad privada, puesto que el artículo 32, que también se cita como violado, establece la intervención económica del Estado a través de los mecanismos que dicha norma prevé. Entonces tenemos que si los actos acusados tienen su fundamento, según ellos mismos lo indican, en leyes y decretos que facultan al Gobierno para intervenir en la distribución de productos escasos para "facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores" (artículo 1º del Decreto 140 de 1976, reglamentario del Decreto 3092 de 1966, dictado éste en virtud de la orden de intervención contenida en la Ley 7ª de 1943), no se puede decir que se ha violado el artículo 30 de la Carta.

Tampoco se puede afirmar que los actos cuestionados han creado un monopolio de la disribución del azúcar a favor de la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan, puesto que afirmarlo sería contrario al concepto legal y económico de lo que son los monopolios. "Los monopolios son privilegios concedidos o creados a favor de una persona para llevar a cabo un determinado o determinados procesos económicos: producción, distribución, utilización y consumo de bienes o la prestación de servicios, con exclusión de los demás. Los monopolios son *legales,* cuando los establece la ley, y *de hecho* cuando son creados por las condiciones económicas o las prácticas eliminatorias de la libre competencia" (Pérez Escobar, Jacobo, Derecho Constitucional Colombiano, 2ª edición, Editorial Horizonte, Bogotá, 1977, página 248).

Está plenamente probado en el proceso que la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan sólo debe distribuir a sus usuarios una mínima cantidad de azúcar en comparación con la producción Nacional de este producto.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se debe concluir que los cargos aquí analizados tampoco prosperan.

Cuarto cargo. El cuarto cargo que se le hace a las resoluciones cuestionadas es el de que violan el Decreto 3092 de 1966, adoptado como Ley por la 48 de 1968, porque este Decreto daba facultades a la Superintendencia de Regulación Económica con el objeto de impedir el acaparamiento y facilitar el adecuado aprovisionamiento a los consumidores.

Realmente este cargo no hace sino reforzar el primero, consistente en señalar la incompetencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Pero además se expresa, que si fuera aplicable, para el ejercicio de la facultad otorgada se requiere que exista acaparamiento en un determinado producto y que las existencias del mismo en el mercado sean mínimas; que estos mandatos no pueden ser permanentes sino que su vigencia está condicionada a que exista escasez o acaparamiento.

Los presupuestos para el ejercicio de las facultades otorgadas por el Decreto 3092 de 1966 son los señalados por la demandante, pero no es menos cierto que la apreciación de los hechos sobre acaparamiento y existencias mínimas en el mercado de un determinado producto, sólo corresponde hacerla al Gobierno o a la Agencia de éste encargada de realizar la intervención económica del Estado en el proceso de distribución de los productos o bienes. De donde resulta que este cargo no tienen ningún fundamento serio y, por consiguiente, no puede prosperar.

Quinto cargo. Se acusan además los actos demandados de violar el artículo 2º del Decreto 2359 de 1974, "porque éste sólo otorga a la Superintendencia Nacional de Producción y Precios la Facultad de fijar 'el porcentaje que de su producción deben vender las fábricas al mismo IDEMA, a las organizaciones cooperativas y a entidades similares' pero a solicitud del IDEMA y de la Superintendencia Nacional de Cooperativas. Por otra parte "hace relación no a cantidad determinada de la producción de una fábrica sino a PORCENTAJES".

A juicio de la Sala, de acuerdo con el citado artículo 2º del Decreto 2369 de 1974, la Superintendencia Nacional de Producción y Precios o la entidad que haga sus veces no tiene capacidad de iniciativa para establecer el porcentaje que de su producción deben vender las fábricas al mismo Idema, a las organizaciones cooperativas y a entidades similares, porque para ello debe proceder solicitud del Idema y de la Superintendencia Nacional de Cooperativas.

Sin embargo, considera la Sala que como los actos administrativos están amparados por una presunción de legalidad, es decir, que han sido expedidos de conformidad con las normas jurídicas pertinentes, es quien pretenda su nulidad el que debe aportar la prueba de que no se han llenado los requisitos exigidos por la ley para su expedición regular. No basta afirmar el hecho de que no se han cumplido tales requisitos, sino que debe probárselo debidamente, porque no se trata de una negación indefinida.

En el expediente no aparece dicha prueba, por lo tanto no puede atenderse este cargo de la demanda.

A juicio de la Sala, el Gobierno puede determinar nuevos requisitos y eliminar los existentes para establecer el porcentaje que de su producción deben vender las fábricas al Idema o a otras entidades de beneficios comunitario, en uso del poder normativo que se deriva del mandato de intervención económica.

Sexto cargo. Dice la actora que los actos acusados violan igualmente el artículo 1º del Decreto 140 de 1975, "porque mientras esta disposición establece que 'con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto (se refiere al azúcar) y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores', el Superintendente Nacional de Producción y Precios..." determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, fondos rotatorios y similares', las resoluciones enjuiciadas, sin tener en consideración los presupuestos necesarios para ejercitar tal facultad, es decir, existencia de acaparamiento, especulación o retención indebida", no se limitan a establecer los porcentajes que de su producción deben vender los ingenios a las mencionadas entidades, sino que señalan cuotas determinadas.

Este cargo en esencia no es sino la reiteración de los anteriores y a los cuales esta Sala ya se ha referido. Sin embargo, debe anotarse que dada la presunción de legalidad de los actos administrativos, es a la actora a quien competía demostrar que no se dieron los presupuestos necesarios para ejercitar la facultad concedida en el artículo 1º del Decreto 140 de 1976. Pero para despejar dudas sobre este punto debe observarse que la norma indicada como violada expresa que esa medida debe tomarse "con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto (el azúcar) y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores". Esto quiere decir que se trata de una medida preventiva para evitar, para *impedir* los fenómenos señalados por la demandante como presupuestos para ejercitar la facultad del artículo 1º del Decreto 140 de 1975. En otros términos, lo que debe perseguirse con el ejercicio de la mencionada atribución es prevenir unos fenómenos malsanos de la vida económica, por lo que no se requiere que se hayan producido porque de lo que se trata es de evitarlos. De esta manera resulta ser una facultad discrecional de la administración en cuanto ésta es la que puede determinar la oportunidad para tomar las medidas, así como su conveniencia.

En cuanto a que deben señalarse porcentajes y no cuotas determinadas de los productos que un ingenio debe vender a determinadas cooperativas, encuentra la Sala que así lo expresa la norma legal señalada como infringida, pero que las cuotas son reducibles a porcentajes, dando por resultado que en la esencia la norma ha sido cumplida en los actos acusados.

Por las razones expuestas concluye la Sala que estos cargos no pueden prosperar.

Séptimo cargo. Finalmente, señala la actora que los actos acusados violan los artículos 2º, 3º y 6º del Decreto Ley 149 de 1976, porque al suprimirse la Superintedencia Nacional de Producción y

Precios se consagró que el establecimiento de la política de precios, su aplicación y la fijación de los bienes y servicios sometidos a control corresponde para los productos del sector agropecuario al Ministerio de Agricultura (artículo 2º); que a esa entidad se le asignó la función de "trazar políticas sobre abastecimiento de la demanda nacional y recomendar las medidas pertinentes, así como su aplicación (artículo 3º), y que al organizar el artículo 6º del Decreto 149 la Superintendencia de Industria y Comercio, como un organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, no le dio facultades distintas de las de vigilante del cumplimiento de normas sobre producción, mercadeo, etc., ni tampoco le atribuye las facultades que tenía la Superintendencia Nacional de Producción y Precios o su Superintendente.

El cargo anterior es el de incompetencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para dictar las resoluciones acusadas, o sea que se está ampliando el cargo primero que se hace en el libelo de la demanda, el cual ya fue objeto de análisis por parte de esta Corporación, habiendo concluido que debe prosperar, porque evidentemente no se ha encontrado la norma legal que de alguna manera le de la mencionada competencia a la Superintendencia de Industria y Comercio.

En mérito de todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, parcialmente de acuerdo con su colaborador fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Son nulas las Resoluciones números 1559 de 23 de septiembre de 1977 y 1969 de 17 de noviembre del mismo año, expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio, en cuanto por la primera se ordenó que la sociedad Central Oriente Ltda., debería vender mensualmente a la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan, Adepan, 207 sacos de 50 kilogramos de azúcar sulfitada, y en cuanto por la segunda se confirmó la primera en ese punto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Revalídese el papel común.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y nueve.

Mario Enrique Pérez V., (con aclaración de voto); *Alfonso Arango Henao*, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla*, *Jacobo Pérez Escobar*.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

POLITICAS SOBRE ABASTECIMIENTO DE LA DEMANDA NACIONAL. ACLARACION DE VOTO.

(Consejero *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 2856. Actora: Central Oriente Ltda.

Me permito hacer la siguiente aclaración de voto a la sentencia recaída en el proceso de la referencia.

Aunque comparto plenamente la decisión que contiene la mencionada sentencia y la motivación de la misma en cuanto al fondo del asunto, considero que como se le notificó el auto admisorio de la demanda a la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan —Adepan—, no se hacía necesaria la transcripción que hace el fallo del auto de 3 de junio del año en curso, dictado por esta sección en un caso análogo. De igual manera, estimo innecesario la alusión que hace el mismo, en el sentido de que no es indispensable acreditar la personería sustantiva y adjetiva de la citada asociación, tal como lo pidió el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto, especialmente porque ella no se hizo parte en el juicio, ni la favorece la sentencia.

Mi aclaración se limita a observar que sobran los pasajes de que he hecho referencia. Mas reitero mi aceptación a la sentencia, tanto en la parte resolutiva como en la motiva, la cual enfoca los aspectos propios y fundamentales de la acción.

Atentamente,

Mario Enrique Pérez.

Bogotá, D. E., octubre treinta de mil novecientos setenta y nueve.

DAS. VINCULACION. REGLAMENTO DE TRABAJO. — Cuando la persona se vincula a la administración pública en esta clase de labores, acepta de antemano las reglamentaciones que sobre el particular tengan señaladas estas entidades y por tanto no existe razón para que posteriormente se reclamen del Tesoro Público pago de dominicales, recargos nocturnos u horas extras, pues la modalidad de la vinculación, en cuanto a horarios y jornadas de trabajo se refiere, es propia de esa categoría de funcionarios.

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

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 1765. Autoridades Nacionales. Actor: David Aguilera Gómez y otros.

El señor **DAVID AGUILERA GOMEZ** y **OTROS**, por conducto de apoderado, instauró demanda, en acción de plena jurisdicción, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con el fin de que en sentencia definitiva, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1. Que es nulo el acto administrativo contenido en la providencia denominada ACTO NUMERO 0790 expedido por el Jefe del Das con fecha 17 de julio de 1974, en cuanto no accede al reconocimiento y pago de sueldos dominicales y festivos dobles y al pago de jornadas nocturnas con recargo del 35% sobre el valor de sueldos ordinarios, pedidos por los actores.

"2. Que como consecuencia de la nulidad que se decrete, ordene el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca el restablecimiento del derecho quebrantado a los actores, condenando a la Nación a que les pague el valor de los días dominicales y festivos, al doble del valor de un día ordinario, y el pago de la jornada nocturna con recargo del 35% sobre sueldos ordinarios, durante los años de 1971, 1972, 1973 y 1974 o en el tiempo en que dentro de ese tiempo se acredite para cada uno de los actores su relación de trabajo con el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS)".

"3. Que se condene a la Nación a dar cumplimiento a los ordenamientos de la sentencia que se adopte, dentro del plazo de treinta (30) días contados desde su ejecutoria".

El Tribunal, mediante providencia de 11 de marzo de 1977 accedió a decretar la nulidad del acto acusado y ordenó que para el cumplimiento del fallo en orden a restablecer el derecho allí reconocido se tramitara la liquidación de la condena conforme a lo establecido

en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil, decisión de la cual apeló el señor apoderado de la parte actora.

Señala el accionante como hechos que sirvieron de fundamento a sus peticiones los siguientes:

"1. Los actores acumulados en esta súplica son o fueron empleados civiles de la Nación, en la rama denominada Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) durante el espacio de tiempo a que se contrae la presente demanda contencioso administrativa;"

"2. El trabajo que prestaron los actores acumulados en el espacio de tiempo indicado, fue de 24 horas continuas de servicio, por 24 horas continuas de franquicia relativa, todos los días de cada semana y todas las semanas de cada año".

"El trabajo se presta así: el empleado entra al servicio de celaduría el lunes a las 7½ de la mañana y recibe un puesto fijo para guardarlo en cuartel o instalación del DAS, lo vigila, guarda y controla de acuerdo con las instrucciones que recibe de sus superiores jerárquicos. De ese puesto de celaduría el empleado no sale sino 24 horas después, o sea al día siguiente cuando le llega el relevo, salvo para almorzar lo que implica una gracia de 0.45 minutos. Como quiera que en cada puesto fijo hay dos (2) empleados celadores, mientras en uno va a almorzar, el otro cuida el puesto. En este puesto fijo se trabaja 6 horas seguidas y al cabo de ellas se pasa en el mismo edificio a situación de trabajo llamada 'disponibilidad' por otras 6 horas. Cumplida la disponibilidad de 6 horas se regresa al puesto fijo en el mismo cuartel por otras 6 horas de servicio de guardia o control. Terminadas estas 6 horas de guardia se sale en disponibilidad nuevamente, pero en los salones de dormitorio donde está listo y acuartelado para salir a trabajar en el momento en que lo llamen".

"Al día siguiente, terminadas las 24 horas de servicio contínuo, entra el empleado a hacer uso de una franquicia relativa de 24 horas continuas, para regresar al otro día a trabajar por otras 24 horas seguidas".

"Es entendido que en la franquicia de 24 horas, que es relativa, pues puede ser llamado a servicio, el DAS no da a sus empleados sino 8 horas reales de descanso puesto que al empleado se le compra su fuerza de trabajo por 8 horas al día y 48 a la semana, límite que los empleados públicos no pueden sobrepasar por ninguna consideración. De manera que en el descanso de 24 horas no se puede computar sino un tiempo de 8 horas, pues las horas restantes no compradas le pertenecen al empleado de acuerdo con nuestras leyes".

"Debe anotarse que el personal de celadores que presta sus servicios como Jefe de Información y Ayudantes de Información, en las 24 horas de servicio efectivo que prestan tienen un trabajo corrido de 18 horas y sólo 6 de disponibilidad en el cuartel, pudiendo dentro de estas salir a tomar sus alimentos en tiendas o restaurantes al pie del edificio del cuartel, por lo cual no pueden ir a sus casas a compartir sus alimentos con su familia".

"Debo recalcar que la llamada 'disponibilidad' quita a la franquicia su carácter de descanso. La franquicia no es de carácter abso-

luto; si hay motivos de orden público (noción muy lata en el Das), o de vigilancia especial, o de control, u otros como acuartelamiento de primer grado, no pueden salir en descanso a usar de ninguna franquicia, tal como ha pasado en elecciones y huelgas o tumultos. Y anótese bien esto: aún dentro del uso de la franquicia o descanso les está prohibido a los empleados celadores retirarse o salir de los cuarteles, o de la guarnición, sin permiso de la Jefatura del Das (La Guarnición es un espacio territorial cuyos límites coinciden con los del Distrito Especial de Bogotá). No pueden retirarse del Distrito ni aún en descanso. Y aún en uso de franquicia relativa, en sus casas, pueden ser llamados al servicio en cualquier momento interrumpiéndose el descanso, sin ulterior compensación ni pago".

"3. Los empleados del Das que actúan en esta demanda, pidieron en la vía gubernativa ante la Jefatura, el reconocimiento de sus derechos, el cual les fue negado por las razones que se aducen en la parte motiva de la providencia acusada".

"4. Contra la resolución del Jefe del Das no procede ningún recurso en la vía gubernativa, por lo cual esta se encuentra agotada".

Considera el apoderado de la parte actora, que con el acto acusado, se violaron el artículo 17 de la Constitución Nacional, artículo 1º de la Ley 64 de 1946, Ley 129 de 1931, artículos 1º y 5º de la Ley 57 de 1926, Ley 72 de 1931, Ley 6ª de 1945, Ley 35 de 1939, disposiciones sobre las cuales expresa su respectivo concepto de violación.

La fiscalía quinta de la corporación, en su vista reglamentaria, es de parecer que se debe confirmar parcialmente el fallo recurrido.

Agotado el trámite de rigor, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, se procede a decidir en el fondo del asunto, previas las siguientes

Consideraciones

En el caso a estudio, se trata de definir si los actores, en su calidad de Guardianes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) tienen o no derecho a que se les reconozcan y paguen los días dominicales y festivos laborados, en cuantía igual al doble del valor de un día ordinario, como también al reconocimiento y pago de la jornada nocturna con un recargo del 35% sobre los sueldos ordinarios, todo lo anterior durante los años de 1971 a 1974, inclusive.

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de los demandantes adujo la Ley 6ª de 1945, "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo", la Ley 64 de 1946, que adiciona y reforma la anterior y se dictan otras disposiciones, en cuyo artículo 1º regula la jornada ordinaria diurna y la ordinaria nocturna, consagrando un recargo del 35% para esta última sobre la diurna la Ley 57 de 1926, que establece el descanso dominical para los empleados u obreros después de haber laborado seis días de trabajo y en su artículo 5º consagró que: 'El empleado u obrero *que trabaje excepcionalmente* el día de aumento tiene derecho a un descanso compensatorio, o a una indemnización en dinero, a su elección. En tal caso, el salario no será menor que el doble del ordinario'. (se

subraya). Igualmente, en su artículo 7º impone la obligación al Tesoro Público de remunerar además de los domingos los días de fiesta nacional o religiosa; la Ley 129 de 1931, aprobatoria de varias convenciones adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo y que contiene la limitación de horas diarias de trabajo o el máximo de las semanales; la Ley 35 de 1939, que hace extensivo el descanso remunerado en los días 1º de enero, 1º de mayo, 20 de julio, 7 de agosto, 12 de octubre, 11 de noviembre y 25 de diciembre; de otra parte otorga el derecho al pago del salario del día de fiesta a los trabajadores que hubieren servido en la misma empresa en un mínimo de diez días dentro de los treinta inmediatamente anteriores a aquél.

Además de las disposiciones antes reseñadas el señor apoderado de los demandantes cita la sentencia del 20 de mayo de 1974, dictada dentro del juicio Nº 1812, con ponencia del doctor Orejuela Gómez, estudiada la cual se llega a la conclusión de que versó sobre reclamación de pago de horas extras y por lo tanto no es aplicable al caso de autos, dada la circunstancia de que lo debatido en el presente negocio se relaciona con materias diferentes.

El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), atendiendo el oficio Nº 1922 de agosto 16 de 1977 (folios 221 - 222), librado como consecuencia de las pruebas pedidas por el señor apoderado de la parte actora, (folio 220), envió el Nº 0559-DAS-OJ, de diciembre 1º de 1977 y en cuanto a los turnos cumplidos por los guardianes demandantes, contesto:

"3. En cuanto al numeral c) le manifiesto que los turnos cumplidos por los Guardianes demandantes, en la jornada de trabajo durante los cuatro años, fueron iguales como se cumple en la actualidad, de la siguiente manera".

"Para los Guardianes adscritos a la División de Policía Judicial el servicio se presta en cuatro (4) turnos cada uno compuesto por cuatro unidades. El primer turno entra a las 7 p.m. del día siguiente trabajando en consecuencia 24 horas continuas para luego salir en un descanso ininterrumpido de 48 horas. Una vez cumplido este descanso, este turno entra a prestar un servicio de disponibilidad de ocho (8) horas, el cual se cumple en una jornada ordinaria de las 07:30 a.m. a las 12.00 a.m. y de las 2.30 p.m. a las 6 p.m. del mismo día. Al siguiente día de cumplido este servicio de disponibilidad entra nuevamente este turno a repetir el ciclo anteriormente descrito. En igual forma laboran los tres turnos restantes correspondientes a esta División".

"De los guardianes demandantes únicamente TULIO ALFONSO CHAVARRO CH. y LUIS JOSE FERRO MORALES trabajaron en esta División".

"Para los guardianes adscritos a la División de Servicios y Suministros la labor se cumple en cuatro turnos cada uno compuesto de nueve unidades. El primer turno entra a las 7 p.m. y sale a la 1 a.m. del día siguiente para prestar un servicio de seis (6) horas continuas y luego salir a un descanso de 12 horas ininterrumpidas. Una vez cumplido este primer descanso regresa éste turno a prestar servicio de la 1 p.m. del día siguiente y sale a las 7 p.m. del mismo día para cumplir una segunda jornada de seis (6) horas continuas de trabajo.

luto; si hay motivos de orden público (noción muy lata en el Das), o de vigilancia especial, o de control, u otros como acuartelamiento de primer grado, no pueden salir en descanso a usar de ninguna franquicia, tal como ha pasado en elecciones y huelgas o tumultos. Y anótese bien esto: aún dentro del uso de la franquicia o descanso les está prohibido a los empleados celadores retirarse o salir de los cuarteles, o de la guarnición, sin permiso de la Jefatura del Das (La Guarnición es un espacio territorial cuyos límites coinciden con los del Distrito Especial de Bogotá). No pueden retirarse del Distrito ni aún en descanso. Y aún en uso de franquicia relativa, en sus casas, pueden ser llamados al servicio en cualquier momento interrumpiéndose el descanso, sin ulterior compensación ni pago".

"3. Los empleados del Das que actúan en esta demanda, pidieron en la vía gubernativa ante la Jefatura, el reconocimiento de sus derechos, el cual les fue negado por las razones que se aducen en la parte motiva de la providencia acusada".

"4. Contra la resolución del Jefe del Das no procede ningún recurso en la vía gubernativa, por lo cual esta se encuentra agotada".

Considera el apoderado de la parte actora, que con el acto acusado, se violaron el artículo 17 de la Constitución Nacional, artículo 1º de la Ley 64 de 1946, Ley 129 de 1931, artículos 1º y 5º de la Ley 57 de 1926, Ley 72 de 1931, Ley 6ª de 1945, Ley 35 de 1939, disposiciones sobre las cuales expresa su respectivo concepto de violación.

La fiscalía quinta de la corporación, en su vista reglamentaria, es de parecer que se debe confirmar parcialmente el fallo recurrido.

Agotado el trámite de rigor, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, se procede a decidir en el fondo del asunto, previas las siguientes

Consideraciones

En el caso a estudio, se trata de definir si los actores, en su calidad de Guardianes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) tienen o no derecho a que se les reconozcan y paguen los días dominicales y festivos laborados, en cuantía igual al doble del valor de un día ordinario, como también al reconocimiento y pago de la jornada nocturna con un recargo del 35% sobre los sueldos ordinarios, todo lo anterior durante los años de 1971 a 1974, inclusive.

Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de los demandantes adujo la Ley 6ª de 1945, "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo", la Ley 64 de 1946, que adiciona y reforma la anterior y se dictan otras disposiciones, en cuyo artículo 1º regula la jornada ordinaria diurna y la ordinaria nocturna, consagrando un recargo del 35% para esta última sobre la diurna la Ley 57 de 1926, que establece el descanso dominical para los empleados u obreros después de haber laborado seis días de trabajo y en su artículo 5º consagró que: 'El empleado u obrero *que trabaje excepcionalmente* el día de aumento tiene derecho a un descanso compensatorio, o a una indemnización en dinero, a su elección. En tal caso, el salario no será menor que el doble del ordinario'. (se

subraya). Igualmente, en su artículo 7º impone la obligación al Tesoro Público de remunerar además de los domingos los días de fiesta nacional o religiosa; la Ley 129 de 1931, aprobatoria de varias convenciones adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo y que contiene la limitación de horas diarias de trabajo o el máximo de las semanales; la Ley 35 de 1939, que hace extensivo el descanso remunerado en los días 1º de enero, 1º de mayo, 20 de julio, 7 de agosto, 12 de octubre, 11 de noviembre y 25 de diciembre; de otra parte otorga el derecho al pago del salario del día de fiesta a los trabajadores que hubieren servido en la misma empresa en un mínimo de diez días dentro de los treinta inmediatamente anteriores a aquél.

Además de las disposiciones antes reseñadas el señor apoderado de los demandantes cita la sentencia del 20 de mayo de 1974, dictada dentro del juicio Nº 1812, con ponencia del doctor Orejuela Gómez, estudiada la cual se llega a la conclusión de que versó sobre reclamación de pago de horas extras y por lo tanto no es aplicable al caso de autos, dada la circunstancia de que lo debatido en el presente negocio se relaciona con materias diferentes.

El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), atendiendo el oficio Nº 1922 de agosto 16 de 1977 (folios 221 - 222), librado como consecuencia de las pruebas pedidas por el señor apoderado de la parte actora, (folio 220), envió el Nº 0559-DAS-OJ, de diciembre 1º de 1977 y en cuanto a los turnos cumplidos por los guardianes demandantes, contesto:

"3. En cuanto al numeral c) le manifiesto que los turnos cumplidos por los Guardianes demandantes, en la jornada de trabajo durante los cuatro años, fueron iguales como se cumple en la actualidad, de la siguiente manera".

"Para los Guardianes adscritos a la División de Policía Judicial el servicio se presta en cuatro (4) turnos cada uno compuesto por cuatro unidades. El primer turno entra a las 7 p.m. del día siguiente trabajando en consecuencia 24 horas continuas para luego salir en un descanso ininterrumpido de 48 horas. Una vez cumplido este descanso, este turno entra a prestar un servicio de disponibilidad de ocho (8) horas, el cual se cumple en una jornada ordinaria de las 07:30 a.m. a las 12.00 a.m. y de las 2.30 p.m. a las 6 p.m. del mismo día. Al siguiente día de cumplido este servicio de disponibilidad entra nuevamente este turno a repetir el ciclo anteriormente descrito. En igual forma laboran los tres turnos restantes correspondientes a esta División".

"De los guardianes demandantes únicamente TULIO ALFONSO CHAVARRO CH. y LUIS JOSE FERRO MORALES trabajaron en esta División".

"Para los guardianes adscritos a la División de Servicios y Suministros la labor se cumple en cuatro turnos cada uno compuesto de nueve unidades. El primer turno entra a las 7 p.m. y sale a la 1 a.m. del día siguiente para prestar un servicio de seis (6) horas continuas y luego salir a un descanso de 12 horas ininterrumpidas. Una vez cumplido este primer descanso regresa éste turno a prestar servicio de la 1 p.m. del día siguiente y sale a las 7 p.m. del mismo día para cumplir una segunda jornada de seis (6) horas continuas de trabajo.

Enseguida entra nuevamente a un descanso de doce (12) horas para volver a las 7 p.m. del día siguiente y trabajar seis (6) horas hasta la 1 p.m. del mismo día y salir nuevamente en un tercer descanso de doce (12) horas para luego laborar una cuarta jornada de seis (6) horas de la 1 p. m. del día siguiente a las 7 a.m. del mismo día para finalmente salir a un descanso de treinta y seis (36) horas dentro de las cuales presta un turno de disponibilidad de cuatro (4) horas, cumplido en el día siguiente al que salió en descanso de las treinta y seis (36) horas".

De la anterior transcripción se concluye que los guardianes Tulio Alfonso Chavarro Ch. y Luis José Ferro Morales prestaron sus servicios adscritos a la División de Policía Judicial del DAS y que hechas las cuentas respectivas, laboraron en la semana dos turnos efectivos de 24 horas y uno de 8 horas de disponibilidad siendo el resto de tiempo de descanso; igualmente se encontraban adscritos para el período de la reclamación, a la División de Servicios y suministros de dicho departamento, y que sumados los respectivos turnos, ellos ejercieron sus labores de guardianes en un total de 28 horas en la semana siendo el resto de asueto.

Dentro de las jornadas que sirvieron los actores a la entidad demandada, correspondió ejercer unas en las horas del día y otras en las horas de la noche.

Se afirma en el acto administrativo acusado (folios 1 y 2) "que en virtud de los reglamentos internos que rigen la institución y la índole de las funciones que la ley le señala, sus empleados están obligados a una disponibilidad permanente, única manera de poder atender en forma eficiente y eficaz las situaciones de carácter delictivo que se puedan presentar", lo que efectivamente sucede cuando se trata de personas que prestan sus servicios oficiales en determinados Ministerios, instituciones o departamentos administrativos como serían el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional, el Departamento Administrativo de Seguridad, demandado, en este juicio, etc., que tienen a su disposición un personal cuya relación legal y reglamentaria se adapta a las condiciones exigidas por el servicio mismo, dada su naturaleza, organización y fines, los que implica por consiguiente horarios, disciplinas y disponibilidades que le son propias y distintas a las del resto de empleados públicos cuyos horarios generalmente están comprendidos entre las 8 a.m. y las 12 meridiano y de las 2 p.m. a las 6 p.m. de lunes a viernes de cada semana, y en los sábados de 8 a.m. a 12 meridiano.

De lo anterior se puede concluir que cuando la persona se vincula a la administración pública en esta clase de labores, acepta de antemano las reglamentaciones que sobre el particular tengan señaladas éstas entidades y por tanto no existe razón para que posteriormente se reclamen del Tesoro Público pago de dominicales, recargos nocturnos u horas extras, pues la modalidad de la vinculación, en cuanto a horarios y jornadas de trabajo se refiere, es propia de esta categoría de funcionarios.

Las leyes citadas por el señor apoderado de la parte actora tratan de proteger, es a aquellas personas que por circunstancias excepcionales tienen que laborar en horarios diferentes a los que la ley y el reglamento les han señalado como su jornada ordinaria.

La anterior interpretación es fácilmente deducible del artículo 5º de la Ley 57 de 1926, cuando prescribe que "el empleado u obrero que trabaje excepcionalmente el día de asueto tiene derecho a un descanso compensatorio, o a una indemnización en dinero a su elección".

Prescribe el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 1912 de 1973 que "ningún empleado podrá devengar salario diferente del que le corresponda en razón del cargo que desempeña, de acuerdo con el régimen de clasificaciones y remuneración establecido por el presente decreto y teniendo en cuenta los diversos conceptos en él previstos. Por consiguiente queda prohibido el pago de asignaciones diferentes o sumas adicionales directamente o a través de otros organismos, cualquiera que sea su denominación".

En vista en la norma transcrita, en armonía con el artículo 5º de la Ley 57 de 1926, a los demandantes no les asiste razón en las peticiones impetradas, pues como quedó dicho, las labores por ellos desempeñadas en cuanto a los horarios y días de trabajo no es excepcional, sino que constituye su labor habitual y es entendido que al aceptar los cargos de guardianes que les hiciera el Departamento Administrativo demandado, estaban aceptando desempeñar sus funciones en las horas y días por los cuales ahora reclaman sobrerremuneración.

De ahí la prohibición perentoria que trae el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 1912 de 1973, de devengar salario diferente del que le corresponda en razón del cargo que desempeña, cualquiera que sea la denominación que se de a ese salario adicional, más aún si se tiene en cuenta que dicho estatuto "fija el sistema de clasificación, remuneración y nomenclatura para las distintas categorías de empleos de los Ministerios, de los Departamentos Administrativos y Superintendencias, y en su artículo 15, establece la nomenclatura para las series y clases de cargos, estando incluidas los guardianes con las clases I, II y III, con grados 3º, 5º y 7º respectivamente, con sus sueldos básicos.

No sobraría agregar que lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3181 de 1968, citado en dos salvamentos de voto, no es aplicable al caso controvertido, pues, en primer lugar dicha norma fue derogada por el artículo 12 del Decreto últimamente mencionado, permitiendo el pago de horas extras por trabajos realizados en horas distintas de la jornada ordinaria, por razones urgentes del servicio, siempre y cuando que se reúnan los requisitos allí establecidos y, en segundo lugar, por cuanto que lo que se pretende con este proceso es que se pague el valor de los días festivos y dominicales, al doble del valor de un día ordinario y el pago de la jornada nocturna con recargo del 35% sobre los sueldos ordinarios, situaciones jurídicas muy diferentes a las contempladas por dicho decreto.

Comparte si la Sala lo expuesto en el literal d) del salvamento de voto que obra a folio 204 del expediente cuando dice:

"d. Finalmente, consideramos que de aceptarse el criterio expuesto en la sentencia, podrían en el día de mañana demandar el reconocimiento y pago de dominicales y horas extras, todos los empleados que por razones del servicio les corresponde turnos de trabajo en horarios distintos de los que rigen para los trabajadores particulares, como son los agentes del orden público, los conductores de vehículos oficiales, los militares en servicio, los Comisarios de Policías, etc".

Finalmente, anota la Sala, que con la anterior decisión no se está quebrantando la jurisprudencia que se haya producido sobre el particular por esta corporación, por cuanto que en tales fallos no había tenido oportunidad de pronunciarse en relación con la prohibición estatuida en el inciso 2º del Decreto 1912 de 1973.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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:

1º REVOCASE la sentencia de fecha 11 de marzo de 1977, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2º En consecuencia se dispone: NIEGASE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada el día 21 de septiembre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RENUNCIA NO PRESENTADA. ERROR DE LA ADMINISTRACION. FALSA MOTIVACION. — No puede enmedarse un error convalidando la actuación viciada y dejando vivas sus consecuencias agraviantes de derechos individuales, pues, ella no es otra cosa que reconocer el error sin repararle y por lo contrario persistiendo en él y en sus consecuencias dañinas.

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

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 0218. Autoridades Nacionales. Actor: José Manuel Díaz-Granados Goenaga.

El señor JOSE MANUEL DIAZ-GRANADOS GOENAGA, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca "la nulidad de las Resoluciones Nºs 1781 del 22 de marzo y 2092 del 30 de abril del año en curso, originadas en la Gerencia General del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE), y, en consecuencia, a manera de restablecimiento de sus derechos, ordenen el reintegro de mi procurado al cargo de Gerente Seccional de ese establecimiento público en el Magdalena y el pago de los salarios y prestaciones que él haya dejado y deje de percibir desde el retiro de que se le hizo objeto hasta su reinstalación en el cargo dicho, con la declaración de que, en el interregno, para los efectos laborales consiguientes, no se produjo solución ninguna de continuidad".

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"1º El doctor José Manuel Díaz-Granados Goenaga venía ejerciendo el cargo de Gerente Seccional del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE) en el Magdalena".

"2º Con oficio 05967 del 16 de abril (24 en sello) del presente año, firmado por el Jefe de Personal, el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE) le remitió al doctor José Manuel Díaz-Granados Goenaga fotocopia de la Resolución Nº 1781 del 22 de marzo anterior, emanada de su Gerencia General, con la solicitud de que procediera de conformidad".

"3º En esta resolución el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE), por intermedio de su Gerente General, decidió "aceptar la renuncia presentada por el doctor José Manuel Díaz-Granados, para separarse del cargo de Gerente Seccional del ICCE en el Magdalena, Santa Marta, a partir de la fecha" de su expedición (ar-

tículo 1º) y nombrar al doctor Pedro Segrera Jaramillo en su reemplazo (artículo 2º)".

"4º El doctor José Manuel Díaz-Granados Goenaga, sin embargo, no había presentado la renuncia de que habla la resolución acabada de destacar ni ninguna otra".

"5º Con todo, frente a su irresistibilidad, en desarrollo de tal resolución, el 30 del mismo mes de abril, entregó el cargo de Gerente Seccional del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE) en el Magdalena a su reemplazo, el doctor Pedro Segrera Jaramillo, quien previamente, antes de la fecha inmediatamente señalada, se había posesionado de él aquí en Bogotá".

"6º Como cosa curiosa pero muy reveladora debe anotarse que desde antes del 22 de marzo de 1974, fecha de la Resolución 1781 de que se viene hablando, ya la correspondencia del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE) para su Seccional del Magdalena empezó a ser dirigida al doctor Pedro Segrera Jaramillo, según puede verse, por ejemplo, de los oficios 0430 del 14 del propio mes, firmado por el Asesor Técnico Gerencia General Director Encargo Planeación, y 04295 y 04296 del 15 siguiente (18 en sello), firmados por el Jefe de División Presupuesto y Análisis Costos".

"7º El 5 de mayo de 1974, según el mata sello del correo, llegó a Santa Marta y le fue entregado al doctor José Manuel Díaz-Granados Goenaga el oficio 06194 del 2 del mismo mes (2 de abril en sello), en el cual el Jefe de Personal del Insituto Colombiano de Construcciones Escolares (ICCE) le transcribe el artículo único de la Resolución Nº 2092 del 30 de abril anterior, originada en su Gerente General".

"8º El artículo único de esta otra resolución es del siguiente tenor: 'Aclarar el artículo primero de la Resolución Nº 1781 del 22 de marzo de 1974, en el sentido de que no se trata de aceptar una renuncia sino de declarar insubsistente el nombramiento hecho al doctor José Manuel Díaz-Granados, como Gerente Seccional del ICCE en el Departamento del Magdalena. Parágrafo. La presente resolución rige a partir del 22 de marzo de 1974' ".

Se citan en la demanda como disposiciones violadas los artículos 66 del Código Contencioso Administrativo, 25, literales a) y b) del Decreto 2400 de 1968, en la forma como quedó en el 1º del Decreto 3074 del mismo año, 27 del Decreto 2400 de 1968 y 22 numerales 1º, 2º, 107, 110, 111, 113, 114 y 115 del Decreto 1950 de 1973 y el artículo 7º del Decreto 2400 de 1968 y se analiza el concepto de la violación.

El Tribunal del conocimiento denegó las peticiones de la demanda.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad, oído el concepto de la Fiscalía Cuarta y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, se procede a ello previas las siguientes

Consideraciones

Se acusa en primer término en el presente proceso la nulidad de la Resolución 1781 del 22 de marzo de 1974 dictada por el Gerente del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE, bajo el

cargo de falsa motivación, pues en ella se aceptó una renuncia del demandante que en realidad nunca había presentado.

Como fundamento de su fallo razona así el Tribunal:

"Es cierto, estima la Sala, que la dicha renuncia no existió, como se deduce del oficio del Instituto mencionado que obra al folio 26 del expediente, en donde se informa que la Resolución 1781 del 22 de marzo de 1974, en forma equivocada, la aceptó. Pero también es cierto que ese error en que incurrió la administración fue corregido mediante la Resolución 2092 del 30 de abril del mismo año, que modificó la Resolución 1781 con la aclaración de que de lo que se trataba era de declarar insubsistente el nombramiento del actor, no de aceptarle la renuncia del cargo que ejercía".

"Considera el Tribunal que si bien el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares incurrió en el yerro anotado, éste fue corregido, como bien podía hacerlo la administración, pues ello no le está vedado, luego con base en ese error no puede edificarse un cargo de falsa motivación, que, aunque pudo haber existido, como realmente existió, desapareció de la vida jurídica al ser enmendado el acto que le dio origen".

"Pero aún considerando, como lo pretende el demandante, que fue la Resolución 1781 la que ocasionó su separación del servicio, el alcance y efectos de esa resolución dejaron de tener vigencia al ser proferida la Nº 2092 del 30 de abril de 1974, puesto que ésta, al igual que lo hizo aquella aceptando la renuncia, entró a regir a partir del 22 de marzo de ese año".

Por estas consideraciones el Tribunal denegó las peticiones de la demanda.

El señor Fiscal Cuarto de esta corporación, al producir su vista de fondo, solicita la confirmación del fallo apelado y trae en apoyo de su concepto la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 14 de septiembre de 1961, visible en la página 308 y ss. del Tomo LXIII, Nos. 392 a 396.

En concepto de la Sala la jurisprudencia citada por el señor fiscal no es exactamente aplicable al caso de autos para defender la validez de los actos acusados, pues si bien es cierto que en la "hipótesis de la inexactitud material cabe a la administración demostrar que el motivo inexacto fue expresado por explicable error y que existía para justificar el acto un motivo suficiente que no expresó en su oportunidad", en el presente caso la administración no ha explicado cómo se produjo el error o que motivo suficiente puede explicarlo. Por el contrario la jurisprudencia citada confirma que 'la motivación materialmente inexacta puede por si sola constituir una desviación de las atribuciones propias del agente u órgano administrativo, puesto que si el acto se dicta por motivos inexistentes, en realidad carece de motivos. Y esto querría decir que quien lo profirió no obró en función de servicio público, sino caprichosamente, lo cual es inaceptable".

Adelante la misma sentencia ratifica que en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo se encuentra el fundamento legal para accionar contra los actos administrativos por desviación de las atri-

buciones propias del agente, pues entre nosotros la llamada falsa motivación no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir "la desviación de las atribuciones propias", de quien profiere un acto administrativo.

De tal forma que la jurisprudencia citada por el señor Fiscal, lejos de servir como fundamento a una decisión favorable a la Administración Pública, lo es, por el contrario, para configurar la nulidad de actos proferidos con fundamento falso como en el presente caso.

Estudiando el negocio con todo detenimiento por la Sala se encuentra que los razonamientos del Tribunal, que condujeron a la denegación de las súplicas de la demanda, no se ajustan a una correcta interpretación de las disposiciones legales del caso.

En efecto, el actor acusa los actos demandados por desviación de las atribuciones propias del Gerente del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares —ICCE— en la modalidad de falsa motivación, con apoyo en lo previsto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. Es evidente que la Resolución 1781 de 22 de marzo de 1974, expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE, dice aceptar la renuncia presentada por el doctor José Manuel Díaz-Granados Goenaga para separarse del cargo de Gerente Seccional de dicho Instituto en el Magdalena —Santa Marta— y le nombró reemplazo, la cual le fue comunicada al actor mediante el oficio 05967 de 16 de abril de 1974 y que en virtud de la misma el actor hizo entrega del cargo el día 30 de abril de 1974 para remplazarlo. Con posterioridad a estos hechos el mismo Gerente General del ICCE dicta la Resolución Nº 2092 de 30 de abril de 1974 mediante la cual se dice "aclarar el Art. 1º de la Resolución Nº 1781 del 22 de marzo de 1974 en el sentido de que no se trata de aceptar una renuncia sino de declarar insubsistentemente el nombramiento hecho al Dr. José Manuel Díaz Granados como Gerente Seccional del ICCE en el Depto. del Magdalena". Esta resolución le fue comunicada al actor mediante el oficio Nº 06194 del 2 de mayo de 1974, cuando ya los efectos de la Resolución Nº 1781 se habían cumplido.

Es evidente que la Administración Pública puede en cualquier momento corregir directamente los errores en que hubiere podido incurrir, pero si el acto administrativo equivocado, bien por adolecer de una falsa motivación o por otra razón evidente afecta derechos individuales ha sido ejecutado, esto es, si se ha cumplido lo ordenado en el acto viciado, la única forma de corregir el error es volver las cosas a su estado anterior, restableciendo en consecuencia los derechos individuales vulnerados. En el presente caso, en que se trata de la aceptación de una renuncia no presentada, cuyos efectos se cumplieron al posesionarse el reemplazo y quedar cesante el funcionario afectado, la forma de corregir el error habría sido la reinstalación del trabajador en el empleo, con el pago de los salarios dejados de devengar mientras estuviere cesante.

No procedió así la administración en este evento sino que se dictó una resolución aclaratoria en que se dice que en la Resolución Nº 1781 del 22 de marzo no se trata de aceptar una renuncia sino de declarar insubsistente un nombramiento. Y más aún, se le da a esta segunda

resolución un carácter retroactivo, al ordenar que rige a partir del 22 de marzo de 1974, o sea, la fecha de la resolución acusada.

No puede enmendarse un error convalidando la actuación viciada y dejando vivas sus consecuencias agraviantes de derechos individuales, pues ello no es otra cosa que reconocer el error sin repararlo y por el contrario persistiendo en él y en sus consecuencias dañinas.

Por las anteriores razones habrá de revocarse la sentencia apelada para en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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:

1º REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 27 de febrero de 1976.

2º DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nºs 1781 del 22 de marzo y 2092 del 30 de abril ambas de 1974 dictadas por el Gerente General del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE.

3º Como consecuencia de la anterior declaración y para el restablecimiento de los derechos vulnerados por las resoluciones que se anulan ORDENASE el reintegro del doctor JOSE MANUEL DIAZ-GRANADOS GOENAGA al cargo de Gerente Seccional del ICCE en el Departamento del Magdalena.

4º El Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE reconocerá y pagará al actor JOSE MANUEL DIAZ-GRANADOS GOENAGA el valor de los salarios y prestaciones sociales que haya dejado de percibir desde la fecha en que se hizo entrega del cargo hasta su reintegro efectivo en el mismo.

5º Del pago anterior deberá descontarse lo que se acredite haber recibido el doctor Díaz-Granados como retribución de servicios de cualquier entidad de derecho público durante el lapso anteriormente indicado.

6º El tiempo transcurrido desde la fecha de retiro del cargo hasta la en que sea reinstalado se tendrá como efectivamente servido para los efectos laborales pertinentes.

7º A este fallo deberá dársele cumplimiento dentro del término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada el día 21 de septiembre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

INMUEBLES POR DESTINACION. IMPLICACIONES CATASTRALES. IMPUESTO PREDIAL. — Inclusión de su valor en el avalúo catastral. Los inmuebles por destinación en el Código Civil, en la doctrina y la jurisprudencia.

AUTORIDADES CATASTRALES. CORRECCION DE SUS RESOLUCIONES. — La modificación que haga una autoridad catastral frente a resoluciones ejecutadas o no que perjudiquen a terceros, no puede mirarse como ejercicio de la revocatoria directa (artículo 22 del Decreto 2733 de 1959) y por lo mismo no requiere del consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Esa modificación es el resultado del ejercicio de un poder especial conferido a las autoridades catastrales y que ellas pueden ejercer, oficiosamente, en cualquier tiempo.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., octubre ocho de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Sesión del día 5 de septiembre de 1979.

Referencia: Expediente Nºs 2777 - 10473. Demandante: Bavaria S. A.

La Empresa Bavaria S. A. ha demandado la declaración de nulidad de las Resoluciones 114 de 1977 (marzo 24) 171 de 1977 (mayo 10) y 247 de 1977 (mayo 10) y 247 de 1977 (junio 14) de la seccional del Catastro en Santander y la número 1243 de 1977 (agosto 22) proferida por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, mediante las cuales se avaluó así el predio de propiedad de la Sociedad demandante, que se individualiza en la demanda: Terrenos $ 2.174.932.00,construcciones $ 3.474.660.00, instalaciones y máquinas $ 6.404.630.00. También se pide la declaración de nulidad de la ficha, registro o cédula catastral del predio en referencia y a título de restablecimiento del derecho que se declare vigente el avalúo anterior o, en subsidio que se ordene la práctica de un nuevo avalúo con exclusión de la maquinaria, equipo y demás bienes muebles que integran el establecimiento industrial de Bavaria S. A. en Bucaramanga.

El demandante considera como violadas las siguientes disposiciones:

Artículo 26 Constitución Nacional, Capítulos 11 y 111 del Decreto Ley 2733 de 1959 artículos 13 y 24, artículos 72 del Código Contecioso Administrativo artículo 213 del Decreto 1301 de 1940, artículos 656, 658, 660 y 661 del Código Civil, 9º del Decreto Ley 2156 de 1970, 83, 84. 85, 86 y 87 del Decreto 1301 de 1940, 116 del Decreto Ley 2053 de 1974, 45, 46, 47, 48, 55, 56 y 106 de la Resolución 533 General 1173 de 1965, 25, 110 (ordinal 4º), 515, 516, 532, del Código de Comercio, 73,

74 y 75 del Decreto Ley 1250 de 1970 y 357 del Código de Procedimiento Civil en consonancia con el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo.

No obstante la variedad de normas que se aducen como violadas, los cargos fundamentales de la demanda son tres:

Primero: Desconocimiento del debido proceso porque se revocó oficiosamente, al margen de todo recurso, y sin el consentimiento del interesado una providencia contra la cual se habían interpuesto el recurso de reposición, lo cual configuró la violación de los artículos 13 y 24 del Decreto 2733 de 1959 y 26 de la Constitución Nacional.

Segundo: Violación de los artículos 656, 658, 660 del Código Civil de los artículos antes citados de los Decretos 2156 de 1970, 2053 de 1974, y 1250 de 1970 porque en los actos acusados se desconocen la clasificación legal de muebles e inmuebles al reputar que la maquinaria y equipo pertenecen a esta útlima categoría a pesar de que no estén destinados al uso, cultivo o beneficio del terreno donde se hallen.

Tercero:El concepto de la violación de las disposiciones citadas del Código de Comercio, lo expresa el demandante en los siguientes términos:

"Según los textos expresados la maquinaria industrial no hace parte del inmueble no por destinación, no por accesión, sino que es un elemento componente de otro bien mueble mercantil principal como lo es el establecimiento de comercio. Es, pues, la maquinaria industrial un accesorio del bien mueble establecimiento de comercio, y por consiguiente si aquélla está destinada a la explotación del establecimiento mercantil, no puede considerarse, ni por ficción, como inmueble por destinación.

No pueden reputarse como inmuebles la maquinaria y el equipo industrial puestos al servicio de los fines de la empresa comercial, cuando es el mismo Código de Comercio en su artículo 532 que dice que el establecimiento mercantil, puede darse en prenda, y se ha visto que las instalaciones industriales hacen parte del establecimiento.

En tal orden de ideas: si el todo, o sea el establecimiento de comercio (y dentro de éste la maquinaria) puede pignorarse, mas no hipotecarse, según el derecho mercantil, es porque las instalaciones industriales, las máquinas y equipo, no tienen el carácter de inmuebles. Si las máquinas no son inmuebles ni los equipos y demás instalaciones industriales, no puede, en consecuencia, computarse su precio o costo dentro del avalúo catastral del inmueble que apenas implica un *"status loci"* (un lugar) para la empresa comercial, o para el establecimiento de ésta, que lo es el establecimiento mercantil. Es tan evidente lo anterior, que hasta el nuevo estatuto tributario (Decreto Ley 2053 de 1974, artículo 116) dispone que cuando dentro del avalúo catastral de un inmueble se incluyen los bienes muebles que se reputan inmuebles por destinación o adhesión, el valor de éstos se determina separadamente y se descuenta. Si lo anterior lo dispone así la ley tributaria para los muebles destinados inmuebles por destinación, con más razón tiene que serlo para aquellos muebles como la maquinaria y el equipo industrial puestos al servicio de otros muebles, cual es el establecimiento comercial".

En este proceso se practicó una diligencia de inspección judicial con intervención de peritos a través de la cual se verificó la identidad del inmueble al cual se refiere la demanda y la existencia de una factoría de cervezas con la maquinaria y equipo correspondientes.

Los peritos conceptuaron: 1) que la maquinaria y equipo pueden trasladarse a otro sitio para emplearse en la misma finalidad pues su fijación al suelo es meramente mecánica; 2) que tales maquinaria y equipo no prestan servicio alguno al predio, sino que, por el contrario, es el terreno el que sirve a la finalidad industrial de aquéllos.

La parte opositora

El Instituto Geográfico Agustín Codazzi se constituyó como tal en el proceso y alegó de conclusión con fundamento en las razones en que se han sustentado los sucesivos salvamentos de voto a las sentencias de esta corporación sobre el tema de los inmuebles por destinación.

Además expresa, lo siguiente:

"El criterio funcional, interpretación actual de las relaciones jurídicas entre personas y de éstas con las cosas, es inseparable de la unidad del inmueble industrial como complejo productor. La unidad de factores conformada por la parte y el todo en irremediable integración, crea su propia naturaleza, según se establece en el artículo 86, del Decreto 1301 de 1940 que no sólo recoge la categoría de "inmueble industrial", sino que así mismo y simultánenamente le da validez económica y jurídica advertida en el artículo 85 del mencionado estatuto cuando considera cosas corporales inmuebles las partes integrantes, plantas, instalaciones industriales, maquinarias, etc.

La Corte Suprema de Justicia en el año 1959, acepta el principio real de la funcionalidad cuando expresa que "los rieles y demás elementos con que las líneas férreas se tienden sobre el suelo, son por su naturaleza bienes muebles. Pero integrados sobres el terreno como "carrilera" pierden su individualidad propia y se transforman en función de finalidades económico jurídicas para venir a ser inmuebles por destinación ... (Sentencia de septiembre 15 de 1959, XCI, páginas 523). Más aún, la misma Corte Suprema de Justicia ha sostenido desde 1954 que "La enumeración comprendida en el artículo 658 del Código Civil no es taxativa. Puede afirmarse que en general se comprenden dentro de la categoría de inmuebles por destinación todas las maquinarias, utensilios y elementos usados en un establecimiento agrícola, industrial o comercial ... "sentencia de diciembre 16 de 1954 LXXIX página 279)".

El señor Agente del Ministerio Público expresa en su vista de fondo:

"Muy importante es la cita de la jurisprudencia de la Corte que se hace en la última resolución aludida, pero si bien se observa, en nada contradice dicha jurisprudencia a la ya muy reiterada del Consejo de Estado en algunas de cuyas providencias igualmente se ha sostenido que la enumeración comprendida en el artículo 658 del Código Civil no es taxativa y solamente se presenta por vía de ejemplo, de ahí que tras de la interpretación de tal enumeración no pueda desatenderse el contenido muy claro y categórico del inciso primero del

mismo artículo, según el cual las cosas muebles para que puedan reputarse como inmuebles deben estar "permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble . . .".

En el presente caso, tanto en la diligencia de inspección judicial como en el dictamen de los peritos, aparece muy claramente que la maquinaria que se incluyó en el avalúo que hizo el Instituto Agustín Codazzi y de que tratan las resoluciones que se acusan, nada tienen que ver con el inmueble sobre el cual se encuentran.

Siendo este caso uno más de los muchos que con las mismas características se han resuelto ya en contra de tales avalúos, considera esta Fiscalía que no hace falta recordar ni menos transcribir el contenido de las sentencias que se han proferido al respecto.

Por lo anterior, en concepto de esta fiscalía, debe accederse a lo pretendido, en el sentido de descontar del avalúo catastral lo correspondiente a la maquinaria industrial".

Consideraciones de la Sala

PRIMERA:El artículo 118 de la Resolución 1173 de 1965, aplicable al caso por no haberse expedido aún la Resolución 444 de 1977, autoriza a las oficinas Seccionales de Catastro para corregir de oficio y en *cualquier tiemvo* los errores que se observen en los documentos catastrales, debiéndose notificar la respectiva providencia cuando la corrección repercuta sobre el avalúo.

En uso de tal facultad la Seccional de Catastro procedió, oficiosamente, a corregir los errores técnicos que advirtió en la calificación de los valores del terreno y de la maquinaria allí indicada, lo cual implicó una modificación del avalúo contenido en la Resolución 114 de 1977(marzo 24) que aún no estaba ejecutoriada por haberse interpuesto contra ella un recurso de reposición; en tal virtud la Resolución 171 de 1977 no puede calificarse como acto de revocación directa al tenor de lo preceptuado en el artículo 22 del Decreto 2733 de 1959, sino como ejercicio de un poder especial conferido a las autoridades catastrales y que ellas pueden ejercer, oficiosamente, en cualquier tiempo.

La resolución de corrección, distinguida con el Nº 171 de 1977 se notificó en legal forma y contra ella se interpusieron oportunamente los recursos de reposición y de apelación. Para desatar el primero, la Seccional de Catastro de Santander, dictó la Resolución 247 de 1977 y la decisión del segundo se adoptó por medio de la Resolución 1243 de 1977 del Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi". Todas estas actuaciones configuran un procedimiento gubernativo dentro del cual la entidad interesada no sólo pudo ejercitar todos los recursos que le otorga la ley, sino que también la administración se los resolvió oportunamente. En tal virtud la Sala estima que el primer cargo de la demanda no está llamado a prosperar.

Segunda:Sobre el tema de los inmuebles por destinación y sus implicaciones catastrales estima la Sala, lo siguiente:

Hasta el presente había predominado en la Sala Plena de esta corporación el criterio de interpretación de las normas pertinentes en que se fundamenta la pretensión del actor.

Sinembargo la opinión mayoritaria de la Sección Primera continuó siendo diversa y por esa razón este y otros procesos han sido sometidos a la decisión de la Sala Plena con los respectivos proyectos para cambiar la jurisprudencia.

Ahora la Sala, por mayoría de votos, ha optado por el cambio jurisprudencial y ha acogido como nueva doctrina la que en sucesivos salvamentos de voto adujeron varios miembros de la corporación. Como se considera que no es preciso agregar ni suprimir nada del contenido doctrinal de dichos salvamentos, a continuación se transcribe lo pertinente de ellos, como fundamento de esta decisión:

LAS NORMAS DE DERECHO PUBLICO. Las principales disposiciones pertinentes al caso *sub judice,* son las siguientes:

a) Ley 65 de 1939:

ARTICULO 1º Con el fin de unificar los sistemas y de preparar la organización del catastro nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por intermedio de la Sección Nacional de Catastro, *tendrá la dirección técnica y el control del catastro en toda la República*". (Se subraya).

ARTICULO 2º Queda autorizado el Gobierno Nacional para dictar normas que establezcan la debida conexión entre las Oficinas de Registro y las nuevas organizaciones catastrales.

ARTICULO 3º El ejercicio de la dirección técnica en materia catastral, *comprende la facultad de dictar normas sobre la formación del catastro, los procedimientos de renovación o rectificación del mismo, los factores que deben tomar en cuenta para el avalúo de las fincas,* etc. Se subraya).

ARTICULO 4º En cada una de las capitales de los Departamentos y de las Intendencias y Comisarías funcionará una oficina de catastro costeada por la respectiva sección. Esta oficina actuará bajo la dirección técnica del Ministerio de Hacienda o de un representante de éste.

b) Decreto 1301 de 1940:

"ARTICULO 6º Serán objetivos principales del catastro:

1. La determinación físico jurídica de los límites de la propiedad inmueble en beneficio de los propietarios;

2. El levantamiento de un inventario general o cocenso de la propiedad en la República;

3. El establecimiento de la carta militar del país;

4. La preparación de una reforma en los actuales sistemas de registro y matrícula de los bienes raíces; y

5. La determinación del valor económico de la propiedad territorial, que permita conocer la riqueza inmueble del país y *fijar equitativamente la cuantía del impuesto predial*". (Se subraya).

"ARTICULO 8º La descripción económica comprenderá todos los datos científicos y estadísticos necesarios para el *avalúo oficial de los*

predios, tomando en cuenta no solamente el valor del inmueble, sino también el que le comunican las cosas corporales muebles considerados inmuebles por adherencia, destinación y radicación, y además las variaciones que en dicho valor introduzcan las servidumbres positivas y negativas existentes, todo de conformidad con lo previsto en los artículos 83 y siguientes del presente decreto". (Se subraya).

"ARTICULO 84. En el *avalúo* oficial de los inmuebles quedarán comprendidos:

a) El valor de los inmuebles propiamente dichos;

b) El valor de las cosas corporales consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, de conformidad con los artículos 656, 657, 658, 660 y 661 del Código Civil; *en cuanto dichas cosas quedan cobijadas por los artículos* 85 *y siguientes del presente decreto*:

c) El valor de ciertas servidumbres positivas y negativas que tengan una repercusión económica sobre el inmueble". (Se subraya).

"ARTICULO 65. Para todos los efectos del presente decreto sólo se consideran como "cosas corporales inmuebles" las partes *integrantes* y las *accesorias* que pertenezcan al propietario del inmueble y que éste haya fijado o destinado de una manera permanente al uso, al cultivo o beneficio del inmueble, tales como: edificios y construcciones con sus accesorios, plantas, *instalaciones industriales, máquinas, etc.*" (Se subraya).

"ARTICULO 86. Se entenderá por partes integrantes del inmueble, aquellas cosas corporales muebles como consecuencia de la utilización económica del inmueble, no presenta calidad independiente y hacer parte de él.

Las máquinas deberán considerarse como partes integrantes de una construcción:

a) Cuando forman parte de la misma y hagan posible su utilización económica, por ejemplo el sistema de calefacción en una casa de habitación, las turbinas en una planta generadora de fuerza eléctrica.

b) Cuando su remoción no sea posible sin la destrucción o deterioro de la construcción o de la máquina".

"ARTICULO 87. Se entenderá por partes accesorias aquellas cosas corporales muebles *que no pueden separarse del inmueble sin producir modificaciones en su utilización económica* o bien, que deben adicionársele para hacer posible dicha utilización". (Se subraya).

ARTICULO 88. Con el objeto de distinguir lo que deberá comprenderse como partes integrantes y accesorias de los inmuebles, éstos se clasificarán en cinco categorías principales, según su destino o utilización económica, a saber:

1. Inmuebles urbanos.
2. Inmuebles agrícolas.
3. Inmuebles de recreo.
4. *Inmuebles industriales.*
5. Inmuebles cuyo subsuelo sea explotado. (Minas) (Se subraya).

PARAGRAFO. El Instituto Geográfico Militar y Catastral hará, a título de ejemplo una lista de algunas de las partes integrantes y accesorias de cada una de las categorías de inmuebles enunciadas".

"ARTICULO 112. *Los inmuebles industriales* y aquéllos cuyo subsuelo se explote y cuyo valor sea superior a $ 250.000.00, serán avaluados por una comisión especial que se integrará así: ..." (Se subraya).

c) Decreto Ley 1250 de 1970:

Capítulo XII

Funciones y efectos del catastro

"ARTICULO 74. La descripción económica comprenderá todos los datos científicos y estadísticos necesarios *para el avalúo oficial de los predios,* tomando en cuenta no solamente el valor del inmueble, sino también el que le comunican las cosas corporales muebles consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, las variaciones que en dicho valor introduzcan las servidumbres activas y pasivas existentes, y en general todos los hechos que puedan influir en su valor". (Se subraya).

d) Decreto Ley 2156 de 1970:

"ARTICULO 9º El artículo 78 del Decreto Ley 1250 de 1970 (9) quedará así:

El avalúo oficial de los inmuebles industriales o agrícolas es unitario e incluirá el valor corriente de los bienes a que se refieran los artículos 656 y 657 del Código Civil (10) (se subraya).

Una vez en firme, el avalúo catastral será oficial y el único atendible en toda clase de diligencias y procesos frente a la administración".

El Decreto 1301 *de* 1940. Este decreto, con 242 artículos, constituye el estatuto orgánico del Catastro Nacional. Precisa, por tanto, determinar su naturaleza y alcance.

a) *Naturaleza jurídica.* La Ley 65 de 1939 adscribió al Gobierno "la dirección técnica y el control del catastro en toda la República" (artículo 1º) y lo autorizó para establecer "La debida conexión entre las oficinas de registro y las nuevas organizaciones catastrales" (artículo 2º) y para "dictar normas sobre la formación del catastro, los procedimientos de renovación o rectificación del mismo, *los factores que deben tomarse en cuenta para el avalúo de las fincas, etc.*". (se subraya). Con base en tales autorizaciones se dictó el Decreto 1301 de 1940, que las desarrolla. En consecuencia se trata de un *decreto especial* dictado con base en las autorizaciones ordinarias conferidas por el legislador con base en el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución y no de un decreto simplemente reglamentario expedido en uso de la potestad que establece el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, pese a que su encabezamiento lo señala como reglamentario de la ley, lo cual también se deduce inequívocamente del hecho de que la Ley 65 de 1939 no contiene ninguna norma dispositiva con relación a la formación del catastro suceptible de reglamentación.

Cabe anotar que el Consejo de Estado en sentencia de 4 de noviembre de 1943 declaró con efecto *erga omnes* la legalidad del Decreto 1301 de 1940.

b) *Alcance del estatuto.* De las normas transcritas del Decreto 1301 de 1940, se deducen los siguientes principios:

I. Para todos los efectos del catastro, entre ellos, determinar el valor económico de los bienes inmuebles y "fijar equitativamente la cuantía del impuesto predial", la ley reconoce "*el inmueble industrial*" como una unidad económica jurídica (se subraya).

II. El "inmueble industrial", es, pues, una unidad funcional integrada por el conjunto de factores que la hacen operante: suelo, instalaciones, maquinarias y servidumbres todas igualmente indispensables, sin que quepa el distingo que hace la sentencia entre elementos principales y necesarios según su valor. Dentro de este principio son "cosas corporales inmuebles", constitutivas del inmueble industrial, "las partes integrantes y las accesorias que pertenezcan al propietario del inmueble y que éste haya fijado o destinado de una manera permanente al uso, cultivo o beneficio del inmueble, tales como edificios y construcciones con sus accesorios, plantas, instalaciones industriales, máquinas, etc.". (se subraya). De suerte que, por propia y expresa definición legal, todas las máquinas e instalaciones industriales son partes integrantes del inmueble industrial, razón por la cual no es fundado el criterio expuesto en la demanda cuando afirma que las máquinas por no estar al servicio del inemueble sino éste al servicio de aquéllas, deben excluirse del inmueble industrial. Por este motivo no es fundado el cargo de la demanda de violación de los artículos 84 y 85 del Decreto 1301, que la sentencia no analiza. Los artículos 74 y 9º de los Decretos Leyes números 1250 y 2156 de 1970 reiteran los principios expuestos, con expresa alusión al "inmueble industrial" al prescribir el carácter unitario de su avalúo.

II. *El caso* sub judice *a la luz del Código* Civil

1. *Relación entre el régimen de derecho público y el régimen de derecho privado.* Es cierto que el artículo 84 del Decreto 1301 de 1940 se remite a los artículos 656, 658, 660 y 661 del Código Civil con el objeto de comprender en el avalúo oficial los inmuebles por naturaleza, "adherencia, destinación y radicación" (artículo 8º del Decreto 1301 de 1940), pero "en cuanto dichas cosas quedan cobijadas, por los artículos 85 y siguientes del presente decreto". Es decir, que sobre la base del principio de la unidad del avalúo, el decreto se remite al Código Civil, bajo la condición de que prevalecen las normas de los artículos 85 y siguientes del estatuto en el supuesto de que existiere discordancia con las normas del derecho privado.

En el caso de autos, aunque es suficiente la aplicación directa del artículo 85 que define a "las instalaciones industriales" y las "maquinarias" como integrantes del inmueble, para efecto de su avalúo unitario, con las ineludibles conclusiones expuestas anteriormente, la aplicación de las normas del Código Civil, particularmente del artículo 658, aunque innecesarias, conduce al mismo resultado, como se pasa a demostrar.

2. *Los inmuebles por destinación industrial en el Código Civil*

a) *Concepto.* El inciso primero del artículo 658 del Código Civil establece que "se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento".

Esta disposición no puede interpretarse en el sentido de que para que se configure el inmueble por destinación deben concurrir al uso, cultivo y beneficio del inmueble bajo un criterio de complementaridad esencial. En efecto, los ejemplos que trae la norma, que constituyen presunciones legales de aplicación del principio contenido en el inciso primero, corresponden a los distintos conceptos de uso, cultivo o beneficio en forma disyuntiva o alternativa y no copulativa. Así, los ejemplos contenidos en los incisos 2º y 3º, solamente suponen que el inmueble sirve *al uso* del inmueble; y en los del inciso 4º, relativos a "utensilios de labranza o minería" y a "animales actualmente destinados al *cultivo o beneficio* de una finca" (se subraya), se emplea la conjunción disyuntiva o y no la copulativa y, para significar que hay inmueble por destinación si sirve para el cultivo o para el beneficio del inmueble, sin referencia alguna al uso del mismo, lo contrario llevaría a que los conceptos del inciso 1º se contrapongan entre sí, en forma de hacer nugatoria la operancia de la norma en todos aquellos casos en que sea imposible la concurrencia de los tres elementos: uso, cultivo y beneficio y, además, a que se considere en forma injurídica y contradictoria, que los ejemplos del artículo 658 del Código Civil, son "más o menos afortunados", no obstante que es la ley la que debe guiar al intérprete y no el intérprete a la ley.

b) *El establecimiento industrial.* Acorde con lo dispuesto anteriormente, y el inciso 6º del artículo 658 del Código Civil considera como inmuebles "las prensas, calderas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un *establecimiento industrial* (se subraya) adherente al suelo y pertenecen al dueño de éste". En este ejemplo, la ley presume que son inmuebles por destinación los bienes que menciona, si hacen parte integrante de la unidad "establecimiento industrial" como finalidad de la afectación.

Dentro de este concepto, es indiferente que las máquinas y demás elementos que "forman parte del establecimiento industrial tengan mayor o menor valor que el suelo a que adhieren", pues, se repite, se trata de una unidad económica en la cual, ciertamente, no es posible desarticular sus componentes, dado que las máquinas e instalaciones industriales no podrían funcionar sin el suelo sobre que se asientan y a la inversa, el suelo no coformará un establecimiento industrial sin las máquinas y elementos en él asentados. De otra parte, es manifiesto que en el caso de un esablecimiento industrial adherente al suelo, las maquinarias e instalaciones industriales están destinadas al uso permanente del mismo, de acuerdo con la destinación que se le ha dado al predio, pues, sin uso del suelo no podría haber un establecimiento industrial que le fuera adherente.

c) *La tesis de la demanda.* En la demanda se sostiene, en síntesis, que para que haya inmovilización industrial se requiere que las máquinas tengan el carácter de accesorios del inmueble, requisito que se

cumpliría si su valor es menor que el del inmueble, y que estén destinadas al uso, cultivo y beneficio del mismo. Según lo expuesto, este criterio es manifiestamente contrario a la ley, a saber:

I. El concepto de accesorio en la forma planteada en la demanda, es totalmente ajeno al contexto del artículo 658 del Código Civil, motivo por el cual el intérprete no puede introducirlo arbitrariamente para desconocer tal disposición, a fuerza de interpretarla. Además, el Código Civil por principio, da a los inmuebles por naturaleza un manifiesto carácter de preeminencia, frente a los bienes muebles, como sucede, por ejemplo, con el régimen de la accesión en el cual éstos acceden a aquéllos y no viceversa; en el régimen legal de la compra venta de los bienes inmuebles y los muebles y en el de las prestaciones mutuas en caso de reivindicación, para no citar sino unos pocos de los muchos ejemplos que podrían darse. De donde puede afirmarse que a la luz del Código Civil la mayor o menor importancia de los bienes inmuebles y de los muebles no depende de su valor económico, sino de la naturaleza de unos y otros, siendo siempre mayor la de los inmuebles. Esto lo corrobora el propio artículo 658, que al reglamentar los inmuebles por destinación lo hace con referencia a un inmueble por naturaleza, sin consideración alguna a su valor, por lo mismo, es injurídico sostener que para que pueda existir el establecimiento industrial los muebles deben tener menor valor que el inmueble y que en la hipótesis contraria al inmueble sirve a los muebles, figura totalmente extraña a el artículo 658 del Código Civil.

II. En cuanto a que las máquinas deben estar dedicadas al uso, cultivo y beneficio del inmueble para que exista su inmovilización en el caso del establecimiento industrial, ya se expuso cuál es, por este aspecto, el verdadero alcance y sentido del artículo 658 del Código Civil y la falta de fundamento de la tesis sostenida en la demanda. La interpretación dada en la demanda conduce simple y llanamente a que jamás puede darse en la realidad un ejemplo de inmovilización de las máquinas que "forman parte de un establecimiento industrial", pues, ciertamente, es imposible imaginar siquiera que una máquina integrante de una fábrica, sirva para el cultivo o beneficio del inmueble en donde se encuentra. En otros términos, la interpretación glosada lleva a la inaplicación e inoperancia de la norma interpretada, contra su claro tenor literal y su inequívoca finalidad.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales y el artículo 658 *Código Civil*

La doctrina y la jurisprudencia nacionales confirman la tesis expuesta en este fallo, como se verá a continuación:

I. La doctrina

Valencia Zea, Derecho Civil. Editorial Temis, año 1958, páginas 26 y 27:

"De la fórmula del artículo 658 se deduce que cualquier "uso" "cultivo" o "beneficio" es suficiente para crear la inmovilización de cosas muebles.

Por diferentes que sean los "usos", "cultivos" o "beneficios" a que puedan destinarse los muebles, es suficiente para caracterizar la

inmovilización, que puede decirse que el mueble constituye una parte accesoria del inmueble. En consecuencia, son inmuebles por destinación todas las cosas muebles que se convierten en "accesorios" de un inmueble.

"b) Son también inmuebles por destino toda clase de muebles empleados en las explotaciones industriales".

"En consecuencia, todos los utensilios y todas las máquinas que forman un taller de herraría, de carpintería, de reparación de automóviles, etc., son inmuebles por destino".

J. J. Gómez, Derecho Civil, Bienes, Edic. Externado de Colombia, año 1962, página 20:

"Esta especie de inmuebles puede encontrarse en todo género de industrias. El inciso cuarto del artículo 658 habla de los utensilios de labranza o minería y los animales actualmente destinados al cultivo o beneficio de una finca, de los abonos y de las máquinas en general. Y como este precepto es simplemente enunciativo (doctrina de la Corte), se debe concluir que allí caben todas las industrias, y así puede decirse que los inmuebles pueden ser inmovilizados en los fundos en su calidad de accesorios".

"a) Por destinación agrícola: máquina de arar, utensilios y enseres para siembra y recolección; semovientes para mover o arrastrar las máquinas o para acarrear las semillas, el fruto o los abonos, etc.

b) Por destinación MINERA O EXTRACTIVA: Herramientas y enseres necesarios para la explotación, máquinas, molinos, tuberías, cables, instalaciones de energía eléctrica, los aceites y grasas, etc.

c) Por destinación manufacturera: Telares y máquinas de hilar y tejer, motores, materias primas, útiles y enseres, etc.

d) Por destinación INDUSTRIAL EN GENERAL: Como ocurre en las empresas de transportes con los vagones, carros, plataformas, locomotoras, y en general el material rodante de una línea férrea, en los teatros, hoteles, restaurantes, clínicas y colegios, para todos sus útiles; y por otras destinaciones, como pasa en las iglesias con los escaños, vasos sagrados, imágenes y ornamentos, y en las casas de habitación, con las llaves, tapicería, bombas de incendio, etc. (Josserand. Tomo 1º, Nº 1354)".

Pérez Vives, Teoría General de las Obligaciones, V. IV, Editorial Temis, 1959, páginas 214 y 215:

"De conformidad con este texto (artículo 658 Código Civil) se consideran inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, no obstante puedan separarse sin detrimento.

Para que un bien mueble por naturaleza se repute inmueble al tenor del citado precepto, es preciso que se halle permanentemente destinado al uso, cultivo y beneficio de un bien raíz.

Trae el mandato en referencia algunos ejemplos para ilustrar la regla; lo cual indica que no sólo las cosas allí mencionadas, sino todas

las que estén en las condiciones previstas por el preámbulo del artículo 658, quedan comprendidas por éste.

De los ejemplos en mención, cabe destacar tres grupos: aquéllos que aluden a cosas que podrían estar comprendidas dentro de los inmuebles por radicación; aquéllos que exigen la destinación hecha por el dueño de la finca, y los que requieren un carácter accesorio de inmuebles por adherencia. Veámoslos.

a) El primer grupo comprende aquellas cosas que, aunque destinadas al uso o beneficio de un inmueble, han sido radicadas en él. Tales, las losas de un pavimento, los tubos de las cañerías, etc.

Esta clase de cosas no adquieren un carácter de muebles ni aún por su separación, si persiste su destinación (artículo 661).

b) El segundo grupo se refiere a cosas esencialmente muebles, como son los utensilios de labranza o minería (rastrillos, palas, picos, arados, tractores, vehículos, etc.) y a los animales y abonos, existentes en la finca, siempre y cuando que se reúnan estas dos condiciones: 1ª) hallarse destinados al cultivo o beneficio del inmueble, y 2º) haber sido puestos en éste por el dueño de la finca.

Esta segunda exigencia se presume por el hecho de la destinación, que es demostrativa de posesión (artículo 762, inciso 2º). Corresponde al que alegue que tales cosas pertenecen a persona distinta que el dueño del inmueble hipotecado, acreditarlo.

c) El tercer grupo se subdivide así:

1. Cosas respecto de las que no sólo se exige ser accesorias de inmuebles por adherencia, sino también que hayan sido destinadas por el dueño del inmueble;

2. Cosas respecto de las cuales sólo se considera su carácter accesorio de un inmueble por adherencia.

1. Se reputan inmuebles: las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas (dinamos, transmisiones, molinos, ruedas, vehículos, etc.), siempre y cuando que formen parte, es decir, estén destinados al servicio, de un establecimiento industrial adherente al suelo (que sea inmueble por adherencia: artículos 656 y 657), y que pertenezcan al dueño de éste, hecho que se presume por la destinación, como antes se dijo.

Entre estos establecimientos en referencia pueden citarse: aserraderos, fábricas de cemento, de calzados, curtiembre, fábrica de tejidos, plantas de energía eléctrica, desmontadoras de algodón, hornos industriales de todas clases que adhieran al suelo, molinos de harina, empresas ferroviarias, etcétera ...".

Toro Agudelo, El Impuesto Predial, Tesis laureada U. de Antioquia, Imprenta Municipal. Medellín, páginas 54 y 55:

"En el penúltimo inciso del artículo 658 el legislador precisa y determina un caso especial: reputa inmuebles por destinación "las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles, y máquinas, que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño de este". Así, modifica la norma dada en el inciso 1º, al

exigir que ese establecimiento industrial adhiera al suelo y que sea uno mismo el propietario del suelo y de la instalación industrial. Y en ninguna parte especifica o exige que sea necesario, además, que esa instalación tenga carácter de simple accesorio del inmueble. Ni mucho menos específica que se entenderá por accesoria la instalación industrial cuando ella tenga un valor venal inferior al del suelo o al del suelo (sic) y de la edificación que la alberga. Simplemente, debemos repetirlo, señala dos condiciones: que se trate de un establecimiento industrial adherente al suelo y que éste y aquél sean de un mismo propietario. No creo que en este caso requiera, además, que las instalaciones industriales deban servir para uso, cultivo o beneficio del inmueble por naturaleza, aplicando así, por otra parte, las reglas del inciso 1º del artículo, porque nunca podría decirse en verdad que elementos como prensas, cubas, alambiques, y ciertas máquinas puedan estar realmente destinadas a ese uso, beneficio o cultivo. Habría que utilizar demasiado para presentar el caso de una prensa o un alambique utilizados en el cultivo o beneficio de una finca. Es que, en doctrina, el caso de los establecimientos industriales, tal como fue configurado en la legislación positiva, es un caso de inmuebles por adherencia, más bien que de inmuebles por destinación. El sentido del inciso y el uso en él de la expresión "que adhieran" es bien significativo.

Puede afirmarse, por otra parte, y dejando de lado la doctrina para ceñirnos al texto legal, que con los ejemplos concretos y particulares del artículo 658, el Legislador quiso sencillamente presumir que en esos casos existía la ficción de inmovilización de las cosas muebles, a que se refirió en el inciso 1º, exigiendo, a veces, condiciones adicionales para configurar la presunción, como la referente a que "adhieran al suelo y pertenezcan al dueño de éste".

En otro sentido, el artículo quedaría sin aplicación práctica, más aún si se adiciona el código con el requisito de que las cosas muebles deben ser, además, simplemente accesorias del inmueble propiamente dicho. Ya vimos cuan falsa es esta tesis, que se aparta del texto claro de la ley y que hace distingos donde en ella no aparecen. Y más falso y carente de fundamento es, si se quiere, el sistema enunciado para determinar la calidad de accesorio: que la cosa mueble tenga menor valor que el bien inmueble por naturaleza, precisamente porque en el sistema del código civil que gira sobre el eje de los inmuebles propiamente dichos, la tierra, el suelo, los inmuebles por naturaleza son siempre cosas principales enfrente de las cosas muebles, que tiene así la calidad de accesorias, cualquiera que sea su valor. Así, por ejemplo, lo estatuye el código al tratar de las accesiones de cosas muebles e inmuebles (artículos 738 y 739); y así también al tratar de prestaciones mutuas (artículos 962, 966, 968). Siempre, en esos casos, el dueño del inmueble a que accede una cosa mueble o que se reinvindica (sic), cualquiera que sea su valor, porque el código no distingue, tiene el derecho preferente a hacer suyos los muebles que acceden a él o constituyen mejoras útiles o voluptuarias, cualquiera que sea también el precio de estas cosas muebles. Y no es difícil pensar que en muchas ocasiones será sin duda superior a el valor de una construcción, de unas mejoras cualquiera, al de un simple pedazo de terreno. Pero el código mantiene inflexible su sistema de que frente a los bienes muebles son los inmuebles, propiamente, los que tienen la calidad de co-

sas principales, abstracción hecha de su valor, y ello en razón del carácter estable, fijo, permanente de la propiedad inmueble ...".

Devis Echandía, Los gravámenes sobre la propiedad raíz y su reglamentación en Bogotá, Editorial Minerva, 1944, Bogotá, páginas 67 a 71:

"Dos tesis opuestas existen sobre esta cuestión: la de quienes sostienen que las maquinarias y otros enseres pertenecientes a los establecimientos industriales y destinados a su explotación, no pueden considerarse como inmuebles por destinación; y la de quienes, por el contrario, los consideren como tales y, por lo tanto, los sujetan al avalúo catastral del inmueble en donde existen.

"Los argumentos de los primeros pueden sintetizarse en la forma siguiente: que en los inmuebles por destinación a que se refiere el artículo 658, se exige que la relación entre el mueble y el inmueble sea tal que el primero forme una cosa accesoria del segundo, debiendo tener por consiguiente un valor inferior al de éste; que se necesita que los objetos del establecimiento industrial le den un mayor valor al suelo o al edificio, o que los beneficien en sí mismos; que la influencia del mueble sobre el inmueble debe ser tal que éste de nada o poco serviría sin aquél.

"Nosotros creemos que las objeciones anteriores no tienen verdadero fundamento, y que, por el contrario, ningún obstáculo legal existe para que estas maquinarias y muebles semejantes que forman parte de la explotación de un establecimiento industrial, puedan considerarse como inmueble por destinación, sino a tal conclusión se llega necesariamente de un examen jurídico y legal del problema".

"Nos parece que la ley civil dice únicamente que los muebles deben estar destinados al uso, cultivo o beneficio del inmueble pero no que sean necesariamente accesorios en el sentido de que sean bienes secundarios o de importancia y valor inferiores al suelo. Y en el caso de las maquinarias industriales, el artículo habla únicamente de que "el establecimiento industrial" sea adherente al suelo y no de que las máquinas sean accesorios del suelo. Basta con que esos objetos y máquinas formen parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y que pertenezcan al dueño de éste, para que sean inmuebles por destinación.

"Tampoco dice la ley civil que sea necesario que las máquinas y objetos del establecimiento industrial le den mayor valor al suelo o que lo beneficien en sí mismo. Esto sucede en la explotación agrícola que se ejerce sobre el predio directamente; pero en las explotaciones industriales basta con el hecho de que el suelo sea el soporte permanente de un establecimiento de éstos y que por tal motivo le sea necesario y adherente, ya que no es posible concebirlos ajenos a toda radicación sobre la tierra.

"El concepto de que la influencia del mueble sobre el inmueble debe ser tal que éste de nada o de poco serviría sin aquél, no es aceptable con mayor razón. Si esto fuera cierto no existiría jamás el caso de inmuebles por destinación ni en materia industrial, ni en materia agrícola. No se puede decir, en efecto, que sin las maquinarias para su explotación nada valga un predio rural o que una mina no repre-

senta valor alguno con prescindencia de la maquinaria para su explotación. La tierra tiene un valor en sí misma con independencia de los arados, tractores y demás maquinarias utilizadas en su explotación. Además, cómo se entendería entonces el ejemplo que trae el artículo 658?. Nunca habría un caso en que esas cubas, alambiques, toneles, etc. fueran inmuebles por destinación, ya que están en idénticas condiciones que las maquinarias en general. Por otra parte el artículo 658 no exige cuando se trata de máquinas que forman parte de un establecimiento industrial que estén destinados al uso, cultivo y beneficio de la finca, sino se limita a exigir que el establecimiento sea anexo o adherente al suelo y, en cuanto a las máquinas en sí requiere únicamente que pertenezcan al dueño de éste. El ejemplo mismo traído por el artículo es muy claro al respecto: las prensas, calderas, cubas, alambiques y toneles no están destinados en ningún caso al beneficio o cultivo del inmueble, de modo que de aceptarse aquella tesis quedaría sin aplicación y sin sentido este ordinal.

"Además el artículo 658 no exige que necesariamente el mueble esté destinado al beneficio o cultivo del inmueble, ni aún en materia agrícola o en otra diferente a la industrial. También expresamente se dice allí que el mueble puede estar destinado simplemente al uso del inmueble.

"Suponiendo entonces que la regla consignada en el inciso 1º del artículo tenga aplicación al caso de los establecimientos industriales, es necesario aceptar que basta con que las maquinarias estén destinadas al uso del inmueble en cualquier forma o en cualquier sentido, para que sean inmuebles por destinación. Y se parte de una suposición porque, como se dijo antes, el legislador exige únicamente que el establecimiento en sí sea adherente al suelo y que las maquinarias pertenezcan al dueño de éste. Y no puede negarse que los elementos y maquinarias propias de un establecimiento industrial, cuando está radicado en un inmueble, terreno y edificio, construido o adaptado expresamente para él, mientras permanezcan allí constituyen el uso de ese inmueble.

"En efecto, no puede decirse que en el caso contemplado, el inmueble, terreno y edificación, no esté prestando uso alguno. Por el contrario, los servicios que presta son esenciales e importantísimos. Y ese uso que se está dando al inmueble es precisamente el de servirle de soporte, de albergue, de complemento indispensable a las maquinarias, para formar el conjunto de un establecimiento industrial. Esos tres elementos: terreno, edificio y maquinarias, constituyen un todo armónico que no puede descomponerse mientras permanezca la finalidad o destinación que le son propias.

"Si en verdad esas maquinarias y ese establecimiento industrial no estuviera constituyendo el uso del inmueble, si éste no se aprovechara en nada de tal circunstancia, habría que concluir que no hay diferencia entre un edificio ocupado por una fábrica y otro desocupado, lo que es abiertamente absurdo. Basta considerar únicamente lo que representa para el dueño del edificio el funcionamiento de la empresa como valor de arrendamiento que dejó de pagar, para ver el rendimiento o beneficio económico que presta.

"Es pues innegable, por lo menos en el caso de que el edificio haya sido construido o adaptado especialmente para el funcionamiento de

la empresa, que ésta constituye el uso o está destinada a cumplir el uso propio de ese inmueble. Y si dentro de este concepto, que es del legislador, las prensas, cabas, alambiques y toneles de un establecimiento industrial con inmuebles por destinación, no existe razón alguna para que las maquinarias de un establecimiento industrial moderno no lo sean también, fuera de que el mismo artículo habla en general de máquinas de esta clase de establecimientos y por lo tanto quedaron comprendidas, no solamente las que entonces existían, sino las que posteriormente el ingenio del hombre ha inventado, siempre que pertenezcan al dueño del suelo y forman parte del establecimiento industrial adherente a él. De otra manera el ejemplo sería improcedente y existiría una contradicción entre él y la norma general sobre inmuebles por destinación consagrada en el mismo artículo, lo que no es posible admitir. Además la hermenéutica enseña que en todo caso debe proferirse la interpretación que permita dejar con sentido y aplicación todas las partes del artículo, y no es posible, por tanto, desechar el ejemplo legal, porque precisamente en ella está consignada la intención del legislador y el alcance que para estos casos debe darse a la regla general.

"Por útlimo, en el inciso 1º del artículo 658 se dice que son inmuebles por destinación las cosas que, aunque por su naturaleza no lo sean, están permanentemente destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. Pero debe tenerse en cuenta que sea relación de permanencia no es igual para todos los casos como se desprende de los mismos ejemplos que a continuación trae el artículo.

"Además la circunstancia de que su destinación sea permanente, de que constituyan un todo jurídico indivisible, la exige el legislador en un sentido relativo y no en forma absoluta e indefinida. La indivisibilidad jurídica permanece únicamente mientras la destinación de los muebles subsiste, pero deja de ser en el momento en que se les varía la aplicación. Basta observar para convencerse de ésto lo que sucede en materia de muebles destinados al beneficio de un fundo agrícola, como los arados, tractores, etc.; mientras tengan esas maquinarias la destinación de servir al cultivo o explotación del predio se consideran jurídicamente unidos a él y se les da la categoría de inmuebles por destinación, como expresamente lo dice el artículo tantas veces citado, pero sin dificultad de ninguna clase puedan ser separados por el dueño de esa finalidad o llevados a prestar otros servicios en un predio distinto, y entonces desaparece esa unidad y consecuentemente la calidad de inmueble por destinación con relación a aquél fundo.

"No puede negarse que existe una mayor unidad entre el inmueble y las maquinarias industriales, que son fijas y estables, que entre el predio y las maquinarias agrícolas para su explotación que son de hecho movibles y fáciles de separarlas de sus servicios. Es más permanente la relación en aquel caso que en éste. Luego, si se aceptara la objeción no solamente no habría maquinarias industriales que fueran inmuebles por destinación y el ejemplo legal sería improcedente, sino que tampoco podrían serlo en ningún caso las maquinarias agrícolas. Basta por consiguiente que mientras el establecimiento funcione en el inmueble construido o adaptado para él, las maquinarias estén prestando sus servicios, para que exista la relación de permanencia nece-

saria y la ficticia indivisibilidad jurídica, constituida por el vínculo de anexión que existe entre ellos, sin que importe el hecho de que en un momento dado pueda ser por cualquier causa separadas del inmueble, exactamente lo mismo como no importa cuando se trata de maquinarias destinadas a la explotación de un predio agrícola.

"La estrecha relación que existe entre las maquinarias del establecimiento industrial y el inmueble donde funciona, especialmente si ha sido construido o adaptado para el caso, no puede ser negada ni discutida, y es suficiente para constituir la permanencia requerida por la ley. Los ejemplos que trae el mismo artículo 658 están indicando que no es posible exigir para estos casos una vinculación más estricta y precisamente en el caso de las losas, tubos y viveros o colmenas, que presentan una vinculación realmente permanente al inmueble, no se trata de inmuebles por destinación sino de inmuebles por adherencia. Pero no solamente se pecaría contra los otros ejemplos del artículo, que quedarían como se ha dicho inoperantes, sino que sería necesario pasar por sobre el texto mismo del inciso primero en el cual se dice expresamente que los muebles pueden separarse sin detrimento del inmueble, sin que por esto pierdan su calidad de inmuebles por destinación. Luego se está contemplando el caso de que los muebles puedan ser separados por cualquier motivo del servicio o destinación que les correspondía, o sea, que no es necesario que adhieran en forma definitiva y absoluta al inmueble.

"Concluyendo tenemos, pues, que son inmuebles por destinación y están sujetos al impuesto predial, las maquinarias y demás bienes muebles que de manera regular u ordinaria formen parte de la explotación de un establecimiento industrial que funcione en un edificio construido o adaptado especialmente para el caso, y siempre que esos muebles pertenezcan al dueño del edificio o inmueble por naturaleza.

"Una vez que se llega a la conclusión de que tales maquinarias y muebles que reúnen estas condiciones, son inmuebles por destinación de acuerdo con la ley civil, es necesario aplicar la misma noción en todos los casos en que se trate de saber qué se entiende por inmueble cuando la ley habla de estos bienes o de bienes raíces, sin que importe el que se trate de una materia civil o comercial o administrativa o fiscal".

II. La jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de diciembre de 1954, Gaceta Judicial Tomo **LXXIX**, páginas 277 y 279:

"Los bienes a que se refiere el artículo transcrito se denominan inmuebles por destinación. Esta categoría está formada por bienes que por su naturaleza no son inmuebles, pero a los cuales la ley atribuye ficticiamente tal carácter para determinados fines. Conservan, pues, su naturaleza muebles, porque pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismo, sean (sic) moviéndose por una fuerza externa (Código Civil artículo 655); así, los animales destinados por el dueño al beneficio o cultivo de su fundo, o las máquinas que hacen parte de un establecimiento agrícola, industrial o comercial adherente al suelo, aun cuando son inmuebles por su destinación, con-

servan su naturaleza mueble, como es obvio. Como lo advierten los autores, la inmovilización de estos bienes es puramente jurídica y ficticia".

"La enumeración comprendida en el artículo 658 del Código Civil no es taxativa. Puede afirmarse que en general se comprenden dentro de la categoría de inmuebles por destinación todas las maquinarias, utensilios y elementos usados en un establecimiento agrícola, industrial o comercial, adherente al suelo, pertenecientes al dueño de éste, porque todos ellos reúnen la condición de estar permanentemente destinados a la explotación del inmueble. Para que exista la inmovilización de tales objetos, por fuerza de su destinación económica, son necesarias en consecuencia tres condiciones:

a) Que exista un establecimiento agrícola, industrial o comercial adherente al predio o fundo;

b) Que tales bienes forman parte integrante del establecimiento para las tareas propias de éste;

c) Que dichos objetos y el establecimiento pertenezcan al mismo dueño".

Consejo de Estado, sentencia de 4 de noviembre de 1943. Copiador de sentencias, Tomo 70, páginas 8, 11, 13, 14 y 15:

"Como es sabido, la Ley 65 de 1939 confirió al Organo Ejecutivo facultades especiales para dictar normas sobre catastro, por lo cual el Gobierno podía añadir estas, todos los actos administrativos para los que expresamente se le autorizó, ya que las facultades o autorizaciones especiales, implican una ampliación de competencia no sólo para hacer más efectiva la ley, sino para dictar dentro de ellas, normas nuevas, con tal que no contraríen la legislación preexistente ...

"Ya el concejo tiene dicho que el catastro no es un asunto de interés sólo para los municipios, puesto que él surte efectos legales en asuntos de interés nacional, como son: la fijación del impuesto de patrimonio, la estimación del exceso de utilidades, la apreciación de la valorización para fijación de este impuesto, el avalúo de la indemnización en caso de expropiaciones, la estimación de la cuantía en el caso de causiones legales, etc....".

Donde el acto precisa su acción es en lo relativo con los artículos 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 93, 94, 95 y 96 por cuanto considera que tales disposiciones alteran sustancialmente las normas contenidas en los artículos 654 a 663 del Código Civil.

Haciendo una confrontación de aquellas disposiciones con las del Código puede observarse que están calcadas las unas en las otras, en la determinación de lo que debe entenderse por bienes inmuebles en el avalúo. El actor pierde de vista que el decreto sobre catastro no es impositivo, ni por lo mismo puede decirse que aumenta o crea determinados impuestos, sino que únicamente organiza la formación de los catastros, e indica las normas que deben seguirse para los avalúos, sin que de hecho entre a crear gravamen alguno, hecho que únicamente la respectiva ley tributaria es la llamada a especificar; para el caso en estudio no debe perderse de vista que el impuesto predial recae sobre los bienes inmuebles por lo cual el decreto indica los que deben

tomarse como tales en el catastro, así como los factores que influyen de manera definitiva en el avalúo del bien en referencia. El decreto parece haberse anticipado a esta objeción cuando en sus artículos fundamentales cita la correspondiente definición del Código Civil. El actor hace especial hincapié en que el artículo 86 del decreto al introducir en el catastro la maquinaria de las fábricas establece un nuevo gravamen municipal sobre la propiedad mueble, pero a más de que el decreto no impone gravámenes como ya se anotó, la afirmación se contradice con la lectura de los artículos del decreto y el código ...".

"El actor ha perdido de vista que el decreto no es sino el desarrollo lógico de la Ley 65 de 1939, que dispuso que el gobierno unificara los sistemas y preparará la organización del Catastro Nacional en la forma amplísima que allí se indica, invistiéndolo de facultades especiales. con fundamento en el numeral 8º del artículo 69 de la Constitución. Ante esa ley el decreto que se estudia no es sino el reglamento orgánico del catastro, en forma técnica y científica, que fija el objeto y características de su organización, las entidades que tienen la dirección y el control, los trabajos que corresponden a las distintas oficinas, el levantamiento del catastro, la identificación de los predios al avalúo de los mismos con indicación del cálculo, procedimiento y entidades que deben ejecutarlo, reclamos, forma de resolverlos y operaciones finales que implican la copia de documentos estableciendo de oficio la matrícula de la propiedad y vigencia del nuevo catastro, así como conservación del mismo, mutaciones de la propiedad, lista de contribuyentes.

Como se ve se trata de el reglamento orgánico del catastro, en desarrollo de un nuevo sistema que no tiene su origen en el decreto acusado, sino en la ley que lo nacionalizó, mediante expresa reforma de las disposiciones anteriores con él relacionadas, de donde se deduce que los ataques formulados contra el decreto más bien debieran dirigirse contra la ley, máxime si como se observa, los reparos de orden fundamental se hacen en orden a contravenciones de la Carta Fundamental".

"Lo dicho es suficiente, en concepto del Consejo, para concluir que las disposiciones del decreto acusado no están afectadas de nulidad y que por lo mismo no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

No es nulo el Decreto 1301 de 1940, reglamentario de la Ley 65 de 1939 sobre catastro ...".

III *La doctrina extranjera*

e) Confirman también el criterio expuesto en este salvamento, entre otros, los siguientes autores extranjeros:

El autorizado tratadista Chileno *Luis Claro Soler,* comentando el artículo 570 del Código Civil Chileno, cuyo texto reproduce textual-

mente el artículo 658 de nuestro Código Civil, dice en su obra Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado, Imprenta Cervantes, 1930, Tomo VI, páginas 79 y ss. lo siguiente:

"68. Las prensas, calderas, cabas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo, y pertenecen al dueño de éste. Esta enumeración, en sí misma, no es taxativa y puede decirse, en general, que entran en esta especie de inmuebles por destinación todos los utensilios y todas las maquinarias usadas en un establecimiento industrial adherente al suelo, y que pertenecen al dueño de éste, porque todos ellos reunen la condición de hallarse permanentemente destinados al uso, cultivo y beneficio de un inmueble.

"Para que la inmovilización de estos objetos se efectúe por esta destinación industrial es necesario que concurran las siguientes condiciones:

a) Que exista un establecimiento industrial adherente al suelo;

b) Que formen parte integrante de este establecimiento para la realización de la industria a que está dedicado; y

c) Que dichos objetos y el establecimiento pertenezcan al mismo dueño.

"Se trata, pues, de una inmovilización esencialmente industrial que supone la construcción de un edificio apropiado a una determinada industria, sea en un predio rústico, sea en un predio urbano. En este caso la inmovilización de las cosas muebles, permanentemente destinadas al uso y beneficio del inmueble, se efectúa en interés de la industria que necesita esta estabilidad para su explotación y desarrollo. Por eso el establecimiento industrial debe ser una construcción adherente al suelo, que adhiera al suelo mismo a perpetuidad, y no una construcción de material ligero, fácilmente transportable, y que no pudiera ser calificado como bien inmueble" ...

"71. No es necesario que las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas adhieran al suelo. La ley exige únicamente que el establecimiento industrial adhiera al suelo, es decir sea un edificio o construcción adherente al suelo: las máquinas y demás objetos pueden o no adherir al suelo: (las máquinas y demás) ya que lo único que la ley exige es que formen parte del establecimiento. La Corte de Casación Francesa ha fallado que los barriles pequeños empleados en una cervecería para transportar la cerveza al domicilio de los consumidores, conservando el cervecero la propiedad de esos barriles, pueden ser considerados como necesarios a la explotación de este establecimiento y por consiguiente como inmuebles por destinación industrial" ...

Josserand, Derecho Civil, Traduc. Tercera Edición, Tomo I, Volumen III, páginas 30 y 33.

"Los inmuebles por destino son los bienes muebles por su naturaleza, de los cuales hace la ley ficticiamente inmuebles por razón del lazo que los une a un inmueble por naturaleza, del que constituyen lo accesorio. Ejemplo, los utensilios de cultivo, los animales que sirven para el cultivo de la tierra; la maquinaria industrial" ...

El artículo 524 es mucho más lacónico sobre este punto: el maquinismo estaba poco desarrollado en 1804; se hizo mención solamente de los "utensilios necesarios para la explotación de forjas, papeles y otras fábricas". En realidad, toda la maquinaria industrial se encuentra inmovilizada en virtud de dicha disposición, comprendidos los animales, los carruajes afectos al servicio de la fábrica, los caballos, los arneses, los barriles de una cervecería(la misma decisión); el material Decauville afecto al servicio de un ladrillar ...".

Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, Segunda Edición, Tomo II, páginas 26 y 31.

"35. Condiciones generales de la inmovilización. En general, en el Derecho Chileno, son tres las condiciones que la ley exige para que una cosa mueble se repute inmueble, por destinación.

1. La cosa debe colocarse en un inmueble, pues la naturaleza de éste es comunicada a aquélla.

2. La cosa debe colocarse en interés del inmueble mismo, esto, es, para su uso, cultivo o beneficio. A pesar de que el inciso 1º del artículo 570 emplea la conjunción copulativa y, lógicamente debe entenderse que, para dar a las cosas muebles la calidad de inmuebles por destinación, basta que estén destinadas a una cualquiera de las finalidades señaladas (uso, o cultivo, o beneficio del inmueble) y no es necesario que concurran las tres copulativamente. Así lo ha decidido, con toda razón la Corte Suprema".

"Tres condiciones deben cumplirse para la inmovilización de objetos por destinación industrial.

a) La existencia de un establecimiento de esta naturaleza adherente al suelo. Nótese que lo esencial es que el establecimiento adhiera al suelo: las calderas, máquinas, etc., pueden o no adherir al suelo.

b) Las cosas muebles indicadas deben estar destinadas a la realización de la industria a que está dedicado el establecimiento. A este respecto "no deben confundirse las máquinas que se inmovilizan por formar parte eficiente de un establecimiento industrial, con las máquinas y utensilios de labranza o con las cosas de comodidad u ornamento y otras destinadas permanentemente al uso, cultivo o beneficio de un inmueble. Así las cubas, toneles y utensilios de vendimia de la viña que existe en un predio son inmuebles por destinación como utensilios de labranza, por estar permanentemente destinadas al cultivo, labor o trabajo de la viña; pero no por formar parte de un establecimiento industrial. Así, los utensilios de lechería, quesería, de fabricación de adobes o ladrillos, etc. existentes en un predio y que el propietario ha puesto en él para su uso serán inmuebles por destinación, no industrial, sino agrícola".

c) Los objetos muebles y el establecimiento industrial deben pertenecer al mismo dueño; sólo de esta manera la destinación puede tener el carácter de permanencia que el inciso 1º del artículo 570 exige como condición general de esta inmovilización. La destinación al uso del inmueble no existe si el inmueble en que se colocan las cosas (calderas, máquinas) no pertenecen al industrial. La Corte de Temuco falló que es cosa mueble y no inmueble por destinación la instalación

que se encuentra en terreno ajeno destinada a explotar el servicio público de distribución de energía eléctrica".

Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial José M. Cajicá, 1945. V.V. páginas 63 y ss:

"2221. Explotación industrial. El Código la previó, pero la reglamentó brevemente en una sola frase. "Los utensilios necesarios para la explotación de los hornos, papelería y otras fábricas". Si la ley ha sido tan breve, es porque en la época del Consulado, el uso de las máquinas en la industria estaba aún poco desarrollado, puesto que no se conocía ni el vapor ni la electricidad. Pero como la fórmula de la ley es general, su disposición puede aplicarse a toda la utilería industrial (Casación 29 julio de 1902, S. 1902. 1501: 23 febrero de 1941. Decreto 1914.1.80. Burdeos 24 Dic. 1902, Decreto 1905 2.422 y las notas).

Sin embargo, es necesario una condición de la cual la ley no habla, pero que ha sido implícitamente admitida por los autores del código (véanse las observaciones hechas entre Miet, Defermon y Treilhard, en Fenet Tomo XI, página 6). Debe haber un acondicionamiento de la construcción para alojar las máquinas y los aparatos que encierra. Así, los telares y otras máquinas más o menos portátiles, que pueden alojarse en cualquier parte, sólo llegan a ser inmuebles por destino cuando el tejedor vive en su propio establecimiento. Con mayor razón son muebles las herramientas manuales que un obrero puede transportar consigo. Pero, cuando el edificio presenta por la forma de su construcción, un carácter netamente industrial, que lo haría impropio para otros usos, se debe decidir que la inmovilización no afecta solamente a las grandes máquinas, sino que se extiende a todo lo que encierra, por muebles que sean, como las herramientas pequeñas, los camiones y las vagonetas, etc., y aun los caballos (Casación Req. 25 Ene. 1912 Dto. 1913. 1337.25 febrero 1914. Decreto 1914. 1.80)"

Jean Carbonnier, actual profesor de la Universidad de París, en su obra *"Derecho Civil"*, editorial Temis, 1969, 6ª edición, página 74, refiriéndose a los inmuebles por destinación industrial, previsto en el artículo 524 del Código Civil Francés, expresa:

"La relación de destinación consiste normalmente en que el mueble se ha colocado sobre el inmueble para servir a la explotación económica de éste. El Código Civil en el artículo 524 da varios ejemplos sobre el particular, relativos sobre todo a la explotación agrícola, pero también (forjas, fábricas de papel y otras fábricas) a la explotación industrial (los aparatos y las máquinas son de este modo inmuebles por destinación). Por lo demás se trata de ejemplos que no son en modo alguno limitativos, y se acepta que, al lado de la explotación industrial, debe comprenderse la explotación comercial a pesar de que el texto no se refiere a ella (ejemplos: son inmuebles por destinación los mostradores y frigoríficos de una tienda de comestibles, las camas y menaje de un hotel), como también la explotación civil (es decir los objetos necesarios al servicio de una casa particular como los tapices de una escalera)...".

Berlia, también actual profesor de la Universidad de París, en su curso sobre *"Ciencia y Técnica Fiscal"*, editorial Les Cours de Droit, 1958 1959, página 274, expresa:

"Ciertos bienes calificados como muebles en el sentido del derecho civil se asimilan a inmuebles desde el punto de vista fiscal ... Para

los mismos efectos, las instalaciones comerciales o industriales se asimilan a verdaderas construcciones".

TERCERA. En relación con el cargo de violación de las disposiciones del Código de Comercio que cita el demandante es pertinente reproducir el siguiente razonamiento contenido en el salvamento de voto suscrito por los doctores Alvaro Pérez Vives y Carlos Galindo Pinilla que la Sala acoge como fundamento de esta decisión:

"2º Consigna la actora, violados también, los artículos 25, 515, 532 del Código de Comercio.

Disponen estas normas:

"Artículo 25. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio".

"Artículo 515. Se entiende por establecimiento de comercio un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales".

"Artículo 516. Salvo estipulación en contrario, se entiende que forma parte de un establecimiento de comercio:

"1º La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios.

"2º Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento.

"3º Las mercancías en el almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares.

"4º El mobiliario y las instalaciones.

"5º Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario.

"6º El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y

"7º Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento".

"Artículo 532. La prenda de un establecimiento de comercio podrá hacerse sin desapoderamiento del deudor.

"A falta de estipulación, se tendrán como efectos a la prenda todos los elementos determinados en el artículo 516, con excepción de los activos circulantes.

"Cuando la prenda se haga extensiva a tales activos, los que se hayan enajenado o consumido se tendrán como subrogados por los que produzcan o adquieran en el curso de las actividades del establecimiento".

"Artículo 533. Los establecimientos de comercio podrán ser objeto de contrato de arrendamiento, usufructo, anticresis y cualesquiera operaciones que transfieran, limiten o modifiquen su propiedad o de derechos a administrarlos con los requisitos y bajo las sanciones que se indican en el artículo 526".

"El concepto del establecimiento mercantil como el de empresa, contenido en los citados preceptos del Código de Comercio, en nada incide para los efectos del avalúo catastral, pues juega su papel en una esfera jurídica diferente.

"En efecto, cuando en el artículo 515 del Código de Comercio, se consagra la idea de "establecimiento de comercio" (que puede ser igualmente "establecimiento industrial" o "establecimiento agrícola"), y cuando en el artículo 516 se determinan los elementos que integran ese establecimiento, lo hace la ley con el fin de fijar uno de los componentes del patrimonio del comerciante y el régimen mercantil de aquél.

"Cuando habla de 'inmueble industrial', para efectos catastrales, el Decreto 1301 de 1940 integra un todo (unidad) diferente, la que sirve como medida de valor para determinar el impuesto predial, *unidad* compuesta, como se ha dicho anteriormente, por los elementos determinados por el Decreto 1301 de 1940.

"*Un Establecimiento de Comercio* puede hacer parte, para tales efectos, de un 'inmueble industrial', sin perder su característica de tal y sin que, para efectos civiles o mercantiles, deje de jugar su papel el concepto de 'anticipación' que aplican los artículos 532 y 533 del Código de Comercio y que son desarrollo del artículo 659 del Código Civil. No es cierto, además, que el establecimiento de comercio no pueda hallarse destinado al inmueble, como lo preven el Código Civil y el Decreto 1301 de 1940, en los artículos que se han venido analizando.

"Como ya se dijo, al hacerse el avalúo del 'inmueble' industrial deberán tenerse en cuenta los gravámenes, servidumbres pasivas y demás factores que afecten su valor. Y si no se hiciere así, se habrían quebrantado los artículos 8º, 83 y siguientes y concordantes del Decreto 1301 de 1940, y el respectivo avalúo sería anulable.

"También lo sería si tal avalúo fuera confiscatorio, por ser la base de un impuesto predial de la misma naturaleza, artículos 30 y 34 Constitución Nacional.

"Pero este aspecto no ha sido alegado siquiera en la demanda.

"De otra parte, no es admisible confundir el caso en que el *establecimiento industrial* y el *inmueble industrial* pertenecen a distinto

dueño, como lo hace la demanda en el evento legislado por el Código Civil y por el Decreto 1301 de 1940.

Porque tanto el código como el decreto son claros al exigir, para la aplicación de sus normas, que "haya destinación del *establecimiento industrial por su dueño,* para el uso, cultivo o beneficio del inmueble *que le pertenece*" (inciso sexto del artículo 658 del Código Civil; 85, Decreto 1301 o que se trate de los accesorios de un inmueble o de un *establecimiento industrial,* esenciales para la *utilización económica* del mismo (artículo 8º, 83, 84 y 87 del Decreto 1301 de 1940), siempre que tales accesorios, establecimientos e inmuebles, sean del mismo dueño; en tanto que el derecho que tiene el dueño del "establecimiento de comercio" sobre el arrendamiento de los inmuebles en que aquel funciona, presuponen que uno y otro pertenecen a distinto dueño, lo que no es el caso presente. Y si el Código de Comercio, permite enajenar el establecimiento o los accesorios, independientemente del inmueble en el que funcionan, al pasar aquellos a otro dueño, dejan de integrar el "inmueble industrial".

Conclusiones generales

1) La formación del catastro tiene un régimen especial de Derecho Público, contenido en las disposiciones de la Ley 65 de 1939 y en el Decreto 1301 de 1940.

2) El envío o remisión que se hace en el artículo 84 del Decreto 1301 de 1940 a varias disposiciones del Código Civil y, entre ellas, al artículo 658 en relación con las cosas corporales consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, está condicionado por el propio artículo 84 a que "dichas cosas queden cobijadas por los artículos 85 y siguientes del presente decreto". En tal virtud, si existiere una contraposición normativa entre el régimen de derecho público y el régimen de derecho privado, es obvio que para efectos catastrales, deben prevalecer las disposiciones especiales sobre la materia, conforme a la condición expresa del envío que se hace en el artículo 84 citado.

3) Considera, además la Sala que una acertada interpretación del Art. 658, permite concluir que, en lo esencial, coinciden las prescripciones de éste con las del régimen catastral, en cuanto unas y otras contemplan el "establecimiento industrial" o el "inmueble industrial" como una unidad jurídica, derivada de la común destinación económica que su dueño le asignó a la maquinaria y al suelo al cual adhiere la primera.

El caso de este proceso

En el caso de autos se verificó que en el terreno a que se refieren los avalúos catastrales impugnados, existe una factoría de cervezas, formada por un conjunto de maquinarias y equipos que, a juicio de la Sala, integran con el terreno y demás instalaciones, el inmueble industrial a que aluden los artículos 84, 85, 86, 87 y 88 y concordantes del Decreto 1301 de 1940.

En la misma diligencia quedó plenamente establecido que la maquinaria en mención no solo adhiere al suelo sino que pertenece al

dueño de éste, conformando así el establecimiento industrial a que se refiere el penúltimo inciso del artículo 658 del Código Civil, cuya existencia determina que las cosas muebles que de él formen parte se reputen inmuebles por destinación, según la primera parte del referido artículo.

En mérito de lo expuesto, 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 NO ACCEDE a las peticiones de la demanda.

Previa ejecutoria archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Jorge Dávila Hernández, Presidente.

Bernardo Ortiz Amaya, Vicepresidente.

Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Angel de la Torre, Aydeé Anzola Linares, Alfonso Arango Henao, Carlos Betancur Jaramillo, (salvamento de voto); *Samuel Buitrago Hurtado,* (salvamento de voto); *Jorge Dangond Flórez,* (salvamento de voto); *Carlos Galindo Pinilla, Enrique Low Murtra, Alvaro Orejuela Gómez,* (salvó voto); *Mario Enrique Pérez Velasco, Jacobo Pérez Escobar, Ignacio Reyes Posada,* (salvó voto.); *Jorge Valencia Arango,* (salvamento de voto).

Mauricio Torres Cuervo, Secretario.

INMUEBLES POR DESTINACION. (SALVAMENTO DE VOTO). Cuando un objeto, que por su naturaleza es mueble, está colocado permanentemente para el uso, cultivo y beneficio del inmueble, ese objeto es considerado por la ley como haciendo un solo cuerpo con el inmueble el cual sirve y se llama inmueble por destinación (artículo 658 Código Civil). Debe excluirse el avalúo catastral, únicamente para la finalidad de liquidar el impuesto predial, el valor de las instalaciones industriales y maquinaria correspondiente.

SALVAMENTO DE VOTO DE CARLOS BETANCUR JARAMILLO, SAMUEL BUITRAGO HURTADO, JORGE DANGOND FLOREZ Y JORGE VALENCIA ARANGO.

No compartimos la tesis acogida por la mayoría para cambiar el criterio acordado por la corporación el 21 de agosto de 1945 y reiterado en sentencias de 29 de febrero de 1960, 22 de junio de 1965, 24 de mayo de 1968, 13 de agosto y 8 de septiembre de 1970, 23 de septiembre de 1971 y 19 de abril de 1977 (Anales, Tomo LV, Nºs 352-356, páginas 455-461; Tomo XLVII, Nºs 431-432, páginas 168-181; Tomo XCII, Nºs 453-454, páginas 246-273).

Consideramos que ha debido mantenerse la jurisprudencia, expuesta en los siguientes términos:

"La interpretación del artículo 658 y concordantes del Código Civil ha sido hecha en numerosas ocasiones y de una manera uniforme por el Consejo de Estado. Esta interpretación puede resumirse así: Cuando un objeto, que por su naturaleza es mueble, está colocado permanentemente para el uso, cultivo y beneficio del inmueble, ese objeto es considerado por la ley como haciendo un solo cuerpo con el inmueble el cual sirve y se llama inmueble por destinación. En cambio, si el objeto mueble por naturaleza está simplemente colocado sobre el inmueble, pero sin estar destinado a su uso, cultivo y beneficio, ese objeto conserva su calidad de mueble. Este precisamente es el caso, en general, de las maquinarias y equipos industriales, los cuales desempeñan funciones muy distintas del uso, cultivo y beneficio del terreno sobre el cual están colocados.

"El artículo 658 del Código Civil Colombiano, al referirse a los inmuebles por destinación, sienta un principio y luego trae seis ejemplos, más o menos afortunados. lo esencial es el principio, lo accesorio, los ejemplos. Lo lógico es razonar a partir del principio hacia los ejemplos y no viceversa. O dicho de otro modo, los ejemplos han de interpretarse de acuerdo con el principio y no al contrario.

"El principio es el siguiente: 'Se reputan inmuebles aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo, de que pueda separarse sin detrimento".

"Para que un mueble por naturaleza se convierta en inmueble por destinación se necesitan los siguientes requisitos:

"1º Que el dueño del mueble sea a la vez dueño del inmueble. Si el mueble pertenece a un dueño distinto, aunque esté al servicio del inmueble, conserva su verdadera naturaleza.

"2º Que el mueble esté puesto en el inmueble de una manera permanente. En cualquier momento, el dueño del mueble puede desafectarlo y, entonces, éste retorna inmediatamente a su antigua y verdadera naturaleza. Esta desafectación puede hacerse, por ejemplo, en el momento del acto jurídico de disposición, diciendo que los aperos de la labranza o minería, *verbi gratia* no quedan comprendidos en el legado, la venta o la hipoteca de la finca en donde están colocados. Y estas cláusulas son perfectamente válidas.

"3º Que el mueble esté destinado por su dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble.

"La expresión 'uso, cultivo y beneficio' es una expresión unitaria, que los gramáticos llaman endiadis y que consiste en expresar una idea, que podría expresarse con un solo sustantivo, con varios sustantivos de significado similar. Por ejemplo, para decir civilización se dice la humanidad y la cultura.

"En el caso presente, la expresión 'uso, cultivo y beneficio' expresa la idea de que el mueble está al servicio del inmueble, como la yunta de bueyes o el tractor están al servicio de la hacienda cuyos campos aran, pero como no están los ganados de engorde ni las maquinarias industriales que, si bien se sirven del suelo no le sirven a él. Porque una cosa es servirse del inmueble y otra muy distinta es servir al inmueble. Y lo que el artículo 658 exige es que el mueble sirva al inmueble y no lo contrario.

"De los seis ejemplos que trae el artículo 658, solamente interesa el ejemplo número 5, que dice así: 'Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño'.

"Para que estos objetos puedan ser inmuebles por destinación, además de los requisitos generales, se necesitan que adhieran al suelo y pertenezcan al dueño de éste.

"Hay varias maneras de interpretar este numeral 5º:

"a) Hay una interpretación, que para la Sala es la única válida, que concuerda con el principio general sentado en el artículo 658. Según ella, son inmuebles por destinación las máquinas que, además de adherir al suelo y pertenecer al dueño de éste, están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio del inmueble, es decir al servicio de él.

"Si esto es así, es preciso estudiar, en cada caso concreto, si la maquinaria que hace parte de un establecimiento industrial adherente

al suelo y perteneciente al dueño de éste, está también destinada por el dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble, es decir, a su servicio, o no lo está. En caso de que la maquinaria llene los tres requisitos enumerados, en el sentido que se les da en esta providencia, ella es un inmueble por destinación. Si falta cualquiera de los tres requisitos, la maquinaria es un simple mueble;

"Hay otra interpretación que para la Sala es incorrecta. Según ella, son inmuebles por destinación las máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y perteneciente al dueño de éste, se sirvan del suelo como soporte. Es decir, en esta interpretación, la expresión 'uso, cultivo y beneficio', es completamente inocua, puesto que es evidente que toda maquinaria tiene que servirse del suelo, tiene que apoyarse en él. Por consiguiente, esta interpretación prescinde del tercer requisito indicado por la ley.

"A modo de ver de la Sala, esta interpretación es incorrecta por los siguientes motivos: a) porque trata de dar al ejemplo número 5 una autonomía que la ley no quiere darle; b) porque desvirtúa claramente el sentido de la expresión 'uso, cultivo y beneficio', ya que el genuino sentido de esa expresión es el de que los muebles sirvan al inmueble y no viceversa; c) porque, con esta interpretación, se llega a unas consecuencias fiscales injustas, como más adelante se verá.

"El impuesto predial está establecido en favor de los municipios y grava a los propietarios del inmueble dentro de los límites municipales. En pura lógica y teniendo en cuenta que las disposiciones legales solamente gravan los inmuebles, también deberían considerarse grabados los verdaderos inmuebles o sea el suelo y los edificios sobre él construidos, y no los inmuebles por destinación, que en realidad son muebles y que solamente una ficción del legislador considera inmuebles, en orden de alcanzar fines muy distintos de los fiscales.

"Sin embargo, no se discutirá que los inmuebles por destinación están también sujetos al impuesto, ya que así lo disponen algunas normas especiales, pero, como esas mismas normas se refieren al concepto que de inmuebles por destinación da el artículo 658 del Código Civil, se tiene que volver siempre a la recta interpretación de este artículo, que a juicio de la Sala, es la interpretación del literal a) de este estudio.

"Véanse, ahora, las consecuencias fiscales injustas que tiene la interpretación indicada en el literal b) de este estudio.

"En efecto, si se adopta el criterio de que la maquinaria de un establecimiento industrial es inmueble por destinación por servirse del suelo en que está colocada, por estar adherida a él y por pertenecer a un mismo dueño, se llega a una conclusión fiscal, que se resume en el siguiente cuadro:

"1º Dueño de maquinaria simplemente colocada en suelo ajeno, no paga el impuesto.

"2º Dueño de maquinaria colocada en suelo propio, no paga el impuesto.

"3º Dueño de maquinaria adherida en suelo ajeno, no paga el impuesto.

"4º Dueño de la maquinaria adherida en suelo propio, paga el impuesto.

"Es una manera completamente arbitraria e injusta de distribuir el impuesto predial".

"Por el contrario, si se adoptara el criterio de que el inmueble por destinación es aquél que, además de pertenecer al dueño del suelo y de estar adherido permanentemente a éste, está dstinado por su dueño al servicio del inmueble, tendremos siempre una solución igual, o sea que solamente pagan el impuesto predial aquellos bienes por naturaleza, que su dueño ha adherido permanentemente a un predio suyo para el servicio de éste y no para otros fines.

"Dos ejemplos finales aclaran lo dicho:

"1º Si el dueño de una mina coloca en ella, de una manera permanentemente y con el fin de acarrear los materiales sacados de la mina, una serie de vagones, esos vagones están al servicio de la mina, y son, por consiguiente, inmuebles por destinación.

"2º Por el contrario, si el dueño de un microscopio electrónico lo coloca en un edificio, para explotarlo económicamente, nadie pretendería que ese microscopio electrónico es un inmueble por destinación; y no lo es, por la sencilla razón de que no está destinado al servicio del inmueble, aunque evidentemente tenga que apoyarse en él.

"Por último, es preciso considerar que los establecimientos industriales y comerciales, como tales, además del impuesto sobre el patrimonio, pagan a los respectivos municipios, el impuesto de industria y comercio. Ahora bien, si la maquinaria perteneciente a una industria queda englobada en el avalúo de la tierra para efectos de la liquidación del impuesto predial, se llega al resultado injusto de que una misma maquinaria va a ser gravada dos veces por la misma causa, contra todas las reglas de una buena organización hacendística y fiscal.

"Sobre la ficha catastral debe observarse que los datos que ella debe contener al ser elaborada por el Instituto Agustín Codazzi u otra oficina encargada de esa función tiene por fin que haya completa descripción económica de los inmuebles, en especial para el efecto de los datos que deben conservarse en las oficinas de registro de instrumentos públicos y privados. Por tanto los mandatos de los Decretos 2155 y 2250 de 1970 no pueden entenderse como aplicables para los efectos del impuesto predial.

"Nadie construye una instalación industrial costosa y complicada con el solo fin de aumentar el precio de la tierra. Por tanto, en las empresas industriales el valor del terreno es meramente accidental desde el punto de vista del objeto social de la industria. El suelo es lo accesorio, lo que accede a lo principal que es la instalación para industria, y no al contrario.

"Los inmuebles por destinación deben computarse para los efectos del impuesto predial cuando sus objetivos son facilitar o mejorar la explotación del terreno. Desde el punto de vista tributario, para los fines del impuesto sobre el patrimonio la maquinaria y demás instrumentos industriales van disminuyendo de valor año por año, mediante la aplicación de las cuotas de amortización que son aceptables

según la vida probable de las máquinas. Este sistema sería prácticamente imposible de aplicar para el impuesto predial porque los avalúos catastrales no se harán por anualidades y si para el impuesto sobre patrimonio debe adoptarse la cifra catastral, sería imposible reconocer las desvalorizaciones resultantes del uso de la maquinaria. Esta congruencia fiscal es razón poderosa para desechar la noción de inmueble por destinación en cuanto a las instalaciones industriales que no tienen por fin la mejor explotación del terreno.

"Para suplir estas dificultades y simultáneamente no perjudicar los fiscos locales fue para lo que se concibió el impuesto de industria y comercio.

"Aunque la ley pueda adoptar el sistema de múltiple tributación sobre el mismo objeto o la misma fuente, sin inconveniente constitucional, en el caso del castastro no existe este mandato legal ni sería conveniente y por ello se han establecido dos fuentes fiscales distintas: la que grava el terreno, y la que grava la explotación industrial respecto de la cual el terreno es accidente accesorio inevitable.

"Sería fácil eludir el pago del impuesto predial liquidado con la inclusión del valor de las industrias construidas sobre el terreno mediante el simple mecanismo de transferir la propiedad del suelo a persona o sociedad subsidiaria y pagar a ésta arrendamiento más o menos simbólico por su utilización para el establecimiento de la empresa industrial.

"Aunque la doctrina jurídica relativa a los inmuebles por destinación no se concibió desde el punto de vista fiscal sino para resolver los problemas inherentes a las obligaciones surgidas de los contratos de compraventa y de hipoteca, tampoco ha sido incompatible para la celebración de contratos de prenda aunque la maquinaria se haya destinado a la explotación permanente de la actividad industrial y aunque esté adherida al suelo. Si en Francia o en otros países ésta doctrina se ha extendido para darle validez fiscal, ello podría explicarse porque en los países desarrollados la industria manufacturera es fuente principal como contribución al producto bruto y también al producto nacional bruto por oposición a lo que ocurre en los países menos desarrollados en los que la fuente principal de su producto se origina en la actividad agropecuaria. Hacer interpretaciones legales que conduzcan a desestimular el desarrollo industrial es contrario a la necesidad social y sólo sería admisible en vista de mandato legal y expreso, que por otra parte, en Colombia sería evidentemente inconveniente.

"Aunque los porcentajes de participación del sector agropecuario y del de la industria manufacturera han variado un poco de 1957 a 1970, computados en pesos constantes de 1956 el predominio del sector agropecuario sigue siendo notable. La contribución de esta última en 1957 fue de 34.3% y en 1970 de 27.3%. El de la industria del primer año fue de 17.0% y en el último de 19.9%, apenas ligeramente superior a la participación del comercio y desde luego inferior si se suman el comercio, los transportes y los seguros y otras actividades financieras, es decir los servicios excluidos, los personales y los del Gobierno.

"La idea que existe acerca de la gran rentabilidad del sector manufacturero no corresponde a la verdad y al contrario, los rendimien-

tos de las secciones inscritas en la Bolsa de Bogotá enseñan lo opuesto. Aunque en pesos corrientes, los siguientes ejemplos sirven para medir la afirmación hecha. La tasa de rendimiento promedio anual, en Eternit Colombiana pasó de 1967 a 1971 de 11.8% a 6.7%. La Cervecería Andina de 9.4% a 3.8%; la de Bavaria, de 16.7%a 13.4%; la de Cemento Samper de 12.4% a 7.0%; la de Confecciones Everfit de 17.7% a 8.6%. Este decrecimiento es más espectacular si se observa la baja vertical que todas las acciones inscritas en bolsa tuvieron durante los seis primeros meses de 1971, lo que indica que la tasa porcentual de rendimiento ha decrecido extraordinariamente a pesar del simultáneo decrecimiento del valor comercial de la acción.

"Si el mayor problema que afronta el país es desde varios años el del desempleo se seguirá aumentando aunque se detuviera o disminuyera el ritmo de crecimiento de la población por el solo efecto de las mejoras en la explotación comercial del sector agropecuario, fenómeno inevitable y además deseable. Tal desempleo por sobrante de trabajadores rurales solo puede absorberse por la industria tanto manufacturera como de construcción y por los servicios. En los doce años transcurridos de 1953 a 1968 el número de personas empleadas en la industria manufacturera tan sólo aumentó en 103.283 unidades, es decir, bastante menos de diez mil personas al año, lo que resulta dramático si se recuerda que por el solo incremento natural de la población el país debería ofrecer no menos de doscientos cincuenta mil empleos anuales.

"En resumen, cualquier interpretación que conduzca a desestimular el crecimiento industrial es nociva para la prosperidad económica del país y para el bienestar social.

"Si la productividad del sector rural mejora, como es lo deseable, y si el volumen bruto de la producción agropecuaria supera, como debería, las necesidades del mercado interno, el número de personas excedentes que hoy se ocupan en actividades campesinas aumentará considerablemente y los nuevos empleos deberán ser administrados y suministrados por la industria y por los servicios.

"Desde el punto de vista fiscal general, el Estado recibirá beneficios a corto plazo en cuanto la rentabilidad industrial sea incrementada. Desde el punto de vista de los fiscos municipales hay dos gravámenes bien diferentes que son el predial y el de industria y comercio".

Bogotá, octubre 17 de 1979.

Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Jorge Dangond Flórez, Jorge Valencia Arango.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E. seis de noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

Referencia: Expediente Nº 10.473. Autoridades Nacionales. BAVARIA, S. A.

SALVAMENTO DE VOTO DE IGNACIO REYES POSADA

Para explicar las razones que me hicieron separar del criterio adoptado por la mayoría de la Sala al proferir la sentencia de fecha 8 de octubre de 1979, parece innecesario agregar ningún otro argumento distinto a los contenidos en el salvamento de voto de los distinguidos colegas Dangón Flórez, Valencia Arango, Buitrago Hurtado y Betancur Jaramillo, pues allí se transcribe el contenido de la jurisprudencia que mayoritariamente había venido sosteniendo hasta la fecha de la sentencia de la cual me separo con el debido respeto. Resta tan solo resaltar el principio, ya expuesto en la sentencia de 1970 de que fue ponente el Consejero doctor Lucrecio Jaramillo Vélez, según el cual cualquier interpretación jurisprudencial que se haga en el campo del hoy llamado derecho económico debe orientarse hacía el fomento y desarrollo de la economía del país, de la cual constituye actor de trascendental importancia el industrial, por cuanto la labor jurisprudencial no puede darle la espalda a las realidades sociales y económicas del país. Por ello ratifico mi adhesión a los principios que informaron la jurisprudencia de esta corporación hasta el 8 de octubre pasado y que se encuentran contenidos en la sentencia transcrita por mis distinguidos colegas de minoria.

Ignacio Reyes Posada.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., ocho de noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

Referencia: Expediente Nº 10473

SALVAMENTO DE VOTO

El suscrito Consejero de Estado, adhiere en todas sus partes al SALVAMENTO DE VOTO que obra de folios 48 a 55 del informativo, por cuanto las razones jurídicas en él transcritas son las mismas en que se fundaron las decisiones proferidas por la mayoría de la Sala Plena, con anterioridad al pronunciamiento del fallo datado el 11 de octubre del año en curso, y del cual se separa con el debido respeto.

Alvaro Orejuela Gómez.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TRANSPORTE AEREO. — La ley ha regulado de manera exigente la responsabilidad del empresario del transporte, sustrayéndola de los módulos generales y ordinarios de la prueba de la culpa es elemental que, como contrapartida le permite al transportador, de manera amplísima disponer cuanto sea necesario, en orden a precaver los riesgos inherentes a su actividad.

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

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Sesión del día 2 de noviembre de 1979.

Referencia: Expediente Nº 2698. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. AVIANCA.

El doctor Jorge Vélez García, obrando en su propio nombre y en representación de la Sociedad "Aerovías Nacionales de Colombia S. A.", ha formulado demanda para obtener que se declare la nulidad de las siguientes disposiciones:

"Primero. a) Que es nula la expresión *"únicas"* en la frase *"únicas aceptadas"* del aparte identificado con la numeración 2. 2.1.22 de la Resolución 2450 del 19 de diciembre de 1974 expedida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y cuyo tenor literal reza: "2.2.1.22. Las licencias que expida el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para el personal de miembros de la tripulación de vuelo, son los documentos oficiales para comprobar los requisitos de conocimientos, experiencia y capacidad técnicas y serán las *únicas aceptadas* para acreditar la idoneidad del personal asignado a cualquiera de las funciones necesarias para la operación de aeronaves en las diferentes actividades de la aviación civil colombiana".

b) Que es nulo en su integridad el literal x) del numeral 7. 4.3 *ibídem*, relativo a infracciones, y que literalmente reza: "7. 4.3.

x) Exigir al personal aeronáutico colombiano, licencias expedidas por autoridades extranjeras, fuera de las que otorga el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como requisito para el ejercicio de las funciones relativas a la operación de aeronaves' ".

"Segundo. c) Que es nula la misma expresión 'únicas' en la frase 'únicas aceptadas' en el artículo Primero de la Resolución

551 del 6 de marzo de 1975 del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y dentro de la fracción de dicho artículo que, ordenaba incorporar por éste al Manual de Reglamentos Aeronáuticos aunque ya figuraba en éste, reproduce íntegra y literalmente el texto del numeral 2.2.1.22 que se transcribe en el literal a)del punto anterior, y

d) Que es íntegramente nulo el artículo segundo de la susodicha Resolución 551, por el cual se ordena incorporar al Manual de Reglamentos Aeronáuticos, aunque ya lo estaba, el mismo texto que se transcribe bajo el numeral 7.4.3 x) en el literal b) del Primer punto de este *petitum*".

Síntesis de los cargos de ilegalidad propuestos

1) *Violación de los artículos* 16, 30, 39 *y* 41 *de la Constitución Nacional*

Sobre la violación del artículo 16 expresa:

"...la protección debida a la vida humana, que según el artículo 16 de la Constitución Nacional es el objeto primordial para el cual están instituidas las autoridades de la República, este precepto constitucional resulta escandalosamente quebrantado por los anteriores actos. De igual manera, como la reglamentación, idoneidad e inspección que respecto de las libertades de trabajo y de enseñanza prescriban los artículos 39 y 41 de la Constitución no pueden entenderse enderezadas a relajar o reducir la cultura, la moralidad, la seguridad, y la salubridad (relajamiento y reducción que respecto de las dos últimas determinan los textos acusados), sino, por el contrario, a elevar y mantener en niveles máximos y óptimos aquellas categorías o factores, ya en el aprendizaje como en el desempeño de las profesiones y oficios, dichos mandatos de la Carta aparecen ostensiblemente transgredidos por las disposiciones enjuiciadas. En consecuencia, la nulidad de éstas resulta inexorable".

Sobre la violación de los artículos 39 y 41 de la Constitución, afirma:

"a) Que la libertad de enseñanza y de trabajo están condicionadas, a más de la moralidad, por la seguridad y la salubridad en el ejercicio de las profesiones y oficios, y que tanto la idoneidad exigida por la ley como la inspección atribuida a las autoridades respecto de dicho ejercicio, buscan exclusivamente el logro y la preservación de aquellos factores como presupuesto necesario para proteger el primordial valor de la vida.

"b) Que admitida la altísima jerarquía de proteger el valor prioritario de la vida, la normatividad mencionada debe entenderse como la inequívoca apetencia del Constituyente en el sentido de que se obtengan los niveles máximos y óptimos de seguridad y salubridad, pero no en el sentido contrario y absurdo de que la ley y las autoridades impidan coercitivamente y mediante conminación sancionatoria alcanzar aquellos niveles superiores constitucionalmente buscados, para imponer en cambio

obligatoria e intraspasablemente, bajo amenaza de sanción, niveles regulares, mínimos o pésimos.

"c) Que si en aras de la seguridad y la salubridad en el ejercicio de las profesiones y oficios el propóstio del constituyente necesariamente debió ser el de que, para la protección prioritaria de la vida, la seguridad y la salubridad se lograrán en su grado máximo y óptimo, la idoneidad exigida por la ley y la inspección practicada por las autoridades no pueden consistir en un tapón o rasero que limite por lo bajo a un nivel intraspasable, la formación en habilidades y técnicas encaminadas a alcanzar aquellos factores ambicionados en grado máximo por el constituyente, puesto que en este propósito de tan elevada categoría no se compadece con una precaria limitación formativa, sino que, por el contrario, lógicamente sólo puede compatibilizar o armonizar con una "maximización y optimización" por lo alto en los procesos de mejoramiento educativo y formación profesional, y,

"d) Que imponer restricciones y limitaciones por lo bajo, donde el constituyente, en aras del prioritario y nunca bien tutelado valor de la vida, pre-estableció la amplitud e ilimitación por lo alto, envuelve una flagrante violación de los precitados artículos 16, 39 y 41 de la Carta, cuyo contexto normativo, a más de otros bienes y desideratos, gira esencialmente alrededor del valor fundamental de la vida, cuya protección constituye el prioritario deber de las autoridades, y cuya preservación de halla básicamente sentada sobre el presupuesto de la seguridad.

"1.4. Las apreciaciones y conclusiones que anteceden son de tan obvia evidencia que abundar en ellas desemboca en reiteración tautológica. Como puede verse *prima facie*, las disposiciones enjuiciadas en la presente contención repugnan con el contexto doctrinario de los artículos 16, 39 y 41 de la Constitución Nacional, contexto en que la protección por las autoridades de la vida que consagra el artículo 16, cifra el eje axiológico en torno al cual gira buena parte de la normatividad de los artículos 39 y 41".

2) *Violación del artículo* 1801 *del Código de Comercio.*

Al respecto afirma el demandante:

"El fundamento de los actos, pues, consistente en la mal interpretación violatoria del artículo 39 de la Constitución, del artículo 1801 del Código de Comercio y de los mandatos de un tratado internacional que forma parte del derecho público interno, como también la sustentación en concepto de un organismo técnico que posteriormente ha sido enteramente rectificado por el mismo, configuran el consabido fenómeno de la 'falsa motivación', que, según la invariable jurisprudencia del Consejo de Estado, reclama la anulación de los actos que sobre ellas se edifiquen".

"En conclusión, si el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil se base en el artículo 1801 del Código de Comercio para expedir la Resolución 551 (cuyos dos artículos son de idéntico tenor literal a los apartes 2.2.1.22 y 7.4.3 *x* de la Resolución

2450), blanco de este ataque, necesariamente debió tomar la doctrina constitucional como *norma* de interpretación de dicha ley. Empero, el respeto a los módulos doctrinarios de la Carta brilla por su ausencia en la interpretación y desarrollo del susodicho artículo 1801 del Código de Comercio, hecho que con manifiesta evidencia surge de los apartes 1 y 2 de este captíulo. Veamos la validez de este último aserto.

3.3. La premencionada norma de la ley comercial estatuye: "Artículo 1801. Corresponde a la autoridad aeronáutica la determinación de las funciones que deben ser cumplidas por el personal aeronáutico, las condiciones y requisitos necesarios para su ejercicio, y la expedición de las licencias respectivas.....".

Como es obvio, los aspectos pertinentes a los actos acusados del texto preincluido, como son los de la competencia de la autoridad aeronáutica (o sea del DAAC) para determinar las funciones que deben ser cumplidas por el personas aeronático y requisitos necesarios para su ejercicio, y la expedición de las licencias respectivas, deben entenderse a la luz de la doctrina constitucional que es *norma* para interpretar las leyes, inclusive la ley comercial a que dicho texto pertenece. Lo cual significa que, entendido en armonía con los artículos 16, 30, 39 y 41 de la Constitución Nacional, el artículo 1801 del Código de Comercio, no puede tenerse como regla que consagre una competencia generadora de actos administrativos que constriñan y le pongan cortapisas infranqueables a la calificación de los pilotos con menoscabo de la seguridad aérea, de la vida humana y de la preservación de equipo, ni que favorezcan el interés privado de algunos aviadores en desmedro del interés público o social de dicha seguridad, como se ha demostrado que acaece respecto de las disposiciones cuestionadas; antes por el contrario el artículo 1801, dentro del ya analizado contexto normativo de la Carta, cuya doctrina debe ser "norma" para interpretarlo, necesariamente ha de entenderse como fuente de competencia atribuida al DAAC para que emita actos administrativos que tengan por objeto una mayor seguridad en los cuales éste valor de indudable interés público o social prevalezca sobre el interés privado de algunos individuos.

3.4 Como es fácil colegir, todo lo que ya se expuso en los apartes 1 y 2 del presente capítulo está demostrado con inmejorable claridad que si el artículo 1801 se le interpreta y desarrolla no en el sentido de procurar una mayor seguridad aérea sino de restringirla, y no de hacer predominar el interés público o social de la seguridad, sino de sacrificarlo en holocausto al interés privado de unos cuantos pilotos adversos al mejoramiento científico y tecnológico de su "Status" profesional por las incomodidades que esta mejoraría les procura, con los actos acusados, que en tan reprochables desvíos incurren, se está violando el recto sentido de dicho precepto legal, el cual sólo puede interpretarse de conformidad con la doctrina constitucional ínsita en los artículos 16, 39 y 41 de la Carta, que propician una mayor seguridad, pero no la restricción de este factor, y en el 30 ibídem que ordena resolver todo conflicto de intereses dándole primacía al interés público o social sobre el interés privado. Y, precisamente, por no haber interpretado el artículo 1801 conforme a la *norma* de la

doctrina constitucional, y, aún más, por haberlo desarrollado en los actos acusados contra dicha norma, es por lo que estos vulneran manifiestamente el artículo 4º de la Ley 153 de 1887.

"3.5. En síntesis, el artículo 1801 estatuye la competencia de la correspondiente autoridad, concretada en que ésta determine las condiciones y requisitos *necesarios* para el ejercicio de funciones aeronáuticas, y para expedir las licencias respectivas. Pero véase bien: los *necesarios*, pero no los *únicos*, cuando otros superan a los necesarios. Los conceptos de necesarios y únicos no son iguales. El concepto de necesidad se refiere a un mínimo de elementos indispensables para acreditar un "status" dado; por debajo de ese mínimo, no se cumpliría el nivel de necesidad, y, por tanto, no se acreditaría dicho "status"; pero por encima de aquel nivel necesario y mínimo forzosamente se acreditaría en exceso ese "status". No es por ello lógico ni legal negar el reconocimiento del útlimo, como lo hacen las disposiciones enjuiciadas, que exigen no sólo unas calidades *necesarias*, como ordena la norma superior, sino que convierten esas calidades necesarias en *"únicas aceptadas"* para tal reconocimiento, contrariando la Constitución y la ley cuyo superior ordenamiento en materia tan delicada como es la de la seguridad aérea, prevén la exigencia de tales calidades como las necesarias o indispensables en una línea de necesidad que sería necio entender como barrera que no puede franquearse hacia arriba, mediante calificaciones profesionales más altas que garanticen mejor la seguridad buscada por el ordenamiento superior, sino que debe tenerse como un mínimo por debajo del cual, por no ser el necesario e indispensable, no puede acreditarse el "status" profesional suficiente para el otorgamiento de la licencia.

Pero tampoco admite el artículo 1801 del Código de Comercio, que su hipótesis de determinar "las condiciones y requisitos necesarios", como facultad atribuida a la autoridad aeronáutica, de base a ésta para erigir en infracción el hecho de abundar en tales elementos más allá de su moderado rasero de exigibilidad necesaria, y tampoco para castigar a la empresa que, por razones de seguridad, protección de la vida y conservación de su costoso equipo, requiera los servicios de pilotos con una calificación que excede el moderno "status" preestablecido por norma superior como apenas 'mínimo necesario', pero no como 'único', ".

3) *Violación de la Convención de Chicago aprobada por la Ley* 12 *de* 1947

Al respecto se expresa en la demanda:

"4.2. La violación de la Ley 12 de 1947 por las disposiciones enjuiciadas es hecho que no se remite a duda, si se toma en cuenta que aquella normatividad superior, aprobatoria de la Convención de Chicago, tiene como objeto primordial que "la aviación internacional se desarrolle de manera segura y sistemática", según reza su motivación, y que las normas y métodos adoptados en relación con la capacitación del personal aéreo al comando de naves, según las prescripciones de dicho tratado, apenas son

'normas mínimas'. (artículo 33 de la Ley 12 de 1947 y Preámbulo del Anexo 1)".

El concepto del Ministerio Público

El Señor Fiscal considera que "Debe accederse a decretar la nulidad de que trata la petición b) de la demanda y negar la contenida en el literal d).

Los apartes pertinentes de la vista, son los siguientes:

"De las normas demandadas, las unas se relacionan con la limitación que impone la Aeronáutica Civil al aceptar únicamente las licencias que expida el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como documentos para demostrar los conocimientos, experiencia y capacidad técnica para operar aeronaves en las diferentes actividades de la aviación civil colombiana.

"Las otras normas erigen como infracción sancionable, el 'exigir al personal aeronáutico colombiano, licencias expedidas por autoridades extranjeras' ".

En cuanto a las primeras, ciertamente parece exagerado, o por lo menos demasiado rígido, el establecer como "única" comprobación de idoneidad, la licencia expedida por la aeronáutica civil, pero a pesar de todo, tal reglamentación está dentro del marco de sus funciones.

Lo que si no tiene justificación es la prohibición a que una empresa particular pueda exigir a sus aviadores requisitos mayores a los de la licencia oficial.

Si la sanción se estableciera para quienes no llenen un mínimo de requisitos, sería apenas una cuestión lógica, pero que se imponga a quienes lo superen, es asunto que no tiene razón de ser.

Esto sería tanto como si a una empresa particular, al contador, además de ser juramentado, que es lo que exige la ley, se le instara que hablara inglés o que supiera conducir. Respecto de estos dos últimos requisitos nada tiene que ver la vigilancia del Estado. En algunas instituciones a los empleados, además de sus conocimientos de idoneidad y capacidad profesional, se les exige determinada edad y muy buena presentación.

Todas estas exigencias rebajan la oferta de trabajo e implica una mayor remuneración, todo lo cual queda al libre arbitrio de la empresa que así lo desee.

"En cuestión de transporte aéreo, nadie discute que para una mayor seguridad se debe ejercer un mayor control ya que muchos de los accidentes se deben a fallas humanas.

Aunque algunos de los declarantes afirman que las licencias extranjeras no representan mayores conocimientos y experiencias, otros, en cambio, afirman lo contrario, y confrontando unas y otras pruebas, no queda duda de que la razón se encuentra de parte de los últimos.

Además, los argumentos que presenta el apoderado de la parte demandante en defensa de la exigencia de nuevos requisitos, son irrefutables. El mismo abogado en su alegato de conclusión hace una pregunta bastante comprometedora, en el caso de sostenerse la vigencia de la norma. "Si desventuradamente ocurriere un siniestro —dice— debido a la falta de formación profesional de un piloto y atribuible a esa causa, derivada a su vez de la prohibición y sanción que el Estado le impuso a la empresa por la exigencia de la especialización de pilotos, sobre quién recaería la responsabilidad? sobre la empresa o sobre el Estado" (folio 275).

"Evitar que un problema de esta naturaleza con los agravantes anotados se presente, es tarea fácil y sobre todo es indiscutible que no se atenta contra la libertad de contratación.

Considera esta fiscalía que en cuestiones de control y seguridad aérea se puede exigir un mínimo de requisitos, pero no fijar un límite máximo, y peor aún, señalar como 'únicas', unas condiciones de seguridad que no deberían tener freno por lo alto.

Parece que no se ha tenido en cuenta que la aviación civil colombiana se moviliza en gran parte por fuera de las fronteras nacionales, y que las empresas dedicadas a esta actividad no sólo pueden exigir que se cumplan con unos requisitos de carácter interno, sino con todos los demás que se relacionan con los países sobre los cuales se tiene que operar. Requisitos que pueden ser técnicos, idiomáticos, geográficos y aún estéticos, dependiendo todo de sus proyecciones y de que se encuentre personal que se someta voluntariamente a cumplir con lo exigido y libremente convenido.

"Vale la pena agregar a las anteriores argumentaciones, el hecho de que siendo los equipos de vuelo de tal manera sofisticados técnicamente, no sólo en su permanente renovación, sino en las diferencias específicas de un modelo a otro, y de una casa fabricante a otra, casi que por razones de seguridad para el usuario y de responsabilidad de las empresas aéreas se hace aconsejable el que determinado tipo de licencias de vuelo impliquen la conveniencia de cursos de adiestramiento previos en los equipos originales y no en condiciones de simulación, que en ningún caso garantizan la misma pericia y la misma idoneidad".

La parte opositora

El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil se constituyó como parte opositora y en la oportunidad debida alegó de conclusión. Pertenecen al escrito correspondiente los siguientes apartes:

"...el primer considerando de la resolución aludida se remite al artículo 1801 del Código de Comercio, según el cual corresponde a la autoridad aeronáutica la expedición de las licencias que acreditan la idoneidad del personal aeronáutico y por lo tanto es la única competente para determinar en ejercicio de la soberanía que tiene la Nación sobre su espacio aéreo las condiciones y requisitos que debe reunir el mencionado personal para el desarrollo de los privilegios y limitaciones establecidas en cada

licencia aeronáutica; el segundo considerando se refiere a los artículos 1º y 32 de la Organización sobre aviación civil internacional firmada en Chicago y ratificado por Colombia mediante la Ley 12 de 1947; como se ve no hay falsedad en la motivación, ni ilegalidad en la misma antes bien es desarrollo del artículo 39 de la Constitución Nacional que trata lo relacionado con la exigencia de títulos de idoneidad e inspección de las profesiones el cual hace imperativo que solamente la autoridad aeronáutica es competente para reglamentar y fijar exigencias sobre las licencias al personal aeronáutico.

Y por último que el Comité de Coordinación Técnica no hizo otra cosa que cumplir lo estipulado en el ordinal 4º del artículo 43 del Decreto Nº 601 de 1974 norma orgánica de la Aeronáutica Civil en esa fecha.

"Al hacer una simple confrontación del texto de los actos impugnados con la Constitución Nacional y con el Código de Comercio vemos que no se desconoce ninguno de esos preceptos objetivos de carácter superior y que por el contrario son desarrollo de los mismos; no hay por tanto lugar a alegar error de derecho ni de interpretación, no hay oposición entre los textos, no hay error de hecho o falsedad de motivos como lo acabamos de ver. En conclusión no se da ninguna de las causales establecidas en la ley en la doctrina y en la jurisprudencia para que sean aceptadas las pretensiones del actor de que se anulen las decisiones proferidas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en este caso de las licencias al personal aeronáutico, para ejercicio de las funciones relativas a la operación de aeronaves.

b) 1. Factor Seguridad.

Pretende el actor argüir que las resoluciones impugnadas van en contra del artículo 16 de la Constitución Nacional que protege la vida, honra y bienes de las personas residentes en el país dando como base de su afirmación el que el factor seguridad en la aviación depende prioritariamente del aspecto humano olvidando que no constituye dogma el que fatalmente todos los accidentes de aviación se deban a fallas humanas y al efecto coloca como ejemplo general un caso particular como fue el accidente de Tenerife. Son varias las clases de fallas que producen los accidentes por fatiga de material, por mal estado de las pistas, por error de los controladores de tráfico aéreo, por deficiencia en las comunicaciones aéreas, por falta de radio ayudas e incluso por el desconocimiento de los mismos manuales.

b) 2. Factor Interés General.

Se ha afirmado en el libelo de la demanda en forma irresponsable que los actos administrativos para los cuales se pide la nulidad están favoreciendo a un grupo minoritario de pilotos olvidando que el interés general de los mismos está representado en la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles quienes a través de su presidente Jairo Mejía Soto intervinieron en una u otra forma en el desarrollo del proceso para tratar de ayudar a salvaguardiar los intereses generales de sus asociados conculcados con

las afirmaciones de la demanda y del actor que en esta forma trató de desvirtuar el prestigio profesional de los aviadores colombianos tratando de demostrar la ineptitud de aquellos que poseen la licencia PTL que refleja la capacidad de éstos en la comunidad internacional.

b) 3. Legalidad de los Actos.

Las Resoluciones 2450 de 1974 y 0551 de 1975 no hacen otra cosa que ratificar el principio del Convenio de Versalles sobre aplicación automática en la Legislación Nacional de los tratados Internacionales ratificados por Colombia.

b) 4. Interpretación de los Convenios Internacionales.

Es defectuosa la interpretación que el actor hace sobre el convenio de Chicago toda vez que este importante instrumento internacional parte del principio universal de reciprocidad el cual es desconocido u olvidado dolosamente por el actor.

2º *Errores en Derecho de la demanda*

1º A lo largo de toda la demanda e incluso en las afirmaciones no sólo del actor sino de los testigos se habló de una licencia americana y la denominada ATR, sin que en ningún momento se respaldara con la prueba pertinente la existencia de dicha licencia. En ninguna parte de la pastoral de la demanda se dijeron los requisitos que según la ley americana se exigen a los pilotos americanos o extranjeros para obtener dicha licencia, o sea que todo giró alrededor de una licencia inexistente en el proceso.

2º. Aún más en el convenio de Chicago a que nos hemos referido tantas veces en ninguno de sus artículos se dice que determinada licencia otorgada por determinado país sea considerada como una especialización respecto de las licencias otorgadas por el resto de los países signatarios de dicho convenio. Por lo tanto el actor no puede libremente darle ese carácter a la licencia americana.

3º La Constitución Nacional, la ley colombiana, los Reglamentos Aeronáuticos no dicen en ninguna parte que la licencia americana ATR sea un factor de especialización respecto de la licencia colombiana, por lo tanto no se puede tener como válida dicha afirmación subjetiva del actor, es simplemente una afirmación apriorística que no tiene fundamento ni en la Constitución ni en la ley.

4º Los pilotos colombianos con licencia colombiana están volando las diferentes rutas nacionales e internacionales sin que ningún país extranjero se haya reservado el derecho de reconocerles la licencia colombiana como tal.

5º La soberanía colombiana está condicionada al principio de territorialidad de las leyes, acorde con lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución Nacional.

6º La demanda de nulidad en general está basada en una proposición jurídica incompleta en el sentido de establecer cuál es la norma jurídicamente superior violada y de qué normas toma la referencia o fuente de la violación, además de desconocer que las personas jurídicas extranjeras en Colombia tienen que estar sometidas a la Constitución Nacional y a la ley colombiana.

7º La interpretación que se hace en la demanda de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales es arbitraria y defectuosa".

Consideraciones de la Sala

El artículo 1801 del Código de Comercio le atribuye a la autoridad aeronáutica una facultad reglamentaria en relación con las funciones que debe realizar el personal aeronáutico, con las condiciones para su ejercicio y con los requisitos atinentes a la expedición de las licencias respectivas.

Pero, como toda atribución reglamentaria de la ley, ha de estar condicionada al marco que ésta señale y a los fines que se persigan con ella.

En la materia aeronáutica esos fines están señalados expresamente en el artículo 1860, que dice: "La autoridad aeronáutica reglamentará y clasificará los servicios aéreos ...con la finalidad de lograr la prestación de servicios *Seguros,* eficientes y económicos, que al mismo tiempo garanticen la estabilidad de los explotadores y de la industria aérea en general".

Lo anterior significa que la *seguridad* debe ser finalidad esencial de toda reglamentación en materias aeronáuticas.

De otra parte ha de tenerse en cuenta que, por la naturaleza misma de la industria moderna del transporte aéreo en particular, la ley ha consagrado unas modalidades específicas en materia de responsabilidad que se tipifican bajo la fórmula de una presunción de culpa del transportador, sólo desvirtúable mediante la prueba de la culpa de un tercero, o de la fuerza mayor siempre que no concurra la culpa del transportador, o de la prueba de la culpa del usuario del transporte (artículos 1880 y 1884 y siguientes y 1003 del Código de Comercio).

Si como queda dicho, la ley ha regulado de manera exigente la responsabilidad del empresario del transporte, sustrayéndola de los módulos generales y ordinarios de la prueba de la culpa es elemental que, como contrapartida le permita al transportador, de manera amplísima disponer cuanto sea necesario, en orden a precaver los riesgos inherentes a su actividad.

Así, pues, el fin de seguridad antes anotado y la responsabilidad que la ley le asigna al empresario del transporte, constituyen elementos que condicionan el ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes atinentes al transporte y, en particular cuando el reglamento se refiera a aspectos que, de alguna manera, afecten la seguridad del servicio o que, eventualmente, incidan ya sea directa, o indirectamente

sobre la responsabilidad del empresario. En esta materia a la autoridad administrativa le incumbe señalar unas pautas de previsión comunes u ordinarias según sea el desarrollo de la técnica en el ramo correspondiente, que, de ninguna manera, pueden excluir la aplicación de un cuidado más exigente en el manejo de su actividad por parte del empresario, con el fin de brindar un transporte más seguro.

Sería ilógico que la ley comprometiera de manera tan exigente la responsabilidad del empresario y que, al mismo tiempo limitara su iniciativa de precaución de riesgos a unas pautas generales señaladas en la propia ley o en los reglamentos. Así mismo carecería de sindéresis afirmar que las exigencias legales o reglamentarias que se dicten con fines de seguridad, le impidan al empresario de transporte aplicar su propia iniciativa en el sentido de superar las exigencias legales o reglamentarias para lograr márgenes más altos de seguridad.

Por consiguiente es forzoso concluir que los reglamentos atinentes a la materia dicha no pueden tener otro alcance que el de exigencias mínimas que, por lo mismo no son excluyentes de otras que se impongan, así mismo los empresarios del transporte.

De esta suerte, si bien las reglamentaciones correspondientes y las exigencias establecidas en ellas, han de ser cumplidas ineludiblemente por las entidades o personas, ello tiene que ser sin perjuicio de exigencias mayores que éstas se impongan por su propia iniciativa. Naturalmente y por razones obvias la calificación sobre la mayor o menor excelencia entre los requisitos legales o reglamentarios y las especiales que el transportador se impongan así mismo es asunto que concierne a la entidad sobre la cual la ley haga caer el peso de la responsabilidad.

Precisado el marco legal de la potestad reglamentaria en la materia, la Sala concluye que las disposiciones que se dicten en ejercicio de ella no pueden tener alcance diferente al de exigencias mínimas que, de ninguna manera, se oponen a otras que los destinatarios de la reglamentación se impongan así mismos. Por consiguiente las disposiciones impugnadas en la demanda, en cuanto excluyen la posibilidad de que las empresas aéreas de transporte puedan exigir, además, otros requisitos de idoneidad a los miembros de una tripulación de vuelo y en cuanto les imponen sanciones por ello, son violatorias de los artículos 1801, en concordancia con los artículos 1860, 1880 y ss. y 1003 del Código de Comercio, pues impiden alcanzar márgenes mayores de seguridad que es finalidad esencial de la ley e impiden a las empresas ejercer su derecho y, a la vez, su obligación social de previsión de riesgos.

Estas razones son suficientes para concluir que las disposiciones reglamentarias que se impugnan en la demanda deben ser anuladas y por ello la Sala estima supérfluo el examen de los cargos restantes e innecesario todo pronunciamiento sobre aspectos de hecho como los relativos a las licencias "ATR" y "PTL".

En mérito de las razones que se han expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo —Sección Primera— administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

Falla:

Primero: Es nula la palabra *"únicas"* en la frase y serán "las únicas aceptadas" del aparte 2.2.1.22 de la Resolución 2450 de diciembre de 1974 y del artículo 1º de la Resolución 551 del 6 de marzo de 1975, ambas expedidas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. En consecuencia el texto de la disposición 2.2.1.22 del Manual de Reglamentos Aeronáuticos quedará así:

"Las licencias que expida el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para el personal de miembros de la Tripulación de vuelo, son los documentos oficiales para comprobar los requisitos de conocimientos, experiencia y capacidad técnicas y serán las aceptadas para acreditar la idoneidad del personal asignado a cualquiera de las funciones necesarias para la operación de aeronaves en las diferentes actividades de la Aviación Civil Colombiana".

Segundo: Es nula la disposición contenida en literal x) del aparte 7.4.3 del Manual de Reglamentos Aeronáuticos (Resolución 2470 de 1974) y el artículo 2º de la Resolución 551 de 1975 (marzo 6), ambas expedidas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Previa ejecutoria, archive el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil con copia de la sentencia y cúmplase.

Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. — Le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la Administración activa (Art. 59 Constitución Nacional) Control fiscal que ejerce la Contraloría.

Delimitaciones de las órbitas de competencia del control fiscal y de las funciones administrativas.

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

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Sesión del día once de octubre de 1971.

Referencia: Expdiente Nº 2826. Demandante: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores.

La Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores, por conducto de apoderado pide que se declare la nulidad del acto contenido en el oficio C.J. 00322 del 22 de febrero de 1978, que dirigió el Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República, previa refrendación del Contralor General, al auditor del Ministerio de Guerra.

La parte dispositiva del oficio en referencia es del siguiente tenor:

"Por las consideraciones anteriores esta Oficina.

Conceptúa:

El señor Auditor ante el Ministerio de Obras Públicas y Transporte debe abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos que se haga por concepto de mora en el pago de actas de obra entregada, porque la administración carece de facultades legales para convenir y reconocer tales reajustes.

Los conceptos emitidos por esta oficina son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios fiscalizadores de acuerdo con el artículo 2º de la Resolución Orgánica Nº 08426 de 1º de octubre de 1976, expedida por la Contraloría General de la República".

A juicio del demandante, el contenido del oficio en referencia viola los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, la Ley 20 de 1975 de la Constitución Nacional porque implica el ejercicio por parte de la Contraloría, de funciones de carácter administrativo que le están vedadas.

También aduce violaciones de los artículos 1602 del Código Civil, del artículo 74 del Decreto 150 de 1976.

La parte demandante pidió la suspensión provisional del acto acusado, medida que fue decretada por auto de junio 9 de 1978 que confirmó la Sala de decisión mediante providencia del 17 de octubre de 1978.

El concepto fiscal

El señor Agente del Ministerio Público comparte las razones y fundamentos de la providencia de suspensión provisional, algunos de cuyos apartes transcribe y concluye, en los siguientes términos:

"Como puede observarse, lo expuesto en las aludidas providencias es más que suficiente para que sin necesidad de ningún argumento adicional, se acceda a lo pretendido en la demanda, con mayor razón si se tiene en cuenta que para decretar la medida provisoria, como ya se dijo, se consideró que la violación fuera manifiesta, como lo exige el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo. Y, además, a la fecha no se han presentado nuevas circunstancias que puedan modificar la decisión adoptada inicialmente.

Consideraciones de la Sala

Primero: Sobre la naturaleza de lo demandado, la Sala reitera lo expresado en el auto del 8 de septiembre por medio del cual se resolvio el recurso de reposición interpuesto contra el auto admisorio de la demanda. Se dijo entonces, lo siguiente:

"Primero

Nuestra ley procesal administrativa tiene previsto el control jurisdiccional de lo contencioso en relación con actos de la Contraloría General de la República (artículo 34 de la Código Contencioso Administrativo) porque, a pesar de ser un organismo de control de la administración activa, sinembargo desarrolla ciertas actividades, de carácter administrativo como son las inherentes, a su propia organización, según expresa la Constitución Nacional (artículo 59), pero, además, el legislador con sabia previsión no podía dejar al margen del control jurisdiccional las actuaciones del órgano jurisdiccional realizadas so pretexto del control fiscal que implicaran un desbordamiento de sus competencias, en detrimento eventual de los atributos del la administración activa y consiguiente violación de preceptos constitucionales y legales.

2. El actor estructura su razonamiento sobre el supuesto de que lo impugnado por el demandante, no es un acto, sino un simple concepto emitido en ejercicio de una función puramente consultiva, pero no se detiene a demostrar ese supuesto. La Sala hizo este examen en el auto recurrido y transcribió el siguiente aparte pertinente del acto:

"Por las consideraciones anteriores esta oficina.

Conceptúa:

El señor Auditor ante el Ministerio de Obras Públicas y Transporte debe abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos que se haga por concepto de mora en el pago de actas de obra integrada, porque la administración carece de facultades legales para convenir y reconocer tales reajustes.

Los conceptos emitidos por esta oficina son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios fiscalizadores de acuerdo con el artículo 2º de la Resolución Orgánica Nº 08426 de 1º de octubre de 1976, expedida por la Contraloría General de la República".

No es menester ningún esfuerzo dialéctico para verificar que no se trata de un simple concepto u opinión, sino de una verdadera orden, "de obligatorio cumplimiento para los funcionarios fiscalizadores", según se expresa en el propio acto. El cumplimiento de la orden impartida el Auditor ante el Ministerio de Obras Públicas debe abstenerse de refrendar cuentas por determinados conceptos porque la Contraloría considera que la administración carece de atributos para pactar y hacer determinados reconocimientos. Es obvio que en tales términos, el desacato del *"concepto"* debe implicar una serie de efectos jurídicos de índole sancionatoria para el inferior, indicativos de su fuerza compulsiva o coercitiva. Por otra parte la orden no concierne a un caso concreto, sino a todos los casos de reajustes sobre el valor de contratos, de donde se concluye que no se trata de un acto de contenido particular, sino de una orden general que, por lo mismo, asume un carácter reglamentario, con los efectos jurídicos propios de los actos de esta naturaleza. Así las cosas resultan muy pertinente al caso, la cita del profesor André De Laubadére que hace el propio recurrente, cuando expresa, con referencia a las circulares o instrucciones de servicio, "que el recurso por exceso de poder no es de recibo contra ellas, a menos que bajo el nombre de circular el autor haya dictado *"una verdadera medida reglamentaria que introduzca en el ordenamiento jurídico un elemento nuevo"* (se subraya), como ocurre en el caso de autos.

3. De acuerdo con la legislación colombiana el acto de puro trámite no puede ser objeto de pretensión contencioso administrativa; se califica como tal el que se produce dentro de una actuación administrativa o de la vía gubernativa que se surte para la resolución de un caso concreto; pero es evidente que un acto de contenido general no está precedido de tramitación en el sentido técnico del término, ni menos aún puede ser el eslabón intermedio de un trámite.

5. El recurrente confunde la orden general contenida en el acto impugnado, con las decisiones que en cada caso concreto pueda adoptar el auditor en acatamiento de aquélla. Para la Sala es obvia la distinción, pues la primera emana del superior, en este caso, el Contralor General; su contenido es un mandamiento formulado en abstracto y dirigido a un inferior, el auditor, con la advertencia perentoria de su obligatoriedad. De otra parte, la no refrendación de una cuenta determinada que se halle en las condiciones previstas en la orden general, sería un acto del in-

ferior, o destinatario de ésta, para ejercitarla en un caso concreto. Como la demanda que se ha formulado tiene por objeto la orden general y no comprende ninguna decisión concreta, es elemental que no pueda exigirse como presupuesto procesal de su formulación, el agotamiento de la vía gubernativa".

Segundo: En la cuestión de fondo, la Sala también reitera los fundamentos de la decisión sobre suspensión provisional, en cuanto consideró el acto impugnado como manifiestamente violatorio de los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional. Las razones expuestas entonces, fueron:

A). Auto de junio 9 de 1978;

"A la Contraloría le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la adminisrtación activa (artículo 59 de la Constitución Nacional). Una de las modalidades que ofrece esa vigilancia es el llamado "control previo", que le permite a la Contraloría verificar el cumplimiento de las *normas fiscales* antes de la realización del gasto. Por consiguiente es perfectamente claro que el punto de referencia de tal control no puede extenderse a normas reguladoras de actividades diferentes a la del gasto mismo, como serían por ejemplo, las disposiciones que gobiernan la actividad administrativa, generadora del gasto.

El control numérico legal, previo al gasto, surge frente a una orden de pago, para verificar su legalidad por el aspecto puramente fiscal y no habilita al órgano que lo ejerce para discutir o controvertir el acto administrativo que pretende ejecutarse a través de la orden de pago, pues esto equivaldría a una intromisión en la actividad propia de la administración.

En el caso planteado en la demanda, la Contraloría desconoce la competencia del Ministerio de Obras Públicas para disponer y liquidar reajustes por mora en el pago de obras ya entregadas y por tales razones ordena que no se refrende la erogación, con lo cual se hace imposible la ejecución del acto de la administración.

Ello implica que la Contraloría haga un juicio que desborda el marco fiscal y que, con fundamento en ese juicio, impida la ejecución de un acto que sólo podría controvertirse por la vía jurisdiccional.

Por consiguiente la Sala Unitaria considera que el acto impugnado es manifiestamente violatorio del artículo 59 de la Constitución Nacional".

B .)Auto de octubre 17 de 1978.

"El control fiscal que ejerce la Contraloría

El artículo 59 de la Constitución Nacional dispone que le corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la administración pero prescribe, en forma expresa, que "no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización".

Afirma el representante de la Oficina Jurídica de la Contraloría que el mencionado control fiscal, de conformidad con lo dispuesto por el decreto 925 de 1976, consiste en "examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos o documentos que las originan o respaldan" y efectuar su "examen que consiste en comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos".

Pero, cuando el oficio número CJ-00032 de 22 de febrero de 1978 dice: "El señor Auditor ante el Ministerio de Obras Públicas y Transportes debe abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos que se hagan por concepto de mora en el pago de actas de obra entregada, porque la administración carece de facultades legales para convenir y reconocer tales reajustes", no está simplemente buscando la correcta ejecución de transacciones, operaciones, actos o documentos o que se verifique el cumplimiento de leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos, sino que está asumiendo funciones distintas de las relativas al control numérico legal, y, por tanto, contrariando el artículo 59 de la Carta: implica un juicio jurídico sobre la competencia del Ministerio de Obras Públicas en relación con la materia a que se refiere.

Por consiguiente, respecto al primer fundamento del recurso de súplica, la Sala de Decisión considera que el acto suspendido sí viola en forma clara y ostensible los invocados preceptos de la Constitución, puesto que no se limita a dar instrucciones sobre la forma de ejercer el control por ella previsto y desarrollado por la Ley 20 de 1975 y su Decreto Reglamentario 925 de ese año, sino que implica el examen de las atribuciones administrativas del Ministerio de Obras.

2. *Delimitación de las órbitas de competencia del control fiscal y de las funciones administrativas*

"De acuerdo a la consulta transcrita por el recurrente a folio 50 del expediente, "La potestad administrativa, en síntesis, es el atributo y la obligación presidencial correspondiente a los mandatos constitucionales contenido en los ordinales 2º y 3º del artículo 120, que ordenan al Presidente obedecer las leyes y expedir órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

Y mas adelante expresa "por el contrario, quien habla de "control" dice vigilancia, supervigilancia, supervisión, esto es, acción que se ejerce respecto de entes y actos distintos de los que ejercen el control, de donde resulta evidente que quien controla no debe tener participación alguna en las decisiones objeto del control..."

Cuando la Oficina Jurídica ordena al auditor, por medio del acto acusado, abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos, no está vigilando o supervigilando, es decir, no está ejerciendo la función fiscalizadora, sino definiendo las facultades de la administración, lo que implica una intromisión del área fiscal en la administrativa, con clara violación del artículo 60 de la Constitución Nacional.

La Sala considera suficiente los argumentos expuestos para confirmar el auto de supensión provisional, proferido el 9 de junio de 1978 por la Sala Unitaria. Sinembargo, en relación con el segundo párrafo del acto acusado que prescribe. "Los conceptos emitidos por esta oficina son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios fiscalizadores de acuerdo con el artículo 2º de la Resolución orgánica número 08426 de 1º de octubre de 1976, expedida por la Contraloría General de la República", la Sala considera: que es parte integrante del primero respecto del cual afirma que es obligatorio; que esto hace que inequívocamente el concepto acusado constituya un acto administrativo; que, por consiguiente, la orden dada al señor Auditor del Miniserio de Obras Públicas y Transporte, de abstenerse de refrendar los reajustes a que se refiere, sólo tiene carácter de tal entendiendo la primera parte en relación con la segunda que la complementa y que, en consecuencia, lo expuesto respecto de aquélla es aplicable a ésta.

Por tanto, como el acto acusado es clara y obstensiblemente violatorio de los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, la Sala considera que es preciso confirmar el auto suspendido".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso —Sección Primera— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Declárase la nulidad de los siguientes apartes del acto de la Contraloría General de la República, contenido en el oficio Nº C.J. 000322 de febrero 22 de 1978, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica y refrendado por el Contralor General:

"Por las consideraciones anteriores esta oficina.

Conceptúa:

El señor Auditor ante el Ministerio de Obras Públicas y Transporte debe abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos que se haga por concepto de mora en el pago de actas de obra entregada, porque la administración carece de facultades legales para convenir y reconocer tales reajustes.

Los conceptos emitidos por esta oficina son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios fiscalizadores de acuerdo con el artículo 2º de la Resolución Orgánica Nº 08426 de 1º de octubre de 1976, expedida por la Contraloría General de la República".

Previa ejecutoria, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

CESANTIA PARCIAL LIQUIDADA COMO DEFINITIVA. Cuando la cesantía parcial se liquida bajo el nombre de censantía defintiva, sin tener en cuenta que el actor no se ha retirado del servicio oficial y que cuando esto último no ocurre, la cesantía deberá ser liquidada en forma parcial y sólo para los fines que la ley señala.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre nueve de mil novecientos sententa y nueve.

(Consejera ponente: *Doctora Aydeé Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 2258. Jaime Jaramillo Robledo. Autoridades Nacionales.

El señor JAIME JARAMILLO ROBLEDO, por conducto de apoderado, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca instauró en demanda de acción de plena jurisdicción para que, previos los trámites legales pertinentes, se hagan las siguientes declaraciones:

"1º) Que es nula la Resolución Nº 0042 de fecha 9 de febrero de 1970, por medio de la cual la CAJA NACIONAL DE PREVISION, liquidó para el Instituto Nacional de Fomento Municipal, un tiempo de servicio de mi mandante de 3 años, 1 mes, 15 días hasta el 31 de diciembre de 1968, cuya liquidación parcial asciende a $ 18.676.29 moneda corriente, resolución catalogada con el Nº 0053 orden Nº 109, y por cuanto no hizo la reliquidación total de la cesantía, por todo el tiempo de servicios prestado por el ingeniero JAIME JARAMILLO ROBLEDO, al Instituto Nacional de Fomento Municipal".

"2º) Que es igualmente nula la resolución dictada por la CAJA NACIONAL DE PREVISION, distinguida con el Nº 00101 de 1970, por medio de la cual negó a mi mandante el recurso de *Reposición* interpuesto contra la Resolución Nº 0042 de febrero 9 de 1970, que le limitó el derecho de la cesantía de mi mandante, al no tener en cuenta en 31 de diciembre de 1968, todo el tiempo de servicios laborados, en el Instituto Nacional de Fomento Municipal, con base en un sueldo promedio de $6.603.33 mensuales".

"3º) Que como consecuencia de la declaración anterior, mi representado tiene derecho a que se le liquide su cesantía definitiva con fecha 31 de diciembre de 1968, teniendo en cuenta todo el tiempo de servicios laborado al Instituto Nacional de Fomento Municipal, a partir del 17 de marzo de 1962 hasta el mencionado 31 de diciembre de 1968, inclusive, sin interrupción, teniendo como base un sueldo promedio de $ 6.603.33 moneda corriente, o la suma que resultare probada en el curso del juicio".

"4º) Que el cumplimiento del honorable Tribunal si fuere favorable debe verificarse dentro del término señalado en el 121 del Código Contencioso Administrativo".

Los hechos que sirven de base a las peticiones anteriores, son los siguientes:

"a) La Caja Nacional de Previsión mediante Resolución Nº 1594 de 1965, reconoció a favor de mi mandante ingeniero JAIME JARAMILLO ROBLEDO, una cesantía parcial, que impropiamente denominó censantía definitiva, por el tiempo laborado al servicio del Instituto Nacional de Fomento Municipal, en el lapso comprendido entre el 14 de marzo de 1962 y el 31 de marzo de 1965, por cuanto no ha existido interrupción de los servicios del mencionado ingeniero al Instituto, desde la fecha de su ingreso, hasta la fecha de la presentación de ésta demanda.

"b) Mi mandante ingeniero JAIME JARAMILLO ROBLEDO durante los últimos tres (3) meses del año de 1968, devengó un sueldo uniforme de $5.660.00 mensuales, y recibió durante el año prima de Navidad y bonificación por $ 2.830.00 cada una, lo que arroja un sueldo promedio de $6.603.33 mensuales, que es el que debe servir de base para la liquidación parcial de la cesantía en 31 de diciembre de 1968".

"c) Conforme a las disposiciones vigentes sobre la materia, cuando se ha verificado una liquidación parcial de cesantía, y posteriormente, cuando por solicitud del interesado o por disposición de la ley, como en el caso de la liquidación hecha por la CAJA, en cumplimiento del Decreto 3118 de 1968, destinó al Fondo Nacional del Ahorro, el salario base para efectuar tal liquidación, al tenor del artículo 29 del Estatuto es el del último salario mensual, cuando ésta asignación no ha sufrido variación en los últimos tres meses de servicio, lo cual ratifica lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 65 de 1946".

"d) La censantía defintiva, conforme a las disposiciones legales pertinentes y a la jurisprudencia reiterada tanto de la Rama Contencioso Administrativa como de la Justicia laboral, sólo procede liquidarla cuando se ha producido el retiro definitivo del funcionario, es decir cuando ha terminado la relación del servicio público o el contrato de trabajo respectivamente. Y es tan exigente el legislador en éste particular, como una protección al trabajador, que si se ha efectuado una liquidación de cesantía sin el lleno de los requisitos legales que se exigen para la liquidación parcial, el patrono pierde lo que haya cancelado por tal concepto".

"e) En éstas condiciones es obvio que la liquidación de cesantía que efectuó la Caja Nacional de Previsión a favor de mi mandante, según la Resolución Nº 1594 de 1965, sin haberse roto la relación laboral de mi patrocinado con el Instituto Nacional de Fomento Municipal, debe considerarse como un abono computable en el momento en que se verifique la liquidación definitiva de su cesantía, por separación del servicio oficial. Al respecto el Tribunal Supremo del Trabajo, en casación de fecha diciembre 5 de 1954, publicada en el Diario Jurídico Nº 166, página 123, sentó sobre el particular la siguiente jurisprudencia que ha sido observada en forma uniforme por la jurisdicción laboral, y que en ésta materia tiene prelación:

"...El valor total del derecho a cesantía sólo puede determinarse legalmente al término de la relación. Toda otra liquidación que la hubiere precedido, para los fines del artículo 256, no podía tener carácter distinto al de simple abono computable al reconocimiento completo del derecho. Una vez hechas las operaciones conducentes, a la terminación del contrato, del total que arrojen se sustraen aquellas sumas que por el mismo concepto, se habían suministrado válidamente al trabajador durante su ejecución".

Las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relaciandos a folios 6 a 7 del informativo.

Surtida la primera instancia, después de que se produjo concepto fiscal favorable a las peticiones de la demanda, el Tribunal del conocimiento en la sentencia que ahora es materia de apelación, accedió a lo solicitado en la demanda, con argumentos que la Sala acoge. En la misma forma se pronunció la señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado.

No observándose defecto de nulidad que invalide lo actuado, se pasa a resolver el recurso, previas las siguientes

Consideraciones:

Está demostrado en autos que el demandante prestó servicios, en forma ininterrumpida, esto es, sin solución de continuidad, desde el 15 de marzo de 1962 y que en la fecha en la cual se expidió la certificación del folio 1º, (8 de junio de 1970) todavía continuaba vinculado a dicho organismo oficial. Probado está además, que el 5 de abril de 1965, el actor solicitó al Director de la Caja Nacional de Previsión Social el pago de su cesantía, no especificó si debía ser defintiva o parcial, correspondiente al tiempo comprendido entre el 14 de marzo de 1962 y el 30 de marzo de 1965. La entidad prestacional ya nombrada, en la liquidación de folio 85 procedió a liquidarle dicha prestación en forma defintiva, al menos, esta fue la denominación que le dio en la documental que se examina, sin tener en cuenta que el actor no se había retirado del servicio oficial y que cuando esto último no ocurre, la cesantía debe ser liquidada en forma parcial y sólo para los fines que la ley señala. Cuando esto no sucede, la cesantía es definitiva y la entidad obligada a reconocerla, a la terminación de la relación de derecho público, deberá tener en cuenta todo el tiempo servido sin solución de continuidad y descontar unicamente la suma que se le hubiera pagado al interesado, a título de cesantía definitiva como en el caso de estudio.

Como lo resuelto por el Tribunal del conocimiento se ajusta a las normas legales que regulan lo relativo a las cesantías parciales y definitivas, la sentencia apelada deberá confirmarse.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de 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:

CONFIRMASE la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 31 de agosto de 1977.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 26 de octubre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

PERSONAL DOCENTE. PENSION DE JUBILACION. — Decreto Ley 1713 de 1960. Artículo 1º, literal b). Interpretación También se aplica al personal docente cuando tiene título profesional, pues la norma no establece excepciones, ni restringe el concepto de profesional con título universitario en forma que no queden comprendidos en ella quienes laboran en la docencia amparadas por un título de tal naturaleza.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, noviembre diecinueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente: Nº 2098. Autoridades Nacionales. Actor: Augusto Gilberto Ordoñez Muñoz.

El señor AUGUSTO GILBERTO ORDOÑEZ MUÑOZ, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"A). Que son nulas, parcialmente, las Resoluciones Nºs 173 de septiembre 17 de 1974; 13 de 28 de febrero de 1975 y 637 de julio 14 de 1975, por medio de las cuales se reconoció al suscrito Augusto Gilberto Ordoñez Muñoz su derecho a gozar de una pensión de jubilación con cargo al Tesoro General de la Universidad de Antioquia quien tiene el derecho de repetir sus cuotas en ellas enunciadas, de la Caja Nacional de Previsión Social y del Departamento de Antioquia".

"B). Que como consecuencia de la anterior declaración se modifiquen dichas resoluciones dictadas por la Universidad de Antioquia en el sentido de restablecer los derechos del señor Augusto Gilberto Ordoñez Muñoz a quien pagará la Universidad de Antioquia una pensión mensual de nueve mil setencientos diecisiete pesos con cuarenta y un centavos ($9.717.41) M. L. suma equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la totalidad de los salarios devengados durante el año último de servicios como profesor de tiempo completo en el Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia y como profesor de una jornada nocturna en el Liceo Nacional Marco Fidel Suárez, más las primas de alimentación, prima extra, y la doceava de sus primas de navidad, tanto en la Universidad de Antioquia como en el Liceo Nacional Marco Fidel Suárez".

"C). Que el Tesoro General de la Universidad de Antioquia pagará en su totalidad la pensión de jubilación así reconocida a partir del 1º de septiembre de 1974, fecha en la cual me desvinculé como profesor del Liceo Antioqueño de dicha Universidad, y repetirá a su vez men-

sualmente contra la Caja Nacional de Previsión Social y el Departamento de Antioquia, por el reintegro de las cuotas que en su orden les corresponde cubrir de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva".

"El mayor valor reconocido se abonará a las sumas que el beneficiario haya recibido con base en las resoluciones acusadas y dictadas por la Universidad de Antioquia".

Los hechos en que se fundó el libelo son los siguientes:

"Primero. He prestado mis servicios en el ramo docente, por más de veinte años a la Nación, al departamento de Antioquia y a la Universidad de Antioquia, así: A la Primera, en el Insituto Integrado Carrasquilla de Quibdó; en el Colegio Nacional San José de Marinilla y en el Liceo Marco Fidel Suárez de Medellín; al Segundo en el Liceo de la Universidad de Antioquia cuando no tenía autonomía este cuerpo; a la Tercera en el Liceo de la Universidad de Antioquia ya como entidad autónoma".

"Tengo más de cincuenta años de edad".

"Segundo. Desde el año de 1973 hasta la fecha he venido prestando mis servicios en el Ramo Docente, Magisterio, simultáneamente en los dos establecimientos mencionados; Liceo de la Universidad de Antioquia como profesor de tiempo completo; y a la sección Nocturno del Liceo Marco Fidel Suárez de esta ciudad".

"Los sueldos allí devengados son compatibles en armonía con el Decreto Ley 1713 de 1960 que en su artículo primero literal b) autoriza al profesional con título universitario para desempeñar dos cargos públicos simultáneamente siempre y cuando las dos jornadas no sean incompatibles".

"Soy licenciado en Ciencias Matemáticas y Físicas, con título otorgado de la Sección Jurídica del Ministerio de Educación Nacional, y las jornadas desempeñadas como profesor del Liceo de la Universidad de Antioquia, que era diurna, no era incompatible con la jornada del Liceo Nacional Marco Fidel Suárez que era nocturna".

"Tercero. Cumplido los requisitos para obtener mi beneficio de pensión de jubilación es decir más de veinte años de servicios, cincuenta años de edad, en el Ramo Docente, presenté personalmente al Jefe del Departamento de Relaciones Laborales de la Universidad de Antioquia por medio de memorial de fecha 27 de marzo de 1974 sobre el reconocimiento y pago de la respectiva pensión. Dije en ese memorial que solicitaba formalmente que para calcular el monto total del sueldo base para mi pensión de jubilación se tuviera en cuenta los dos sueldos devengados en el último año de servicio, vale decir que se acumulará al sueldo devengado en el Liceo de la Universidad de Antioquia el sueldo que me estaba cubriendo el Liceo Nacional Marco Fidel Suárez, con sus primas de alimentación, con su prima especial, y la doceava parte de la prima de navidad pagada en diciembre de 1973. Todo ello con base en la Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal b); 65 de 1946, artículo 3º, Decreto Ley 1713 de 1960, artículo 1º, literal b); Ley 4ª de 1966, Decreto 1848 de 1969, artículo 73 que reglamenta el Decreto Ley 3135 de 1968".

"La Universidad de Antioquia sinembargo no atendió esta solicitud, y en cambio dictó la Resolución 173 de septiembre 17 de 1974, por medio de la cual con cargo a la Nación, Caja Nacional de Previsión Social, con cargo al Departamento de Antioquia y con cargo a la misma Universidad de Antioquia, entidad que cubre la totalidad y repite las cuotas de aquellas dos entidades, me reconoció la pensión de jubilación por la suma de $ 4.739.63 M. L., teniendo solamente en cuenta el sueldo promedio del último año en el Liceo de la Universidad de Antioquia. En la parte motiva dice que de acuerdo con la Ley y la Constitución Nacional está prohibido devengar más de un sueldo del Tesoro Público y que por consiguiente solamente se computarán los salarios devengados en el último año como profesor de tiempo completo del Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia, más la doceava parte de la prima de navidad como base para el computo de la pensión de jubilación. Pero no se consultó el sueldo promedio devengado".

"Cuarto. Notificada que me fue la Resolución 173 de septiembre 17 de 1974, solicité reposición de ella y en subsidio apelación, porque consideré que se lesionaban mis intereses. Que no solamente no se habían tenido en cuenta los sueldos y primas devengados en el Colegio o Liceo Marco Fidel Suárez sino que tampoco se computó la prima extra pagada por la Universidad de Antioquia de $ 5.520.00 M. L. que estaba acreditada en el expediente, y la suma de $ 240.00 M.L. de reajuste salarial que se me cubrió desde enero a agosto de 1974. Se produjo entonces la Resolución Nº 13 de 28 de febrero de 1975 por medio de la cual se modificó en parte la Resolución 173, en el sentido de aumentar y reconocer ya la pensión de jubilación por la suma de $ 4.807.15 M. L. y ordenar su pago a partir del 1º de septiembre de 1974, fecha de mi desvinculación, pero sin hacer computos correspondientes a prima extra y a mayor salario mensual de enero a agosto de 1974. Concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación para ante el señor Rector de la Universidad de Antioquia".

"Quinto. Surtido el recurso de apelación la Rectoría de la Universidad de Antioquia por medio de la Res. Nº 637 de julio 14 de 1975, confirmó aquellas providencias con la misma base de que hay prohibición Constitucional y Legal para devengar dos sueldos o dos asignaciones o más del Tesoro Público. Y que el señor Ordóñez Muñoz, concretamente el suscrito, devengó ilícitamente asignaciones en esos dos cargos como lo prohíbe la Constitución Nacional y la ley".

"Esta misma tesis fue aplicada al profesor de Física Estanislao Sierra Restrepo. Y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia en providencia que fue confirmada por el H. Consejo de Estado, dentro del juicio promovido por Estanislao Sierra Restrepo contra La Nación dijo lo siguiente: "Es claro entonces, el derecho que cobija al actor para obtener la modificación de dicha providencia, pues de acuerdo con la Ley 4ª de 1966 y el Decreto 1743 del mismo año, para efecto de las pensiones de jubilación, se tendrá en cuenta el setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual de cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación o su equivalente. Esto quiere decir que si en el último año de actividad se laboró simultánea-

mente en varias ocupaciones, lo devengado en éstas será la base para deducir la prestación".

"Sexto. Realmente, de acuerdo con la Ley, que ordena en forma muy expresa el sueldo o sueldos, la asignación o las asignaciones devengadas por el beneficiario de la pensión de jubilación en su último año de servicio, el monto de mi pensión es la suma de nueve mil setecientos diecisiete pesos con cuarenta y un centavos ($ 9.717.41) M.L. que es equivalente al sententa y cinco por ciento (75%) del promedio de los sueldos devengados en la Universidad de Antioquia, en el Liceo Nacional Marco Fidel Suárez, más la prima de alimentación, más la prima extra mensual, más la doceava parte de la prima de navidad. O la suma que realmente se pruebe dentro de este proceso, que puede ser levemente superior o levemente inferior, pues puede haber equivocaciones aritméticas. El sueldo promedio de la Universidad de Antioquia computada la prima extra de cinco mil quinientos veinte pesos ($ 5.520.00) M. L., más doscientos cuarenta ($ 240.00) M. L. en ocho (8) meses de 1974 es de siete mil ciento cuarenta y tres pesos con veintidós centavos ($ 7.143.22) M. L. y del Liceo Nacional Marco Fidel Suárez $ 5.813.33 M.L., computados $ 162.00 de prima de alimentación y $ 150.00 M.L. prima extra mensual y doceava de prima de navidad".

"De acuerdo con esta cuantía la cuota a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social sería de $ 5.359.21; la cuota a cargo del Departamento de Antioquia sería de $ 2.378.76, y la cuota a cargo de la Universidad de Antioquia de $ 1.979.44 M.L. Todo ello teniendo en cuenta los factores de multiplicación y división fijados ya por la Universidad de Antioquia en las resoluciones anotadas".

"Séptimo. Por violación directa de las leyes ya enunciadas, de los decretos leyes y decretos reglamentarios anotados, las Resoluciones Nos. 173 de septiembre 17 de 1974; 13 de 28 de febrero de 1975; y 637 de 14 de julio de 1975 son nulas parcialmente y deben ser reformadas y restablecidos mis derechos lesionados".

"La vía administrativa se encuentra agotada y es procedente por lo tanto la acción contencioso administrativa".

Se citan en la demanda como disposiciones violadas la "Ley 6ª de 1945, artículo 17, literal B); Ley 65 de 1946, artículo 3º, Decreto 1713 de 1960, artículo 1º, literal B); Ley 4ª de 1966; Decreto 1848 de 1969, artículo 73, reglamentario del Decreto Ley 3135 de 1968; Ley 5ª de 1969, y se analiza el concepto de la violación.

El Tribunal del conocimiento en la parte resolutiva de la sentencia apelada, decreta:

"1º Decláranse parcialmente nulas las Resoluciones Nºs 173 de septiembre 17 de 1974; 13 de 28 de febrero de 1975 y 637 del 14 de julio del mismo año por medio de las cuales se decidió sobre la pensión jubilatoria a que se hizo acreedor el señor AUGUSTO GILBERTO ORDOÑEZ MUÑOZ".

"2º Como consecuencia de lo anterior se dispone que el demandante tiene derecho a que su pensión jubilatoria le sea aumentada en la suma de TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS ($ 345.00)

mensuales, la cual le pagará el Tesoro de la Universidad de Antioquia junto con el reconocimiento que le hizo por virtud de la Resolución Nº 13 de veintiocho (28) de febrero de mil novecientos setenta y cinco (1975), a partir del primero (1º) de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro (1974), "fecha de su desvinculación".

"3º Es entendido que la entidad demandada queda con derecho a repetir en contra de la Caja Nacional de Previsión y del Departamento de Antioquia, por las sumas de $ 190.27 y $ 84.45, respectivamente".

"4º El mayor valor pensional decretado surte sus efectos, al igual que la pensión reconocida inicialmente, a partir de la fecha en que se operó la desvinculación del beneficiario".

"5º Niéganse las otras súplicas de la demanda".

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad, oído el concepto de la Fiscalía Quinta y ejecutoriado el auto de citación para sentencia, se procede a ello previas las siguientes

Consideraciones

Se trata en el presente negocio de decidir si el actor tiene derecho a que para la liquidación de su pensión de jubilación se tenga en cuenta, como salario básico, tanto los sueldos devengados en el último año de servicios como profesor de tiempo completo en el Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia, como los recibidos como profesor de una jornada nocturna en el Liceo Nacional Marco Fidel Suárez, adicionados con las primas de alimentación, prima extra, y la doceava parte de las primas de navidad recibidas tanto de la Universidad como del Liceo mencionado.

Para llegar a una decisión al respecto el Tribunal de Antioquia, en el fallo apelado, hace una detenida investigación sobre los antecedentes legislativos en relación con *el status del personal docente,* partiendo para ello de la Ley 50 de 1886 hasta llegar al Decreto Ley 1713 de 1960 y concluir que la norma aplicable al actor en este caso es la contenida en el numeral a) del artículo 1º de dicho decreto, según la cual, al establecerse las excepciones que permiten recibir más de una asignación del Tesoro Público proveniente de establecimientos docentes de carácter oficial se exige que no se trate de profesorado de tiempo completo y, en consecuencia, no se accedió a las correspondientes súplicas de la demanda.

Esta corporación en repetidas providencias ha llegado a conclusiones diferentes a las del Tribunal de Antioquia en la sentencia apelada. En efecto, el artículo 64 de la Constitución Nacional al establecer la incompatibilidad para recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o Instituciones en que tenga parte principal el Estado, deja la salvedad de lo que para casos especiales determinen las leyes.

En desarrollo de esta norma constitucional se dictó el Decreto Ley 1713 de 1960, que en su artículo 1º establece:

"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de las Empresas o Instituciones en que tenga parte

principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación:"

"a). Las asignaciones que provenga de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo".

"b). Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejercicio regular de tales cargos...".

El Tribunal de Antioquia al analizar la norma transcrita y apoyándose en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado le da aplicación para el personal docente al numeral a) de la anterior disposición, excluyendo por lo tanto de la excepción legal que se estudia a los profesores de tiempo completo. Considera el Tribunal que la norma del literal b), relativa a los profesionales con título universitario, no es aplicable al personal docente, que encuentra su propia y específica regla en el literal a) y, por vía de interpretación, decide que el literal b), relativo a los profesionales con título universitario, sólo se refiere a quienes ejercen las llamadas profesiones liberales, como los médicos, odontólogos, abogados, etc.

Esta Sala en repetidas providencias ha decidido en sentido contrario, es decir, que el literal b) del artículo citado también se aplica al personal docente cuando tiene título profesional, pues la norma no establece excepciones, ni restringe el concepto de profesional con título universitario en forma que no queden comprendidos en ella quienes laboran en la docencia amparados por un título de tal naturaleza. Donde la norma no distingue no le es dable al interprete hacerlo.

Esta interpretación no sólo corresponde a los principios generales de derecho, sino que se acomoda y recoge la tradición legislativa del país, extensamente analizada por la sentencia que se revisa, en el sentido de dar a la docencia un tratamiento, para favorecer en lo posible a quienes se dedican a ella y para aprovechar los conocimientos y aptitudes de este personal en beneficio de la educación, haciendo compatible, por ejemplo, el cargo docente con el ejercicio de cualquier otro empleo público, inclusive los jurisdiccionales, buscando así el mayor aprovechamiento de las capacidades intelectuales latentes del país. Si ello es así, todo indica que para la interpretación del Decreto Ley 1713 de 1960, a más del criterio enunciado, debe darse aplicación al principio pro-perario en virtud del cual prefiere la interpretación más favorable al trabajador.

La distinguida colaboradora Fiscal Quinta de esta corporación emite su concepto de fondo dentro de los criterios que acaban de exponerse y solicita en consecuencia la revocación parcial de la sentencia apelada, para decidir favorablemente a las pretensiones de la demanda.

En cuanto al aspecto probatorio relativo al título universitario del actor y a las jornadas de trabajo en que ejerció los dos cargos de que se trata, se expresa así la distinguida colaboradora:

"Podría surgir dificultad desde el punto de vista probatorio, puesto que ni se trajo al proceso el título universitario ni se especificó cual era la jornada de trabajo en el cargo dependiente de la Universidad".

"Sinembargo, en cuanto a lo primero, en las fotocopias de los antecedentes administrativos que se ordenaron al llegar en su totalidad se hace referencia (fl. 70) a la presentación del registro del Diploma de Licenciado, entre los documentos aportados para el reconocimiento de la pensión. Además, el señor apoderado de la Universidad, en el alegato que obra a fls. 132 a 139, admite el comienzo del mismo que: "es verdad que el demandante es Licenciado en Ciencias Matemáticas y Físicas"

.. "En consecuencia puede aceptarse el cumplimiento de tal requisito".

"En cuanto a que las dos jornadas de trabajo no se superpongan, en sentir de este despacho, como se encuentra probado que la del Colegio Marco Fidel Suárez, era nocturna, de 6 p.m. a 10 p.m. (fl. 28) y la de la Universidad de Antioquia se presume diurna ya que nadie ha afirmado lo contrario ni en el certificado de tiempo de servicios (fl. 56) tampoco se especifica que fuera nocturna, la fiscalía acepta que se cumple el segundo requisito exigido por el literal b)".

La Sala acoge en su integridad al análisis probatorio anterior por contener una deducción lógica en relación con ambos conceptos.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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:

1º REVOCASE los numerales 2º, 3º y 5º de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el día 29 de agosto de 1977.

2º Como consecuencia de la nulidad parcial de las Resoluciones Nºs 173 de 17 de septiembre de 1974; 13 de 28 de febrero de 1975 y 637 del 14 de julio del mismo año y para restablecer los derechos del señor AUGUSTO GILBERTO ORDOÑEZ MUÑOZ, la Universidad de Antioquia deberá liquidarle la pensión de jubilación a que tiene derecho en una suma equivalente al 75% de la totalidad de los salarios devengados durante el último año de servicios como profesor de tiempo completo en el Liceo Antioqueño de la Universidad de Antioquia y como profesor de una jornada nocturna en el Liceo Nacional Marco Fidel Suárez, incrementado el salario básico con las primas de alimentación, la prima extra concedida por la Universidad de Antioquia y la doceava parte de las primas de navidad recibidas tanto de la Universidad como del Liceo Marco Fidel Suárez.

3º Es entendido que la Universidad de Antioquia queda con derecho a repetir en contra de la Caja Nacional de Previsión y del Departamento de Antioquia en las cuotas partes pensionales correspondientes.

4º La Universidad dará cumplimiento al presente fallo dentro del término señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada el día 9 de noviembre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SUSPENSION JURISDICCIONAL Y DISCIPLINARIA. Diferencias. Consecuencias.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., diciembre diez de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*)

Referencia: Juicio Nº 3108. Demandante: Camilo Cárdenas Giraldo. Autoridades Nacionales.

El señor CAMILO CARDENAS GIRALDO, a través de apoderado general y mediante apoderado, judicial promovió demanda ante esta corporación a fin de que en acción de plena jurisdicción, y mediante los trámites del procedimiento ordinario, se hicieran en sentencia definitiva los siguientes pronunciamientos:

"*PRIMERO.* Que es nula la decisión contenida en la carta que el Departamento Nacional de Planeación por conducto de su Jefe doctor Miguel Urrutia M. dirigió al doctor Camilo Cárdenas Giraldo bajo el número S.G. -001 con fecha 9 de enero de 1975 mediante el cual se le negó el pago por él solicitado de sus sueldos y prestaciones sociales en el período comprendido entre el 25 de julio de 1972 y el 27 de agosto de 1974, nota que en su parte resolutiva dice así:

"Muy a mi pesar me permito informarle que no puede accederse a su petición, ya que, como lo expresa el Banco de la República en su concepto, ni Planeación Nacional ni el Banco puede atender al pago solicitado, sin que medie providencia judicial ejecutoriada que ordene al Estado al cumplimiento de esa prestación".

"*SEGUNDO.* Que como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, se establezca que el Departamento Nacional de Planeación directamente o en la forma prevista en el contrato que esta entidad celebró con el Banco de la República el 11 de octubre de 1961 y dentro del lapso previsto por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, debe pagar al señor Camilo Cárdenas Giraldo todos los salarios y prestaciones sociales correspondientes al período comprendido entre el 25 de julio de 1972 y el 27 de agosto de 1974.

"*TERCERO.* Que se declare que dicho lapso comprendido entre el 25 de julio de 1972 y el 27 de agosto de 1974, no implica solución de continuidad de los servicios prestados por el señor Camilo Cárdenas Giraldo al Estado Colombiano, y que por lo

tanto debe serle computado para todos los efectos jurídicos laborales del caso".

El demandante hace la siguiente relación de HECHOS en los cuales fundamenta sus peticiones:

"Baso la presente demanda en los hechos que a continuación relaciono:

"Por nota de fecha 30 de noviembre de 1967 el Departamento Nacional de Planeación, a cargo del doctor Edgar Gutiérrez Castro, solicitó del Banco de la República el nombramiento del doctor Camilo Cárdenas Giraldo a partir del 1º de diciembre de 1967 como técnico del grupo de proyectos específicos (grupo de estudios especiales) con una remuneración de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) mensuales, fuera de las primas legales y extralegales, cesantía y vacaciones.

"En virtud de la comunicación anterior el Banco de la República celebró con el doctor Camilo Cárdenas Giraldo un contrato de trabajo para prestar sus servicios en el Departamento Nacional de Planeación en el cargo especificado en el numeral anterior, contrato que en su cláusula primera dice así:

"El Banco de la República no obra en este contrato en su propio nombre sino con el carácter de *simple intermediario del Gobierno Nacional y del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos,* en desarrollo del contrato celebrado entre la Nación y el Banco de la República el día 11 de octubre de 1961 y de conformidad con carta del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos de fecha 21 de marzo de 1962".

"El nombramiento del doctor Camilo Cárdenas Giraldo en el Departamento de Planeación se hizo mediante una resolución del Banco de la República de fecha 5 de diciembre de 1967, pero la resolución, en virtud de que el Banco obra como agente del Gobierno y de dicho Departamento, tiene un artículo tercero que dice así:

"Sométase la presente resolución a la aprobación del Gobierno Nacional y del Departamento de Planeación y Servicios Técnicos".

"El Gobierno Nacional y el Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos dieron validez jurídica a esta resolución del Banco de la República mediante la aprobación que le impartieron.

"El 15 de abril de 1969 el Departamento Administrativo de Planeación dirigió una carta al doctor Camilo Cárdenas Giraldo, con la firma del Secretario General doctor Augusto Cano Motta haciéndole saber que le había sido aumentado su sueldo mensual a la suma de siete mil ochocientos pesos ($ 7.800.00). Varias cartas sobre aumento de sueldo en esta forma fueron sucediéndose durante todo el lapso de vinculación del doctor Camilo Cárdenas Giraldo con aquél Departamento Administrativo.

"Como empleado al servicio del Gobierno Nacional y pagado por éste, al doctor Camilo Cárdenas Giraldo le fue liquidada su cesantía definitiva para transferirla al Fondo Nacional del Ahorro, mediante Resolución del Banco de la República, como Administrador del Grupo de Proyectos Específicos del Departamento Nacional de Planeación, por medio de una resolución.

"Como trabajador al servicio del Estado se le concedieron, varias veces al doctor Cárdenas por medio de resolución del Jefe del Departamento Nacional de Planeación, vacaciones remuneradas.

"Con fecha 21 de julio de 1972 en Oficio número 00131, el Juez Primero Penal Militar comunicó al señor Director de Planeación Nacional que había sido decretada la detención preventiva del doctor Camilo Cárdenas Giraldo acusado de delito de "asociación para dilinquir y apología del delito", y se ordenó su detención preventiva.

"En virtud de la comunicación anterior el Juez Penal Militar, el Gerente General del Banco de la República con base en el contrato firmado con la Nación el 11 de octubre de 1961, dictó una resolución por medio de la cual se suspendió indefinidamente al doctor Camilo Cárdenas Giraldo en el ejercicio de sus funciones y atribuciones de Técnico del Grupo de Estudios Especiales del Departamento Nacional de Planeación.

"El Juez 16 Superior del Distrito Judicial de Bogotá y su Secretario certificaron el 9 de agosto de 1974 que por providencia calendada el 30 de julio de 1974, recaía en el proceso número 2430 que se adelantaba contra los supuestos miembros del llamado Ejército de Liberación Nacional *ese Juzgado había revocado en todas sus partes la detención proferida por el Juzgado 1º de Instrucción Penal Militar en contra del doctor Camilo Cárdenas Giraldo.* En consecuencia, dijo, la certificación del Juez, "dejan de tener vigencia todos los efectos jurídicos de la providencia revocada y el doctor Cárdenas Giraldo liberado de ella".

"En Oficio número 345 del 13 de agosto de 1974 el Juzgado 16 Superior comunicó al Departamento Nacional de Planeación que había sido revocada la detención proferida contra el doctor Camilo Cárdenas Giraldo y por lo tanto extinguida todas las secuelas jurídicas de la medida detentiva.

"Con base en las anteriores decisiones jurisdiccionales el Banco de la República, a petición del doctor Camilo Cárdenas Giraldo, dictó el 27 de agosto de 1974 una resolución en virtud de la cual levantó la suspensión definitiva ordenada en la Resolución 062 de julio 25 de 1972 expedida por la Gerencia de esa entidad y reincorporó a partir del 30 de julio del mismo año al doctor Camilo Cárdenas Giraldo al ejercicio de sus funciones y atribuciones como Técnico de Grupo de Estudios Especiales, con una asignación mensual de catorce mil quinientos pesos ($ 14. 500.00). En dicha Resolución se estipuló lo siguiente:

"Artículo cuarto. Esta resolución requiere para su validez la aprobación del Gobierno Nacional representado por el Departamento Nacional de Planeación".

"El doctor Camilo Cárdenas Giraldo solicitó el pago de sus sueldos y prestaciones sociales durante el lapso en que estuvo suspendido y con este motivo Planeación solicitó el concepto del Servicio Civil y del Banco de la República, entidades que solamente encontraron inconvenientes de formalidad jurídica para el pago. Desde el punto de vista procedimental dijeron que se requería una decisión jurisdiccional para poder efectuar ese pago. Reconocieron que "existen razones jurídicas, de equidad y de justicia para que el memorialista perciba los emolumentos dejados de recibir".

"Con base en los conceptos a que antes se ha hecho referencia, el Departamento Nacional de Planeación por conducto de su Jefe el doctor Miguel Urrutia, en nota de fecha 9 de enero de 1975, acto fundamental sobre el cual versa esta demanda, se dirigió al doctor Cárdenas Giraldo para decirle que contra su pesar no era posible atender el pago solicitado sin que mediara providencia judicial ejecutoriada que ordenara al Estado el cumplimiento de esta prestación".

Hace el actor un extenso planteamiento jurídico para evidenciar que el señor Camilo Cárdenas Giraldo, estuvo vinculado a la Administración Pública mediante una relación legal y estatutaria y de ahí la competencia que corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para el conocimiento de esta controversia. Dada la calidad de empleado público que ostentaba el señor Cárdenas Giraldo, la suspensión en el cargo no podía ser automática sino que debió "hacerse una investigación administrativa que aquí no se hizo. Al tomar la Administración Pública una decisión por orden del Banco de la República, y sin una investigación interna, comprometió su responsabilidad", la que se resuelve con el pago de los sueldos dejados de devengar por el funcionario perjudicado. Concluye su concepto el demandante así: "La Administración violó en la resolución de suspensión las normas citadas, porque ha debido otorgarla con un plazo perentorio de 60 días, que es lo máximo que está dentro de sus facultades, aún en el caso de que la solicitud de suspensión provenga de un funcionario público, como lo anota el artículo 144 del Decreto 1950 de 1973, y el Decreto 2400 de 1968". Estima el accionante que el origen del perjuicio sufrido por el señor Camilo Cárdenas Giraldo, tiene su causa en una decisión del Departamento Administrativo de Planeación, sugerida por el Banco de la República, habiéndose dictado la suspensión con violación del artículo 144 del Decreto 1950, ya que la acción disciplinaria se iniciará de oficio, a solicitud o información del funcionario público y para llevarla a cabo se requiere concepto previo de la Comisión de Personal del respectivo organismo, con base en el artículo 143 del decreto citado.

El Departamento Nacional de Planeación se constituyó parte impugnadora dentro del juicio, y al efecto designó apoderado para que lo representara en la *litis*.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal alguna de nulidad se procede a decidir el fondo de la controversia, previas las siguientes

Consideraciones

El señor Camilo Cárdenas Giraldo trabajó para el Departamento Nacional de Planeación desde el 1º de diciembre de 1967 hasta el 25 de julio de 1972, como Técnico de Grupo de Estudios Especiales de dicho Departamento habiéndose vinculado a la Administración por un supuesto "contrato de trabajo" suscrito a través del Banco de la República, quien actuaba con el carácter de "simple intermediario del Gobierno Nacional y del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos". (folios 20 y siguientes). Fue el Departamento Nacional de Planeación la Entidad que seleccionó al demandante para vincularlo a su servicio y así lo hizo saber al Gerente del Banco de la República, en comunicación del 30 de noviembre de 1967 (folio 62), indicándole además que" el doctor Cárdenas colaborará en los estudios relacionados con los proyectos y programas del Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo".

No cabe duda que el señor Cárdenas Giraldo entró a prestar sus servicios al Departamento Nacional de Planeación por medio de una relación legal y estatutaria y no mediante contrato de trabajo, así se hiciera constar en el documento enunciado. Si bien es verdad que en el momento de la incorporación del actor no regía el Decreto 3135 de 1968, no es menos cierto que el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª de dicho año, sólo admitía por excepción el contrato ficcionado de trabajo en aquellas labores destinadas a la construcción y sostenimiento de las Obras Públicas, en empresas industriales y comerciales del Estado o en aquellas susceptibles de ser fundadas y manejadas por los particulares en la misma forma. La Planeación, en cambio, es una actividad política del Estado y en manera alguna constituye empresa industrial o comercial del mismo, o que pueda ser fundada o manejada por los particulares sin ánimo de lucro. La norma general es la de que los servidores del Estado se vinculan a él mediante la relación de trabajo legal y estatutaria y sólo excepcional y fictamente por contrato de trabajo. Sobre el particular ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que es la actividad y no la forma de vinculación la que determina el carácter de la relación de trabajo con los empleados oficiales. Por ello son de recibo las argumentaciones de la demanda en el sentido de que el actor ostentaba el status de empleado público. De otra parte, debe tenerse en cuenta que aquél fue vinculado al cargo con posterioridad al contrato de trabajo aludido, por resolución del 5 de diciembre de 1967, con retroactividad al 1º de diciembre de dicho año (folio 24).

En comunicación número 00131 del 21 de julio de 1972, dirigida al Director de Planeación Nacional, el Juez 1º Penal Militar le solicita tomar las medidas a que hubiere lugar para el debido cumplimiento de la orden de detención contra el señor Camilo Cárdenas Giraldo, por los delitos de "Asociación para dilinquir y apología del delito", según auto del 20 de los mismos mes y año (folio 89). En obedecimiento a la petición anterior, el Gerente del Banco de la República, por resolución del 25 de julio de 1972, suspendió indefinidamente al mencionado empleado en el ejercicio de sus funciones y atribuciones de Técnico del Grupo de Estudios Especiales del Departamento Nacional de Planeación. Actuó así el Banco, en desarrollo del contrato "A-1" suscrito

entre la Nación y dicha entidad el 11 de octubre de 1961 y además por la orden impartida por el Secretario General del Departamento Nacional de Planeación, en oficio del 24 del mismo mes y año (folios 15 y 16).

Con fecha 13 de agosto de 1974 el Juez 16 Superior de Bogotá, mediante oficio 345, comunicó al Departamento Nacional de Planeación que por providencia del 30 de julio de ese año, "revocó en todas sus partes el auto de detención proferido por el señor Juez Militar en contra del doctor Camilo Cárdenas Giraldo", indicándole, además, que la determinación tomada," comporta necesariamente la extinción de todas las secuelas jurídicas derivadas de la medida detentiva, entre ellas, la de la suspensión en el ejercicio de las funciones y atribuciones del doctor Cárdenas Giraldo" (folios 4 y 5). Con base en lo anterior, el Banco de la República por resolución del 27 de agosto de 1974, levantó la suspensión al doctor Cárdenas Giraldo, ordenando su reincorporación a partir del 30 de julio del mismo año (folio 3).

El artículo 449 del Código de Procedimiento Penal, establece que: "En el mismo auto en que se decrete la detención preventiva de un funcionario o empleado público, *tratándose de sindicación por delito no encarcelable, se ordenará a la corporación o autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo*". (Se subraya). En el presente caso se dio cumplimiento al precepto transcrito por parte de la administración, representada en ese momento por el Banco de la República, como intermediario y según contrato celebrado entre la Nación y el referido banco, a que se hizo alusión anteriormente.

Como bien puede apreciarse, sin mayores esfuerzos, no se trata en el caso *sub judice* de una suspensión por sanción disciplinaria sino de una suspensión ordenada por autoridad judicial en virtud de presunto delito. Luego era innecesario e inocuo seguir el procedimiento de suspensión a que se refiere el artículo 144 del Decreto 1950 de 1973, ni menos obtener el concepto de la Comisión de Personal. Se trataba del cumplimiento de una orden perentoria de autoridad penal competente, como consecuencia de la investigación de un ilícito y no de aplicar una sanción disciplinaria por la conducta del actor como empleado público.

La Fiscalía Cuarta de la corporación, en su concepto de fondo, analiza con acierto jurídico la diferencia que existe entre esas dos situaciones: la suspensión como sanción disciplinaria y la suspensión jurisdiccional, parecer que acoge esta Sala y cuyos principales apartes son:

> "Planteada así la presente controversia, piensa la Fiscalía que debe hacer un estudio para saber si existen diferencias entre la suspensión administrativa y la suspensión jurisdiccional pues de existir aquéllas, las consecuencias también tienen que ser distintas. En efecto: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 449 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la detención de funcionarios públicos, "en el mismo auto en que se decrete la detención preventiva de un funcionario o empleado público, tratándose de sindicación por delito no encarcelable, *se ordenará a la corporación o autoridad respectiva que proceda a suspenderlo en el ejercicio del cargo...*" (Subraya la Fiscalía).

"Como se ve de la norma legal anteriormente transcrita, la detención preventiva de un funcionario público da lugar necesariamente a la suspensión de éste en el ejercicio del cargo. Esto es lo que se llama suspensión jurisdiccional que es bien distinta a la suspensión administrativa o disciplinaria. Al decretarse aquélla mediante la providencia de un Juez Penal, se ordena la suspensión del respectivo empleado y al revocarse el auto de detención queda sin base la suspensión, con lo cual la administración puede reincorporar inmediatamente al empleado al cargo que venía desempeñando. Empero, la suspensión jurisdiccional no da lugar necesariamente a que la administración inicie un procedimiento administrativo para efecto de imponer al empleado sanciones disciplinarias.

"En cuanto respecta a la suspensión disciplinaria, esta es ordenada directamente por el patrono o por la administración cuando quiera que el trabajador o empleado público ha infringido los reglamentos internos de trabajo o aquéllas normas legales que establecen las prohibiciones y obligaciones para el desarrollo del servicio convenido. Cuando se impone una sanción en este último caso, no debe perderse de vista que durante el período de esa suspensión se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio convenido y para el patrono la de pagar los salarios de esos lapsos y también puede descontarse al liquidarse las vacaciones, cesantías y jubilaciones. Así mismo cuando se trata de suspensión jurisdiccional, no debe perderse de vista que ni en la ley ni en la jurisdicción colombianas se ha reconocido o aceptado la responsabilidad del Estado por faltas surgidas en el ejercicio de la actividad jurisdiccional".

Cabe agregar a lo anterior, que en el presente asunto se intentó una acción de plena jurisdicción de carácter laboral y no una controversia sobre responsabilidad de la administración nacional por actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho.

Según el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 *"Se llama fuerza mayor o caso fortuito,* el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, *los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público,* etc". Y el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo trae como causal de suspensión de la relación contractual laboral la fuerza mayor o el caso fortuito. Dicho principio es aplicable, *mutatis mutandi,* a la relación laboral legal y estatutaria. Por fuerza mayor debió suspenderse al demandante en el cargo que venía ejerciendo. Era la orden de una autoridad pública y competente para pronunciarse o impartir ese mandato. No podía, por tanto, la administración negarse válidamente a obedecerlo. Finalmente, durante la suspensión de la relación laboral por los motivos anotados, no puede haber lugar a pagos de sueldos y prestaciones, como se pretende en la demanda, porque si se hubiese tratado de una suspensión como sanción disciplinaria injusta o impuesta sin el debido proceso, la situación sería distinta, pero como se dejó ya establecido, lo que se plantea en este evento es la decisión de un caso muy diferente. No proceden, en consecuencia, las peticiones formuladas en la demanda que originó el presente juicio.

Debe observarse, por último, que por haber emitido concepto de fondo en el presente juicio la doctora Aydeé Anzola Linares, en su carácter de Fiscal Cuarto de la corporación, y quien luego entró a desempeñar el cargo de Consejero de Estado, la Sala después de aceptar el impedimento manifestado por ella, ordenó el sorteo de Conjuez, para reemplazarla en este negocio, siendo designado el doctor Carlos Upegui Zapata, quien se posesionó legalmente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contenciso 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:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del dieciséis (16) de noviembre de mil novecientos setenta y nueve (1979).

Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Upegui Zapata, (Conjuez); *Ignacio Reyes Posada, Alvaro Orejuela Gómez.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO CUARTO

SUSPENSIONES PROVISIONALES Y REVOCACIONES DE DECRETOS Y ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

TARIFAS POR SERVICIOS PORTUARIOS. — Si la fuente de la competencia legal que tiene la Junta Directiva de Puertos de Colombia para dictar el Acuerdo 788 de 1979 es lo dispuesto en los artículos 3º, numeral 5º y 10, numeral 3º del Decreto 561 de 1975, invadió competencia reservado por los ordinales 1º y 2º del artículo 76 de la Constitución Nacional al Congreso de la República. Figura jurídica de la solidaridad Suspensión provisional de la frase o a su representante con responsabilidad solidaria contenida en el artículo 3º, numerales 1º, 2º y 3º y artículo 8º.

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

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Péerz Escobar*).

Referencia: Expediente Nº 3121. Actor: doctor Ramiro Araujo Grau.

El ciudadano Ramiro Araujo Grau ha presentado demanda en ejercicio de la acción contencioso administrativa para que se declare la nulidad de varios textos normativos contenidos en los ordinales 1º, 2º y 3º del artículo 3º y en el artículo 8º del Acuerdo Nº 788 de 1979 de la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia —Colpuertos—, así como de lo pertinente del Decreto 853 del mismo año, mediante el cual se aprobó el referido acuerdo. Además ha pedido que se decrete la suspensión provisional de las normas cuya anulación ha demandado, por considerar que son manifiestamente violatorias de las normas de los Códigos Civil y de Comercio y de la Constitución Nacional en las disposiciones que en el libelo demandatorio señala como infringidas.

La demanda llena todos los requisitos formales y los demás presupuestos procesales exigidos por la ley para su admisión y se presentó acompañada del Diario Oficial Nº 35.268 de 16 de mayo de 1979, debidamente autenticado, contentivo del acto administrativo parcialmente acusado. Por consiguiente, es del caso entrar a resolver sobre la petición de suspensión provisional, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

I. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Solicita el actor que se declare la nulidad de los siguientes textos normativos:

"1. La frase 'o a su representante con responsabilidad solidaria', que figura en el ordinal 1º del Art. 3º del Acuerdo 788 de 1979 de la Jun-

ta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia COLPUERTOS, aprobado por el Decreto Ejecutivo 853 de 1979.

"2. La frase 'o a su representante, con responsabilidad solidaria', que figura en el ordinal 2º del mismo artículo 3º del citado Acuerdo 788 de 1979.

"3. La frase 'o a su representante, con responsabilidad solidaria', que figura en el ordinal 3º del mismo artículo 3º del citado Acuerdo 788 de 1979.

"4. La frase 'o a sus representantes con responsabilidad solidaria', que figura en el artículo 8º del citado Acuerdo 788 de 1979".

Los textos completos de las normas de las cuales forman parte las frases anteriores, son, para mayor claridad, del siguiente tenor:

"Artículo 3º. Los valores por servicios, se facturarán a los usuarios, así:

"1º A los propietarios de la embarcación, el naviero o armador, o a su representante con responsabilidad solidaria.

"a) Los servicios marítimos a las naves internacionales de cabotaje o fluviales;

"b) Los servicios varios prestados a las naves (aguas, luz, teléfono, combustible, apertura y cierre de bodegas, movilización de carga a bordo, etc):

"c) Los servicios de estiba y desestiba, para carga de importación, exportación, cabotaje, transitoria, en tránsito internacional o nacional, In Bond, correos y equipajes;

"d) Los servicios de manejo de carga para cargamento en tránsito internacional, nacional, para carga fluvial y para carga transitoria, cuando se produzca manejo;

"e) Los servicios portuarios a la carga para cargamentos en tránsito internacional o nacional, y carga fluvial local;

"f) Los servicios de manejo de carga terrestre para cargamentos en tránsito;

"g) Los servicios de alquiler de espacios para cargamentos en tránsito;

"h) Los servicios de seguridad a la carga para mercancías en tránsito internacional, transitoria, tránsito terrestre, tránsito nacional.

"Parágrafo. Para los solos efectos de simplificación del sistema tarifario, los anteriores rubros se agrupan en el presente Estatuto Tarifario, en dos grandes conceptos que se denominan "Servicios Marítimos a la Nave' y 'Servicios Portuarios a la Nave'.

"2º Al propietario de la carga *o su representante, con responsabilidad solidaria;*

"a) Los servicios de estiba y desestiba, cuando el contrato de transporte entre el naviero o armador y el dueño de la mercancía no incluya el descargue o cargue de la embarcación en puerto y también

cuando se trate de buques fleteados (Charters), y que la totalidad de la mercancía sea transportada bajo esta modalidad del contrato. Para estos efectos, el dueño de la mercancía o representante deberá solicitar los servicios de estiba y desestiba con la debida anticipación;

"b) Los servicios a la carga para los cargamentos de importación, exportación, cabotaje, In-Bond, importación temporal y fluvial;

"c) Los servicios de alquiler de espacios, para cargamentos de importación, exportación, cabotaje, In Bond, carga de importación temporal y carga local;

"d) Los servicios de seguridad a la carga que entre y/o salga del Terminal.

"Parágrafo. Para los solos efectos de simplificación del sistema tarifario, los anteriores rubros se agrupan en el presente Estatuto Tarifario en dos grandes conceptos que se denominan "Servicios a la Carga' y 'Alquiler de Espacios'.

"3º Los servicios varios y los no contemplados en los numerales anteriores a la persona natural o jurídica que solicite el servicio *o a su representate, con responsabilidad solidaria.*

"Artículo 8º. Cuando el peso o volumen de la carga no se indique en los documentos de embarque, ni conste de otro modo a satisfacción de la empresa ésta pasará o medirá la carga, cobrando el valor de este servicio al naviero, al propietario de la mercancía *o a sus representantes con responsabilidad solidaria,* según el caso".

II. *Las normas ostensiblemente violadas según el demandante y concepto de la violación*

a) El actor acusa las frases anotadas de violar los Códigos Civil y Comercial, por cuanto las relaciones jurídicas entre mandante y mandatario entre sí y frente a terceros están reguladas en dichas obras, especialmente en los siguientes textos:

Artículo 2142 del Código Civil, según el cual "el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera".

Artículo 2186 del Código Civil, según el cual "el mandante cumplirá las obligaciones que a su nombre ha contraido el mandatario dentro de los límites del mandato".

"Artículo 1262 del C. de C., a cuyo tenor "el mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra...".

Artículo 1528 del Código Civil, según el cual "la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley".

b) Expresa el demandante que "de todas las anteriores normas y sus concordantes resulta evidente que lo que hace el mandatario dentro de los límites del encargo, obliga al mandante y no a él. Mucho menos podría obligarlos solidariamente con el mandante. Por otra parte, no existe norma alguna que establezca responsabilidad solidaria

frente a terceros entre mandante y mandatario o representante. A lo sumo responderá ante éstos —pero él solo— cuando exceda los límites del mandato según el artículo 2180 del Código Civil, y en las circunstancias allí indicadas".

Afirma, por otra parte, que "los Agentes de Aduana, personas naturales o jurídicas que se encargan de tramitar los diversos procesos aduaneros (importaciones, exportaciones, cabotaje, In Bond, etc) a nombre de los propietarios o custodios jurídicos de las mercancías, como ya dije, son mandatarios de quienes solicitan sus servicios, pues realizan gestiones a nombre de éstos. La definición que de ellos trae el artículo 400 del Código de Aduanas (Ley 79 de 1931) no deja duda al respecto. 'La expresión Agente de Aduana comprende a toda persona que se entienda con la Aduana en nombre y representación de terceros', reza dicho precepto. Así, pues, cuando actúan ante la Aduana respecto a tales procesos, representan a sus mandantes, y son éstos quienes se comprometen con la Aduana. Lo mismo que cuando actúan ante Colpuertos en relación a los citados procesos (dicha empresa asumió las funciones de recibo, almacenamiento y entrega de los cargamentos, que antes eran desempeñadas por la Aduana). En consecuencia, cuando el Agente de Aduana actúa ante Colpuertos, quien realmente está es su mandante (importador o exportador, etc,) y no tiene por qué responder por omisiones de aquél, puesto que, como ya se vio, no existe responsabilidad solidaria entre mandante y mandatario frente a terceros".

Finalmente sostiene el actor, que "ni la Junta Directiva de Colpuertos, ni el Gobierno Nacional, tenían facultades para modificar las normas de los Códigos Civil y de Comercio, ya anotadas, y según las cuales no existe responsabilidad solidaria frente a terceros entre mandatarios o representantes y mandantes. Es claro que en un simple Acuerdo sobre tarifas por servicios portuarios, como lo es el Acuerdo 788 de 1979, no se podían realizar esas modificaciones legales. Ni un mero Decreto Ejecutivo, como el 853 de 1979, destinado a aprobar aquel acuerdo tarifario, tenía virtualidad para llevar a cabo una tal modificación". Más adelante agrega que "el Gobierno invadió la órbita de la Rama Legislativa, violando el artículo 76 de la Carta, que reserva al Congreso la facultad de expedir las leyes y mediante ellas 'interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes', 'expedir códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones.

Examinando el considerando 2º del Acuerdo Nº 788 de 1979, se observa que dicho Acuerdo fue expedido por la Junta Directiva de Puertos de Colombia en ejercicio de lo dispuesto en los artículos 3º, numeral 5º, y 10, numeral 3º, del Decreto 561 de 1975, y que de acuerdo con esas normas son funciones de la Junta Directiva con aprobación del Gobierno Nacional, "fijar las tarifas que deban cobrarse por los servicios que preste la empresa y los derechos de operación, de los muelles privados". Si esta es la fuente de la competencia legal que tiene la Junta Directiva de Puertos de Colombia para dictar el Acuerdo en el cual se encuentran las frases acusadas como violatorias de normas de los Códigos Civil y Comercial indicadas por el actor, se ve, sin el menor esfuerzo mental y sin necesidad de hacer ningún raciocinio jurídico, que realmente, en cuanto a los textos normativos acusados, tanto la Junta Directiva de Puertos de Colombia, como el Gobierno al

aprobar los textos mencionados, invadieron competencia reservada por los ordinales 1º y 2º del artículo 76 de la Constitución al Congreso de la República. La solidaridad es una figura jurídica que ha sido objeto de definición y reglamentación no sólo de nuestros Códigos Civil y Comercial, sino también de otras leyes.

Por lo expuesto, habrá de accederse a decretar la suspensión provisional tal como lo ha solicitado al actor.

Con base en las consideraciones anteriores se resuelve:

1º Se admite la demanda y, en consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público;

b) Fíjese en lista por el término legal;

2º Suspéndese provisionalmente las siguientes frases de las disposiciones acusadas:

"Artículo 3º... 1º... o a su representante con responsabilidad solidaria".

"2º ...o a su representante, con responsabilidad solidaria".

"3º... o a su representante, con responsabilidad solidaria".

"Artículo 8º... o a sus representantes con responsabilidad solidaria".

3º Comuníquese al Gobierno Nacional por intermedio del señor Ministro de Obras Públicas y Transporte y notifíquese personalmente al señor Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia —Colpuertos— la admisión de la demanda y remítaseles copia de esta providencia para los efectos legales consiguientes.

Notifíquese y cúmplase.

Jacobo Pérez Escobar.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. — No es órgano activo de la Administración ni tiene competencia legislativa ni se le puede delegar ésta por el Congreso. Normas sobre publicidad. Es al Congreso a quien corresponde por medio de leyes "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes", cláusula general de competencia que le permite dictar normas que le impongan, a los Departamentos y Municipios, así como a las entidades descentralizadas de los mismos, restricciones y condiciones sobre su propaganda y publicidad.

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

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Referencia: Expediente Nº 3105. Actor: Corporación Americana de Periodistas "CAP".

El ciudadano Alfredo Vanegas Montoya, mayor y vecino de Medellín, obrando en su propio nombre y en representación de la Corporación Americana de Periodistas, "CAP", Seccional de Medellín, en ejercicio de la acción contencioso administrativa consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la declaratoria de nulidad de la Resolución Nº 002130 de 26 de enero de 1979, expedida por el Contralor General de Antioquia y "por medio de la cual se dictan normas sobre publicidad".

Igualmente solicitó el demandante que se decretara la suspensión provisional del acto acusado, por cuanto considera que hay una manifiesta transgresión de las normas superiores por él señaladas.

El Tribunal admitió la demanda, pero luego al resolver la solicitud de suspensión provisional la denegó por considerar que no existe manifiesta violación de las normas superiores señaladas por parte del acto administrativo acusado.

El actor interpuso en tiempo el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, el cual le fue concedido y ha sido debidamente tramitado. Corresponde ahora, en consecuencia, entrar a decidir sobre el mismo.

Consideraciones de la Sala

Para decidir la Sala hace las siguientes consideraciones:

I. Acto acusado

Como ya se expresó, el acto administrativo acusado es la Resolución 002130 de 1979 expedida por el Contralor General de Antioquia. Son sus considerandos:

"a) Que la Ley 29 de 1944, en su artículo 4º prohibe la propaganda oficial remunerada;

"b) Que el Decreto Nº 109 de 1945, reglamentario de la ley mencionada, define los casos en que se pueden hacer publicaciones pagadas por el Tesorero Público;

"c) Que este mismo decreto autoriza a los Contralores Departamentales para glosar las cuentas de cobro por propaganda oficial que no se ajuste a las prescripciones legales, y

"d) Que es necesario dictar normas fiscales tendientes a una rigurosa observancia de las disposiciones legales sobre la materia,"

Con base en la motivación anterior dispone:

"Artículo Primero. Las entidades departamentales o municipales organizadas con criterio administrativo, industrial o comercial, sólo podrán hacer proganda remunerada con la finalidad de allegar rentas o prestativo, comercial o de servicio público.

"Artículo Segundo. Las entidades oficiales sólo podrán hacer publicaciones pagadas cuando tengan por objeto informar al público sobre las licitaciones, concursos, impuestos, reglamentación de servicios, sorteos de bonos, y otros actos semejantes de la administración.

"Artículo Tercero. No podrá hacerse erogación alguna con cargo al erario departamental, municipal o de las entidades descentralizadas departamentales y municipales, por concepto de publicidad en radio, televisión, o en publicaciones escritas, que no llenen una finalidad estrictamente administrativa o comercial, de conformidad con las disposiciones legales.

"Artículo Cuarto. No podrá hacerse gasto alguno por cuenta del departamento, los municipios y las entidades descentralizadas departamentales o municipales, por concepto de publicidad, cuando esto implique una subvención a las personas naturales o jurídicas propietarias de las empresas de prensa, radio o televisión.

"PARAGRAFO. Se presume que los gastos por concepto de publicidad tienen carácter de subvención a las empresas de prensa, radio y televisión, cuando los métodos de publicidad utilizados tienen escasa circulación o limitada sintonía.

"Artículo Quinto. La publicación de avisos en los órganos de difusión escrita, radial o de T. V., sólo podrán hacerse cuando el respectivo periódico, publicación escrita, o el programa radial llene los siguientes requisitos:

"a) Licencia del Ministerio de Comunicaciones, de Gobierno o de cualquier otra entidad autorizada legalmente para otorgarla.

"b) Que su Director sea periodista profesional y posea Tarjeta que lo acredite como tal, aceptándose que un periodista sólo puede figurar como Director de una sola publicación o espacio radial;

"c) La Contraloría Departamental o la entidad que otorga la publicidad, se reservan el derecho de solicitar, adicionalmente, constancia sobre solvencia periodística de la publicación o espacio radial.

"Dicha constancia deberá ser expedida por el Comité Intergremial Periodístico de Antioquia integrado por CIPA, RESIDA Y CICRODEPORTES, entidades con Personería Jurídica que para el efecto servirán como organismo de consulta de la Contraloría.

"Artículo Sexto. En caso de no contratarse la propaganda oficial con oficinas especializadas, ésta será autorizada en el Departamento o sus entidades descentralizadas, por un Comité de Publicidad integrado en la forma que determine la administración y del cual deberá hacer parte, sin voto, el respectivo Auditor Delegado de esta Contraloría, quien se abstendrá de visar las órdenes de publicidad que no cumplen con los requisitos exigidos por esta resolución.

"PARAGRAFO. Las órdenes de publicidad que provengan de la Contraloría, serán autorizadas por el Contralor del Departamento, previo el lleno de los requisitos enunciados.

"Artículo Séptimo. En los Municipios en los cuales exista Auditor Regional, la publicidad oficial sólo puede ser otorgada por un Comité de publicidad que estará compuesto por el Alcalde, el Tesorero, el Personero y el Auditor Regional, éste último con voz pero sin voto.

"En los municipios en los cuales no haya Auditor Regional la adjudicación de la publicidad también será hecha por un comité del cual harán parte el Alcalde, el Personero y el Tesorero. En este caso el otorgamiento de publicidad requiere concepto previo de la Contraloría Departamental.

"Artículo Octavo. Los funcionarios del control previo, si los hubiere, y los del control posterior al revisar la cuenta de cobro por publicaciones, confrontarán que tales cuentas corresponden a las tarifas ordinarias en el respectivo órgano de publicidad y no aceptarán aquellas que no se conformen con las disposiciones de la presente resolución, o en el caso en que sea manifiesto el propósito de establecer un privilegio o subvención indirecta en favor de determinada empresa.

"PARAGRAFO. La publicación o propaganda de entidades departamentales o municipales en órganos de difusión cuya edición coincida con artículos periodísticos o con reportajes promocionando actividades de la entidad o de sus directivas, no podrán ser aceptadas por los funcionarios de que habla el presente artículo.

"Artículo Noveno. La presente resolución rige a partir de la fecha y deroga todas las disposiciones anteriores".

II. Normas violadas y concepto de la violación

El actor señala como normas violadas por la anterior resolución, los artículos 39, 42, 44, 76, 120, 185, 187, 194, 196 y 197 de la Constitución Nacional; las Leyes 29 de 1944, 159 de 1959 y 51 de 1975 y los

Decretos 109 de 1945 y 733 de 1976. En cuanto al concepto de la violación, estima que el Art. 76 de la Constitución Nacional dispone que es al Congreso a quien corresponde hacer las leyes y el Contralor del Depto. de Antioquia con la resolución demandada intervino en materia de competencia exclusiva del legislador, ya reglamentada por éste, como son las disposiciones sobre prensa, publicidad y propaganda oficiales y ejercicio del periodismo como profesión liberal. Estas materias están contempladas en las Leyes 29 de 1944, 159 de 1959 y 51 de 1975 y los Decretos 109 de 1945 y 733 de 1976.

Sostiene además el actor que los artículos 1º, 2º, 3º, y 4º de la resolución acusada violan ostensiblemente las disposiciones de los artículos 185, 187, 194, 196 y 197 de la Constitución, porque estos últimos dan, para las materias tratadas en los antes mencionados artículos de la resolución, a las Asambleas Departamentales, a los Consejos Municipales, a los Gobernadores y a los Alcaldes atribuciones; los artículos 5º, 6º, 7º, 8º y 9º son igualmente violatorios de las normas ya citadas y de los artículos 39, 42, 44, 76 y 120 de la Constitución y de las leyes y decretos referidos.

III. Providencia recurrida

El auto apelado lleva fecha 9 de marzo del presente año y en él el Tribunal Administrativo de Antioquia niega la suspensión provisional solicitada, dando como fundamento para ello que "el caso no reviste la claridad que le asigna el demandante en cuanto a la ostensible violación. En efecto, de la simple lectura del libelo se tiene que al hacer el cotejo de los preceptos contenidos en la resolución impugnada con las disposiciones de orden constitucional y legal que se señalan como violadas, no surge de inmediato esta conclusión, sino que es necesario el estudio de cuestiones jurídicas de fondo que hacen procedente la medida conforme al artículo 94 en referencia y a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de este mismo Tribunal". Luego cita apartes de la sentencia del Consejo de Estado proferida el 24 de marzo de 1971 y una del Tribunal de fecha 7 de mayo de 1976.

Al confrontar la Sala el contenido de la resolución acusada, "por medio de la cual se dictan normas sobre publicidad", con lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución Política, encuentra que es al Congreso a quien corresponde por medio de leyes "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes", cláusula general de competencia que le permite dictar normas que le impongan a los Departamentos y Municipios, así como a las entidades descentralizadas de los mismos, restricciones y condiciones sobre su propaganda y publicidad.

Pero además la resolución acusada contraría en forma ostensible el ordinal 1º del artículo 187 de la Constitución, que dice que "corresponde a las Asambleas, por medio de Ordenanzas: 1º Reglamentar de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, la prestación de los servicios a cargo del Departamento", y el ordinal 7º del mismo artículo, que expresa que corresponde a dichas entidades "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del departamento, con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales". Asimismo el artículo 194 de la Constitución, especialmente sus ordinales 1º y 2º, ya que de acuerdo

con el 1º corresponde al Gobernador cumplir y hacer que se cumplan en el departamento las ordenanzas de la Asamblea, como serían, por ejemplo, las que decreten gastos para propaganda y publicidad oficiales, y de conformidad con el 2º, dirigir la acción administrativa en el departamento, dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración.

Igualmente es violatoria la resolución acusada del artículo 197 de la Constitución, especialmente de sus ordinales 1º y 2º puesto que según dichas normas "son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes: 1ª Ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del Distrito; 2ª Votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales".

Por otra parte, se advierte con suma claridad que el acto administrativo acusado fuera de reproducir, sin decirlo, lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 109 de 1945, lo viola en forma abierta por cuanto éste sólo autoriza a los Contralores Departamentales y Municipales, en donde los haya, o a los respectivos funcionarios encargados de examinar las cuentas de cobro por publicaciones de la prensa hablada o escrita, para "confrontar que dichas cuentas corresponden a las tarifas ordinarias del respectivo órgano de publicidad, y podrán glosar aquellas en que no se reúnan las condiciones anteriormente establecidas, o cuando sea notorio el propósito de establecer un privilegio o subvención indirecta a determinados periódicos o radiodifusoras, dando cuenta, para los efectos del inciso único del artículo 4º de la ley, al respectivo superior del funcionario que haya ordenado la publicación", y no para dictar precisamente disposiciones sobre la manera de hacer dicha propaganda o publicidad, que son de competencia de la ley.

Esta Sala, a propósito de un caso similar, ha expresado que la Contraloría General de la República no es órgano activo de la Administración ni tiene competencia legislativa ni se le puede delegar ésta por el Congreso. Su poder reglamentario está restringido a la prescripción de los métodos de la contabilidad de la Administración Nacional y de sus entidades descentralizadas, a la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales y a dictar las normas de ejecución de las leyes orgánicas de la propia Contraloría. Esto mismo puede predicarse, en términos generales, de las Contralorías Departamentales y Municipales.

Refiriéndose a la Contraloría General de la República, en sentencia de 26 de septiembre de 1976, de la cual fue ponente el Consejero Carlos Galindo Pinilla, dijo esta Sala, entre otras cosas, lo siguiente:

"Pero aún en la hipótesis de que los actos acusados no fueren la reiteración de preceptos legales vigentes y únicamente tuvieren el alcance de una simple codificación de normas legales, también serían inconstitucionales porque la codificación de normas de tal naturaleza es una competencia que, a lo sumo puede ejercer el Gobierno, mediante una autorización especial del mismo Congreso.

"Por consiguiente, si la pretensión de la Contraloría General de la República no hubiese sido la muy ambiciosa de expedir un código de la materia, sino la más modesta de codificar las disposiciones le-

gales pertinentes, sin introducirle modificaciones, tampoco tendría competencia constitucional o legal para ello, pues esa función, a lo sumo podría ejercerla el Gobierno, como ya se dijo, en uso de las autorizaciones especiales a que se refiere el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Esta es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia contenida en sentencia del 9 de febrero de 1960".

Más adelante se agrega:

"De los artículos 59 y 60 de la Constitución se deduce que la Contraloría General de la República tiene algunas funciones administrativas, inherentes a su propia organización. Dentro de ellas es preciso aceptar la competencia para expedir las reglamentaciones internas necesarias para su funcionamiento y las que se derivan de la atribución de prescribir los métodos de contabilidad de la Administración Nacional y de sus entidades descentralizadas, y la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales (artículo 60 Nº 2º). Pero de todas suertes, se trata de un poder reglamentario de ámbito bien delimitado y, so pretexto de cuyo ejercicio, no puede invadir la órbita de la administración activa, lo cual resulta natural, porque su función esencial es de simple órgano de control fiscal.

"De suerte que si la Contraloría, en ejercicio de este poder reglamentario muy limitado, llegare a atribuirse alguna función que le permita participar en la apreciación sobre la conveniencia, o la oportunidad de un acto de la incumbencia de la administración activa, rebasaría el marco constitucional y legal dentro del cual debe desarrollarse su actividad".

Lo expuesto es suficiente para que esta Sala concluya que debe procederse, como en efecto se hará, a suspender el acto administrativo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

Resuelve:

1º REVOCA el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 9 de marzo de 1979, mediante el cual se denegó la suspensión provisional solicitada por el actor.

2º Como consecuencia de lo anterior, suspéndese provisionalmente la Resolución 002130 de enero 27 de 1979, por medio de la cual se dictan normas sobre publicidad, expedida por el Contralor General de Antioquia.

3º Comuníquese al Contralor General de Antioquia.

4º Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al Tribunal de Origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de julio de mil novecientos setenta y nueve.

Mario Enrique Pérez V., Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

IMPUESTOS. — Se suspendió provisionalmente el Concepto Nº 18 de abril 28 de 1973, proferido por la subdirección jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en el fragmento que dice:

"En el año anterior el de enajenaciòn y en la parte final que expresa:

"En cambio si las mejoras se efectúan en el mismo período en que se vende el bien, para que éstas jueguen como costo deben ser probadas por cualquiera de los medios conducentes para el efecto, no basta la relación antes anotada. Las Pruebas pueden ser entre otras: a) Copia del presupuesto o licencia de construcción, aprobado por el plan regular del Distrito o de la oficina competente en cada municipio. b) Copia auténtica del contrato celebrado con el profesional encargado de la ejecución de la obra. c) copia de la facutra de compra de materiales, cuando se construya directamente; d) Recibos expedidos por las personas beneficiadas con los pagos, etc.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., julio veintitrés de mil novecientos setenta y nueve.

Referencia: Radicación 6110. Conductor del proceso: *Doctor Enrique Low Murtra.*

Se entra a resolver sobre la petición de suspensión provisional del concepto Nº 018 de 1978 proferido por la subdirección jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales en el fragmento que dice: "..... en el año anterior al de la enajenación...." y en la parte final que expresa: "En cambio si las mejoras se efectúan en el mismo período en que se vende el bien, para que estas jueguen como costo deben ser probadas por cualquiera de los medios conducentes para el efecto, no basta la relación antes anotada".

Las pruebas pueden ser entre otras:

a) Copia del presupuesto o licencia de construcción, aprobado por el Plan Regulador del Distrito o la Oficina competente en cada municipio;

b) Copia auténtica del contrato celebrado con el profesional encargado de la ejecución de la obra;

c) Copia de la factura de compra de materiales, cuando se construye directamente;

d) Recibos expedidos por las personas beneficiadas con los pagos, etc...".

Acto acusado

"Referencia: Mejoras inmuebles. Deducción, enajenación activos.

"Me permito transcribirle el concepto Nº 07121 de abril 26 de 1978 de la Subdirección Jurídica por considerarlo de interés:

"De conformidad con el artículo 26 del Decreto 2053 de 1974 el costo de los bienes inmuebles enajenados que tengan el carácter de activos fijos está constituido por el precio de adquisición más el costo de las construcciones y mejoras que se demuestre en las declaraciones de renta y patrimonio o en las liquidaciones del impuesto o el que se acredite con otras pruebas el costo de las reparaciones locativas no deducidas y las contribuciones por valorización del inmueble o inmuebles de que se trate.

"De acuerdo con lo expuesto si Ud. efectúa mejoras en un inmuemueble de su propiedad en año anterior al de enajenación, para que éstas operen como costo y lógicamente incrementen el activo, deben relacionarse satisfaciendo las formalidades previstas para los costos y deducciones (artículo 55 Decreto 2053 de 1974 y artículo 3º del Decreto 0389 de 1978).

"En cambio si las mejoras se efectúan en el mismo periodo en que se vende el bien, para que éstas jueguen como costo deben ser probadas por cualquiera de los medios conducentes para el efecto, no basta la relación antes anotada.

"Las pruebas pueden ser entre otras:

"a) Copia del presupuesto o licencia de construcción aprobado por el Plan Regulador del Distrito o la oficina competente en cada Municipio.

"b) Copia auténtica del contrato celebrado con el profesional encargado de la ejecución de la obra.

"c) Copia de la factura de compra de materiales cuando se construye directamente.

"d) Recibos expedidos por las personas beneficiadas con los pagos etc.".

Disposiciones violadas

Manifiesta el libelista que el acto acusado viola los artículos 26, 55 y 57 del Decreto 2053 de 1974, el artículo 4º de la Ley 54 de 1977, los artículos 4º y 5º del Decreto 250 de 1978; el artículo 27 del Código Civil; artículo 34 del Decreto 074 de 1976 y el artículo 32 de la Ley 5ª de 1977.

Dice el artículo 26 del Decreto 2053 de 1974 que el costo de los activos fijos está constituido por el precio de adquisición más el costo de las construcciones y mejoras que se *demuestre* en las declaraciones de renta y patrimonio o en las liquidaciones del impuesto o el que se acredite con otras pruebas, el costo de las reparaciones locativas no deducidas y las contribuciones por valorización del inmueble o inmuebles de que se trate.

Dice el libelista:

"Esta disposición transcrita no distingue, como lo hace la norma impugnada, entre mejoras realizadas el año anterior al de enajenación y las efectuadas el mismo año de la venta. El artículo, en efecto, al utilizar la conjunción disyuntiva 'o' permite probar ese costo de construcciones o mejoras por cualquier medio idóneo, sin diferenciar —se repite—el período en el cual han tenido lugar".

También alega el libelista que el artículo 55 del mismo decreto, en su primer inciso, al señalar los requisitos para la aceptación de las deducciones, sienta "la regla de que es indispensable identificar a los beneficiarios de ellas" y añade "Por su parte el artículo 57 del Decreto 2053 de 1974 ordena cumplir los mismos requisitos señalados para las deducciones, en los pagos o abonos que constituyan costo".

Finalmente, se refiere también el actor a la Ley 54 de 1977 y alega que el artículo 4º de esta ley "autorizó para fijar el costo de los bienes raíces que sean activos fijos, entre las cuales está la de tomar el avalúo catastral (vigente en diciembre 31 de 1976) más el valor de las adiciones, mejoras y contribuciones de valorización".

Se refiere también a la forma como este principio fue desarrollado por el Decreto Reglamentario 250 de 1978 que dice:

"ARTICULO 4º. De conformidad con los artículos 3º y 4º de la Ley 54 de 1977, para el año gravable de 1977 el contribuyente podrá escoger una de las siguientes opciones para establecer el costo de adquisición de los bienes raíces que consituyan activos fijos:

"1. El costo del inmueble declarado en el año anterior reajustado en un catorce por ciento (14%), más el valor de las adiciones, mejoras, reparaciones locativas no deducibles y contribuciones por valorización, efectuadas en el año.

"Si el inmueble fue adquirido durante el año, el costo de adquisición podrá incrementarse proporcionalmente al tiempo de su posesión.

"2. El avalúo catastral vigente en 31 de diciembre de 1976, cuando éste fuere superior al costo reajustado hasta esa fecha o al costo de adquisición más el valor de las adiciones, mejoras y contribuciones por valorización a 31 de diciembre de 1977;

"3. El avalúo catastral vigente en 31 de diciembre de 1977;

"4. La propia estimación del valor del inmueble.

"ARTICULO 5º. Los contribuyentes que reajusten el costo de los activos fijos muebles e inmuebles, deberán indicarlo así en su declaración de renta, para lo cual suministrarán los siguientes datos:

"a) Relación discriminada de los activos fijos;

"b) Fecha y valor de adquisición;

"c) Fecha y valor de las adiciones, mejoras y contribuciones por valorización efectuadas;

"d) Incremento solicitado;

"e) Opción a la cual se acogen para el año gravable de 1977.

"Cuando el contribuyente escogiere las opciones 2 ó 3 del artículo anterior, deberá anexar a la declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1977, la certificación del avalúo catastral vigente en 31 de diciembre de 1976 ó en 31 de diciembre de 1977, según el caso".

Dice el actor que ni la ley ni el reglamento distinguen sobre el año de ejecución de las mejoras.

"Para concluir es pues ostensible el quebrantamiento que hace el concepto *sub judice* a la norma comentada de la ley 54 y su reglamento".

Pide el actor la suspensión provisional del acto acusado.

Para resolver se considera

La Ley 54 *de* 1977, comunmente llamada en su época *"ley de alivio tributario"* por cuanto el legislador quiso con ella reducir las cargas tributarias determinó una *opción para beneficio del contribuyente cuando le permitió tomar como costo de adquisición de los bienes raíces que constituyan activos fijos* cualquiera de los siguientes valores:

a) El avalúo catastral vigente a 31 de diciembre de 1976 si éste fuere reajustado hasta esa fecha o el de adquisición más las adiciones, mejoras y contribuciones por valorización.

b) El costo reajustado en 31 de diciembre de 1977;

c) El avalúo catastral vigente en esta fecha;

d) La propia estimación del inmueble.

Con esta regla y, exclusivamente para los valores declarados en el año gravable de 1977, se hizo excepción a la regla del artículo 26 del Decreto 2053 de 1974 según el cual el costo de los bienes inmuebles "... está constituido por el precio de adquisición más el costo de las construcciones y mejoras que se demuestre en las declaraciones de renta y patrimonio o en las liquidaciones del impuesto o el que se acredite con otras pruebas, el costo de las reparaciones locativas no deducidas y las contribuciones de valorización del inmueble o inmuebles de que se trate".

Se dio libertad ese año al contribuyente de usar varias opciones con el fin de asegurarle el tratamiento que le resultare más favorable según su criterio.

Esta y *únicamente ésta es la excepción al régimen del artículo* 26 *del Decreto* 2053 *de* 1974. No se le ha dado tratamiento especial en la ley, por vía general, a las mejoras realizadas durante *el año de enajenación.* Donde la ley no distingue no puede el intérprete entrar a distinguir pues ello implica desatender el tenor literal de una disposición clara.

Es más, el reglamento de la Ley 54 de 1977 (Decreto 250 de 1978) establece que el *costo de un inmueble que constituya activo fijo* se determina utilizando, entre otras, una de las siguientes opciones:

1. Reajustando el valor del inmueble declarado en 1976 en un 14% y añadiéndole el valor de las adiciones, *mejoras*, reparaciones locativas no deducibles y contribuciones de valorización.

2. El avalúo catastral vigente... más el valor de las adiciones *mejoras* y contribuciones por valorización a 31 de diciembre de 1977 ...".

Y añadió el artículo 5º del mismo decreto que para efectos de dar aplicación a estas opciones bastaba indicar en su declaración de renta los datos allí relacionados, sin distinguir si las mejoras se cumplen en un año o se realizan en el año de su enajenación.

No existe norma especial en todo el contexto de la ley tributaria que dé tratamiento distinto a una mejora cuando se hace el año de enajenación o cuando se realiza con anterioridad.

Es de entender la acuciosidad del funcionario de la Dirección General de Impuestos Nacionales cuando exige que si las mejoras se realizan el *año de la enajenación del inmueble* deben probarse con medios especiales. En su ánimo de prevenir la evasión de los impuestos complementarios de ganancias ocasionales, pensó exigir requisitos adicionales al contribuyente que realiza mejoras el año de la enajenación de los activos inmovilizados. Pero en esta acuciosidad, explicable más no justificada, violó clara y ostensiblemente la ley tributaria como se desprende de la simple observación de los textos legales.

Existen, sin duda, mecanismos de auditoría e investigación tributaria, dirigidos a vigilar la veracidad de las declaraciones de renta. A ellos debe acudir la administración para controlar la evasión. No puede exagerarse su deseo de protección a los recursos fiscales al punto de desconocer, por vía general, normas jurídicas superiores.

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

Se resuelve:

Suspéndese provisionalmente el concepto número 018 de abril veintiocho (28) de mil novecientos setenta y ocho (1978), proferido por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en el fragmento que dice: "en el año anterior al de enajenación y en la parte final que expresa: 'En cambio si las mejoras se efectúan en el mismo período en que se vende el bien, para que éstas jueguen como costo deben ser probadas por cualquiera de los medios conducentes para el efecto, no basta la relación antes anotada. Las pruebas pueden ser entre otras: a) Copia del presupuesto o licencia de construcción, aprobado por el Plan Regulador del Distrito o de la Oficina competente en cada municipio; b) Copia auténtica del contrato celebrado con el profesional encargado de la ejecución de la obra; c) Copia de la factura de compra de materiales, cuando se contruya directamente; d) Recibos expedidos por las personas beneficiadas con los pagos, etc.' ".

Comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONSEJO SUPERIOR DEL SUBSIDIO FAMILIAR. — La Ley 56 de 1973 no creó ni autorizó crear organismo alguno para asesorar al Ministerio del Trabajo en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar, ni para lograr el sometimiento de éstas a los fines propios del subsidio, ni le era dable al ejecutivo, so pretexto de reglamentar la ley; introducir un organismo nuevo dentro de la estructura del Ministerio del Trabajo, porque tal competencia corresponde al Congreso, mediante leyes, como lo prevé el artículo 76 de la Carta. Suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 1049 de 1974 en cuanto reformó los artículos 17 y 18 del Decreto 1004 de 1974, así como los artículos 19 y 20 del Decreto 1004 de 1974.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., septiembre veinticinco de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 3616. Suspensión Provisional.

Por reunir los requisitos legales se admite la anterior demanda que en ejercicio de la acción pública promueve el doctor NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ, en su propio nombre.

Para su trámite se dispone:

1º Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda al Señor Agente del Ministerio Público (Fiscalía 5ª) y comuníquese al señor Ministro del Trabajo y Seguridad Social.

2º Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para los efectos legales.

Suspensión provisional

En forma expresa solicita el actor, doctor Nemesio Camacho Rodríguez, la suspensión provisional de las normas acusadas en esta demanda. Se procede en consecuencia al estudio de las cuestiones planteadas en orden a una decisión al respecto.

El actor demanda por violación de la Constitución y de la ley la nulidad del artículo 1º del Decreto 1049 de 1974 en la parte en que reformó los artículos 17 y 18 del Decreto 1004 de 1974 y los artículos 19 y 20 del Decreto 1004 de 1974. Considera el accionante que las normas acusadas violan el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, por haberse excedido el ejecutivo en la potestad reglamentaria al crear un organismo asesor que no estaba previsto en la ley reglamen-

tada y en apoyo de su aserto transcribe jurisprudencias del Consejo de Estado en donde se delimitan las facultades del Gobierno al reglamentar las leyes.

Es cierto, como lo afirma el actor, que la potestad reglamentaria ha sido establecida por la Constitución para que el Presidente de la República esté dotado de los instrumentos necesarios para lograr la cumplida ejecución de las leyes, pero es obvio que dicha potestad encuentra sus limites en la misma ley reglamentada, pues el Gobierno no puede por este medio modificar las disposiciones legales, ampliarlas, ni crear organismos que no estén expresamente previstos en la ley que se reglamenta.

Los artículos de los decretos cuya nulidad se están demandando en este proceso se refieren a la creación de un organismo que se denominará Consejo Superior del Subsidio Familiar y que servirá como entidad asesora del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. En dichos artículos se reglamenta la integración del Consejo, la forma de elección de sus integrantes, sus funciones y competencias, de suerte que para efecto de este estudio los cuatro artículos acusados integran un todo que tiende a la creación y funcionamiento de un organismo estatal.

Según el artículo 1º del Decreto 1049, el artículo 17 del Decreto 1004, orgánico del Consejo Superior del Subsidio Familiar, quedará así: "para que sirva como entidad asesora del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar, créase un organismo que se denominará Consejo Superior del Subsidio Familiar...".

De acuerdo con las normas legales vigentes sobre la materia el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social ejerce la vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar y para el cumplimiento de esa función debe actuar a través de la estructura propia del Ministerio, tal como se encuentra consagrada en los decretos leyes pertinentes. Pero el Decreto 1004 de 1974, modificado y adicionado por el 1049 del mismo año, resolvió crear un organismo nuevo, desde luego adscrito al Ministerio del Trabajo, para que asesorara a esta unidad administrativa "en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar", como lo dice el artículo 17 del Decreto 1004, modificado por el 1049 de 1974.

Igualmente el artículo 19 del Decreto 1004 de 1974 consagra que dicho Consejo Superior actuará como organismo técnico "en especial para lograr el sometimiento de las Cajas a los fines propios del subsidio, de acuerdo con las normas legales...".

Como fácilmente se percibe el cumplimiento de las funciones de vigilancia y control y el sometimiento de las Cajas a los fines propios del subsidio, son objetivos que presuponen una competencia decisoria, pues de lo contrario el organismo creado carecerá por entero de utilidad alguna en el orden administrativo. Es, pues, este Consejo Superior parte de la estructura misma del Ministerio del Trabajo para el cabal cumplimiento de sus funciones y competencias.

Este supuesto estima la Sala Unitaria que al crear el Decreto 1004 de 1974 este Consejo Superior del Subsidio Familiar, así como al mo-

dificarlo por medio del Decreto 1049 del mismo año en aquellos artículos acusados en el presente juicio, el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria que le otorga el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y violó igualmente la Ley 56 de 1973, que se reglamenta en los decretos antes citados, porque ni dicha ley creó ni autorizó crear organismo alguno para asesorar al Ministerio del Trabajo en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar, ni para lograr el sometimiento de éstas a los fines propios del Subsidio, ni le era dable al ejecutivo, so pretexto de reglamentar la ley, introducir un organismo nuevo dentro de la estructura del Ministerio del Trabajo, porque tal competencia corresponde al Congreso, mediante leyes, como lo prevé el artículo 76 de la Carta, en cuya regla novena establece como competencia del órgano legislativo "determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos...".

Para llegar a las conclusiones anteriores no ha sido necesario el empleo de complicadas operaciones lógicas o difíciles lucubraciones de orden jurídico, porque la contradicción de las disposiciones acusadas con las normas superiores analizadas es de tal claridad que aparece ostensible la violación de aquellas normas por los actos acusados.

Por las razones expuestas se decreta la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 1049 de 1974 en cuanto reformó los artículos 17 y 18 del Decreto 1004 de 1974, así como los artículos 19 y 20 del Decreto 1004 de 1974.

Cópiese y notifíquese.

Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. — Ley 20 de 1979. Artículo 26, para hacerse acreedor el contribuyente al tratamiento especial en ella consagrado; éste deberá probar dentro del término allí señalado, que se encuentra a Paz y salvo con los impuestos de renta y ventas, pero no indica la ley el medio probatorio por el cual tal hecho debe demostrarse, el cual obviamente debe ser en principio, el respectivo certificado, debidamente expedido por las autoridades tributarias competentes. Suspensión provisional del ordinal 4º, literal b) de la instrucción Nº 006, de 19 de junio de 1979 de la Dirección General de Impuestos Nacionales, subdirección jurídica, Sección Relatoría, que dice:

"4) *No se tramitará la solicitud, cuando se presenten fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o no autenticados".*

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

Referencia: Expediente Nº 6370. Nulidad y suspensión provisional del ordinal 4º, literal b) de la Instrucción Nº 006 de 19 de junio de 1979 de la Dirección General de Impuestos Nacionales. Actor: Vicente Amaya Mantilla.

Por encontrarse ajustada a la ley debe admitirse la demanda presentada por el señor Vicente Amaya Mantilla, en ejercicio de la acción pública, para obtener la declaratoria de nulidad del ordinal 4º, del literal b), de la Instrucción Nº 006, de 19 de junio de 1979, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, Subdirección Jurídica, Sección Relatoría, ordinal que textualmente dice:

"4º) No se tramitará la solicitud, cuando se presenten fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o no autenticadas".

Como el actor solicita que además se decrete la suspensión provisional, se procede a resolver dicha solicitud, previas las siguientes consideraciones:

Hechos

"Fundo las anteriores solicitudes —afirma el demandante— en los siguientes hechos:

"*Primero*: El Congreso de la República en uso de las facultades que le confiere el artículo 79 y siguientes de la Constitución Nacional, expidió la ley 20 de abril 16 de 1979, en cuyo artículo 26 consagró un beneficio especial en favor de los contribuyentes del impuesto sobre la

renta que, habiendo interpuesto recursos gubernativos, éstos cumplieron a primero de noviembre de 1978 dos años o más de presentados sin haber sido resueltos. En tal evento, dispone la norma, quedarán en firme las liquidaciones privadas y las practicadas para reclamar según el caso, sin necesidad de pronunciamiento previo.

"*Segundo*: La precitada disposición legal exige, para acceder al beneficio en ella consagrado, que el contribuyente pruebe la fecha de interposición del recurso y que, a más tardar dentro del cuarto mes siguiente a la fecha de entrar a regir la ley, se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos, recargos y sanciones en materia de renta y complementarios y ventas. Para tal efecto, no es requisito cumplir con los presupuestos procesales del respectivo recurso.

"*Tercero*: La Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, expidió la instrucción Nº 006 de junio 19 de 1979, en cuyo literal b) dispuso que no procedería conceder la amnistía anteriormente señalada, y no se tramitaría la solicitud correspondiente, si se presentan 'fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o no autenticadas', conforme se lee a la altura del ordinal número 4 de dicho literal.

"Resulta empero que el citado despacho administrativo no puede, en uso de sus facultades de interpretación de las disposiciones tributarias, llegar hasta el punto de modificar o adicionar las leyes de la República. Al pretender modificar las normas legislativas al respecto, hizo uso de una facultad privativa del Congreso Nacional, violó la Constitución, y de consiguiente, su disposición es nula".

Disposiciones violadas

Sostiene el libelista que el aparte acusado viola los artículos 32 de la Ley 52 de 1977, 26 de la Ley 20 de 1979, 254 del Código de Procedimiento Civil y 61 del Decreto 1651 de 1961, y expone así los fundamentos de las transgresiones:

"El artículo 26 de la Ley 20 de 1979, a la altura del ordinal segundo, exige que el contribuyente que desee acogerse al tratamiento previsto en la norma, 'se encuentre a paz y salvo por concepto de impuestos, recargos y sanciones, en materia de renta y complementarios y ventas', dentro del término allí señalado. En modo alguno esta disposición señala el medio probatorio que debe considerarse idóneo para demostrar tal circunstancia.

"En tal circunstancia, el artículo 32 de la Ley 52 de 1977 remite a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstas sean compatibles con las leyes tributarias, dependiendo la idoneidad de los medios de prueba de las exigencias contenidas en las normas tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de unas y otras, de la mayor o menor conexión con el hecho y del valor de convencimiento que pueda atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

"Tomando en cuenta que el ordinal segundo del artículo 26 de la Ley 20 de 1979, meramente exige la prueba de que el contribuyente que se acoge a la amnistía allí consagrada se encuentre a paz y salvo,

sin que determine expresamente cuál ha de ser el medio por el cual puede y debe hacerse tal comprobación, mal puede la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, a través de una Instrucción Administrativa, señalar cuáles instrumentos probatorios, como lo son las fotocopias autenticadas o no de los Certificados de Paz y Salvo, no son idóneos, como en efecto lo ha hecho a través del ordinal cuarto del literal b) de la instrucción 006 de 1979.

"Al proceder en tal sentido, no solamente ha violado el artículo 26 de la Ley 20 de 1979 y el artículo 32 de la Ley 52 de 1977, pues se abrogó la facultad de legislar en concreto y en abstracto sobre la materia probatoria allí establecida por el Legislador, sino que también viola el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, aplicable plenamente a este asunto en desarrollo del principio establecido en la segunda norma mencionada, y según el cual las copias tienen el mismo valor probatorio del original, cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público, en cuyo despacho se halle el original o copia auténtica, 'y cuando se trate de reproducción que cumpla el requisito exigido en el artículo precedente' (ord. 1. *ib.*), es decir, previo el respectivo cotejo.

"De suerte que si, según la interpretación ilegal de la Dirección de Impuestos, un contribuyente presenta una fotocopia autenticada por el funcionario competente de un certificado oficial de Paz y Salvo, ese documento carece totalmente de validez. E igualmente, si la fotocopia no es autenticada, también se le deniega toda posibilidad probatoria, con lo cual igualmente se viola otra disposición legal, como lo es el artículo 61 del Decreto Extraordinario 1651 de 1961, norma que impone que se consulten los documentos originales que se guarden en las oficinas de impuestos, cuando el contribuyente los invoque como prueba. En este segundo caso, la fotocopia del certificado constituye por sí misma una invocación del documento expedido por las mismas oficinas de impuestos, por lo que, según la norma, debe consultarse. Al negar la Dirección de Impuestos este derecho, ha excedido la Ley y la ha modificado, como igualmente lo ha hecho al negarle toda validez probatoria a la fotocopia autenticada, según lo expresado, con lo cual se está señalando un procedimiento muy distinto al que contiene la norma legal, modificándola a través de una simple interpretación administrativa, lo cual conlleva no solamente la declaratoria de nulidad, sino también la suspensión provisional, todo lo cual muy respetuosamente solicito se declare por el H. Consejo de Estado".

Para resolver se considera

El artículo 26 de la Ley 20 de 1979 establece que en materia de impuesto sobre la renta y complementarios, quedarán en firme, sin necesidad de pronunciamiento previo, las liquidaciones privadas y las practicadas para reclamar acreditadas en recursos gubernativos que a 1º de noviembre de 1978 hubieran cumplido dos o más años de interpuestos sin haber sido resueltos, añadiendo textualmente:

"Para tener derecho al tratamiento previsto en este artículo el contribuyente deberá probar:

"1) La fecha de interposición del recurso.

"2) Que a más tardar dentro del cuarto mes siguiente a la fecha de entrar a regir la presente ley, se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos, recargos y sanciones, en materia de renta y complementarios y ventas".

La citada norma, por lo que dice referencia al punto particular de la demanda, simplemente señala que para hacerse acreedor el contribuyente al tratamiento especial en ella consagrado, éste deberá probar dentro del término allí señalado, que se encuentra a paz y salvo con los impuestos de renta y ventas, pero sin indicar el medio probatorio por el cual tal hecho deba demostrarse, el cual obviamente debe ser, en principio, el respectivo certificado debidamente expedido por las autoridades tributarias competentes.

Ahora bien: al confrontar el ordenamiento anterior con el texto del ordinal 4º acusado, que niega tramitar la solicitud "cuando se presenten fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o no autenticadas", el sustanciador encuentra patente y ostensible choque no sólo con el mencionado artículo 26, sino, principalmente, y por su íntima conexión, con las disposiciones contenidas en los artículos 32 de la Ley 52 de 1977 y 254 del Código de Procedimiento Civil, citados por el demandante, por cuanto con relación a la idoneidad de los medios de prueba, el primero, el 32, no descarta, sino antes autoriza expresamente la utilización en materia referente al impuesto de renta y ventas, de los medios probatorios señalados en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto no resulten incompatibles con los indicados en las normas tributarias; y, el segundo, es decir, el 254 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en desarrollo de lo dispuesto en el anterior, en cuanto confiere a las copias autorizadas por notario o funcionario público en cuyas oficinas se encuentre el original o copia auténtica, "el mismo valor probatoria del original".

Si es indudable que legalmente el documento público demostrativo de estar a paz y salvo con el impuesto, es el respectivo certificado oficial que así lo declara, también lo es que según las voces del artículo 254, las copias tienen el mismo valor probatorio del original, cuando son expedidas con los requisitos legales por notario o funcionario competente.

En el caso *sub judice*, mientras el artículo 26 de la Ley 20 de 1979 solamente exige al contribuyente probar que se encuentra a paz y salvo, sin restricción alguna en cuanto al medio probatorio idóneo, la norma acusada limita la amplitud probatoria consagrada en disposiciones de superior categoría.

Basta, pues, la simple confrontación de las normas en comento, para que surja en forma manifiesta y positiva la violación de normas superiores, hecho que hace posible la suspensión provisional impetrada.

Habiéndose encontrado acreditadas las condiciones exigidas por el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo para la declaratoria de la suspensión provisional, se dispone:

1º Admítese la demanda de nulidad presentada por el señor Vicente Amaya Mantilla contra el ordinal 4º, del literal b) de la Instrucción Nº 006, de 19 de junio de 1979, de la Dirección General de impuestos Nacionales, Subdirección Jurídica, Sección Relatoría.

2º Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

3º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 389 de 1978, córrase traslado personal al Sub-director Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

4º Fíjese en lista por el término de cinco días, para que el Ministerio Público, el demandante o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga.

5º Suspéndese provisionalmente el ordinal 4º, del literal b) de la Instrucción Nº 006, de 19 de junio de 1979, de la Dirección General de Impuestos Nacionales, Subdirección Jurídica, Sección Relatoría, que dice:

"4) No se tramitará la solicitud, cuando se presenten fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o no autenticadas".

Cópiese y notifíquese.

Alfonso Angel de la Torre.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ENCAJE. — La Junta Monetaria puede proponer la adopción de medidas de encaje al Fondo de Ahorro y Vivienda, pero no tiene la capacidad legal de adoptarlas. Suspensión provisional de los artículos 12 *y* 13 *de la Resolución* 30 *de* 1979 *expedida por la Junta Monetaria.*

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

(Conductor del proceso: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6381. Nulidad de los artículos 12 y 13 de la Resolución Nº 30 del 28 de marzo de 1979, expedido por la Junta Monetaria.

El doctor Rodrigo Noguera Laborde en uso de la acción pública de nulidad presentó demanda contra los artículos 12 y 13 de la Resolución 30 de 28 de marzo de 1979.

Habiéndose presentado la demanda en forma es pertinente su aceptación por reunir todos los requisitos de ley.

Las disposiciones acusadas dicen a la letra:

"Artículo 12. La posición de encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda sobre depósitos a término, cuentas de ahorros de valor constante y depósitos ordinarios, a que se refiere el artículo 6º del Decreto 1728 de 1974, el artículo 7º del Decreto 1414 de 1976 y el artículo 1º del Decreto 676 de 1977, se determinará para cada día en la siguiente forma: el encaje requerido se calculará con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a encaje que registre la respectiva institución durante los días hábiles de cada mes calendario. La cifra así determinada se comparará con las cifras diarias de las disponibilidades computables que presente la corporación durante el mismo período mensual".

"Artículo 13. El exceso o defecto diario de encaje se determinará de acuerdo con el procedimiento previsto por el artículo anterior. En estas condiciones se entiende que existe situación de desencaje o posición negativa de encaje cuando durante un mes calendario la suma de los defectos diarios sobrepase la suma de los excesos diarios de encaje".

El actor cita como disposiciones violadas el artículo 6º del Decreto 1728 de 1974, el Decreto 1110 de 1976 (artículo 6º), el artículo 120, numeral 14 de la Constitución Nacional, el 20 de la Constitución Nacional, el Decreto 2206 de 1963, el 9º y 10º del Decreto 677 de 1972, el 11 del Decreto 359 de 1973 y el artículo 23 literal a) de la Ley 7ª de 1973.

También solicita el actor suspensión provisional de los actos demandados con base en que existe violación manifiesta de varias de las normas citadas.

Para resolver se considera

Basta leer el tenor literal del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución para percibir una clara desviación de poder de parte de la Junta Monetaria en los actos acusados.

En efecto, corresponde al Presidente de la República "ejercer como *atribución constitucional propia,* la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales y jurídicas que tengan por objeto el manejo o el aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado", como en el caso de las corporaciones de ahorro y vivienda.

Es pues claro que la atribución constitucional propia del Presidente de la República no puede ser ejercida por la Junta Monetaria sin incurrir en una desviación o exceso de poder. De otro lado, esta clara interpretación del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional se corrobora con lo previsto por el artículo 6º del Decreto 1110 de 1976 pues la Junta Monetaria debe "estudiar y proponer el Presidente de la República las reglamentaciones de carácter general relacionadas con el manejo y liquidez de las entidades que reciben préstamos del Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI)". La Junta Monetaria puede proponer la adopción de medidas de encaje al FAVI, pero no tiene la capacidad legal de adoptarlas. Estas contradicciones entre el tenor de las resoluciones de la Junta Monetaria y el tenor de normas jurídicas superiores es indiscutiblemente manifiesta.

En mérito de lo expuesto, este despacho

Resuelve:

1º) Admítese la demanda;

2º) Suspéndese provisionalmente los artículos doce (12) y trece (13) de la Resolución treinta (30) de mil novecientos setenta y nueve (1979) expedida por la Junta Monetaria;

3º) Notifíquese al fiscal;

4º) Comuníquese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la Junta Monetaria;

5º) Fíjese en lista por el término legal.

Notifíquese y cúmplase,

Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

APORTES DEL SEGURO SOCIAL. — El Consejo Nacional de Seguros Sociales obligatorios, es quien tiene competencia para aprobar los proyectos sobre cambio en el valor de las cotizaciones de los distintos seguros, que previamente han debido ser elaborados por la Junta Administradora del mismo Instituto previo concepto del Superintendente de Seguros de Salud y para que estas modificaciones tengan su plena eficacia requieren de la aprobación del Gobierno Nacional.

Suspensión Provisional de la Resolución Nº 00281 de 1979 proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales.

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

(Consejera ponente: *Doctora Aydeé Anzola Linares*)

Referencia: Expediente Nº 3578. Autoridades Nacionales. Suspensión Provisional. Actor: Fabio Fernández Betancur.

Por reunir los requisitos exigidos por la ley, se admite la anterior demanda de nulidad presentada por el doctor FABIO FERNANDEZ BETANCUR.

En consecuencia se dispone:

1º Notifíquese personalmente al señor Director General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales.

2º Notifíquese al señor Fiscal Cuarto de la corporación.

3º Fíjese el negocio en lista, por el término de cinco (5) días para los efectos del ordinal 3º del artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

Suspensión provisional

Solicita el demandante se decrete la suspensión provisional del acto acusado, o sea, de la Resolución Nº 00281 de febrero 19 de 1979, proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual "se dictan algunas disposiciones sobre categorías de aportes del Seguro Social".

Como fundamento de tal medida provisoria, argumenta el actor, que el acto enjuiciado viola ostensiblemente normas de superior jerarquía y que se reúne, por tanto, lo que la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, exige para que sea viable tal suspensión.

Se observa que mediante el acto demandado, el Director General del Instituto de Seguros Sociales, revisa la Tabla de Cotizaciones y aportes de dicho Instituto, teniendo en cuenta para ello las siguientes consideraciones: "Que mediante Decreto 2831 de 1978 el Gobierno Nacional fijó nuevos montos del salario mínimo; Que el artículo 61 del Decreto Ley 0433 de 1971, faculta al Instituto para revisar las Tablas de Cotizaciones, ajustándolas a los límites del salario asegurable; Que el artículo 60 del mismo Decreto Ley 0433 de 1971, establece que el salario máximo asegurable no podrá ser inferior a veintidós (22) veces el salario mínimo legal; Que por las anteriores consideraciones se hace necesario revisar la Tabla de Cotizaciones y Aportes del Seguro Social actualmente en vigencia".

Considera el demandante que con la expedición del acto acusado se han violado los artículos 37 y 49 del Decreto 3041 de 1966, artículos 32 y 61 del Decreto Ley 0433 de marzo 27 de 1971, artículos 20 y 41 del Decreto Ley 1935 de septiembre 22 de 1973, artículo 8º del Decreto 2796 de 31 de diciembre del mismo año, artículo 36 del Decreto 770 de 1975 y artículos 22, 23, 43, ordinal d) y 55 ordinal c) del Decreto 1650 de julio 18 de 1977.

Sea lo primero anotar que la solicitud de suspensión provisional, deberá contraerse a establecer si la Resolución Nº 00281 de 1979, se adoptó con expresa transgresión de los lineamientos trazados sobre revisiones de las Tablas de Cotizaciones del Seguro Social por el Decreto 1650 de 1977, pues este último estatuto regula íntegramente dicha situación, más aún si se tiene en cuenta lo preceptuado por el artículo 131 del mismo decreto cuando expresa, que en lo pertinente se modifican las disposiciones contenidas en los Decretos 687 de 1967, 1935 y 2796 de 1973 y vigente desde febrero de 1979.

Prevé el literal c) del artículo 55 del citado Decreto 1650 de 1977, que corresponde a la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales, "Preparar los proyectos sobre cambio en el nivel de las cotizaciones de los seguros de salud, para posterior aprobación del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, previo concepto del Superintendente de Seguros de Salud". A su vez, el literal d) del artículo 43 del mismo decreto, atribuye entre otras funciones al Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, las de "Aprobar los proyectos sobre cambio en el valor de las cotizaciones de los distintos seguros y la proporción de los aportes para financiar las prestaciones y servicios a que dan derecho tales seguros, previo concepto del Superintendente de Seguros de Salud". Finalmente este mismo artículo preceptúa que "Para el ejercicio de las atribuciones señaladas en los ordinales b, c, d y e) del presente artículo, los actos expedidos por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios requieren para su validez la aprobación del Gobierno Nacional.

De otra parte el literal d) del artículo 57 del Decreto en referencia, entre las funciones del Director General del Seguro Social, contiene la de "Preparar los estudios y los proyectos sobre reglamento de los Seguros Sociales Obligatorios y de prestación de servicios que deba adoptar la Junta Administradora con aprobación del Consejo Nacional de Seguros Obligatorios".

Del análisis de las anteriores disposiciones se concluye, que es el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, que tiene competencia para aprobar los proyectos sobre cambio en el valor de las cotizaciones de los distintos seguros, que previamente han debido ser elaborados por la Junta Administradora del mismo Instituto previo concepto del Superintendente de Seguros de Salud y para que estas modificaciones tengan su plena eficacia requieren de la aprobación del Gobierno Nacional.

De lo anterior se concluye: Que la resolución objeto de la demanda (folios 14 a 17), fue proferida por funcionario sin competencia para ello, pues el Director General del Instituto de Seguros Sociales al expedirla se atribuyó facultades que no posee, dado que como ya quedó visto, en esta materia concreta, es el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios quien, según la ley, puede dictar normas sobre el particular, exigiéndose no obstante que medie previamente el concepto del Superintendente de Seguros de Salud y que además sea aprobado por el Gobierno Nacional, requisitos que no se han cumplido.

Como por este aspecto, es flagrante la violación entre el acto acusado y las disposiciones legales examinadas, es viable decretar la suspensión provisional impetrada, porque se reúnen los requisitos estatuidos en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo y exigidos por la doctrina constante de esta corporación sobre el particular, pues aparece *prima facie* la transgresión de las normas invocadas en la demanda por tratarse de una acción de nulidad.

En mérito de las consideraciones, anteriores, se

Resuelve:

Decrétase la suspensión provisional de la Resolución Nº 00281 de 19 de febrero de 1979, proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales.

En firme esta providencia, comuníquese al citado Instituto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aydeé Anzola Linares.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

IMPUESTOS. SUSPENSION PROVISIONAL. — Resulta manifiesto que el artículo 23 del Decreto Reglamentario número 1361 de 1976 excedió el alcance de la norma que dice reglamentar, por donde la calidad de renta líquida gravable a los certificados de desarrollo turístico, al paso que el artículo 2º del Decreto Legislativo número 2272 de 1974 se limitó a darle la calidad de renta gravable para sus beneficiarios directos.

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

Referencia: Expediente Nº 6546. Actor: Policarpo Castillo Dávila.

El ciudadano abogado, Policarpo Castillo Dávila, en ejercicio de la acción pública de nulidad ha formulado demanda ante esta Corporación para obtener la declaratoria de nulidad del artículo 23 del Decreto Reglamentario Nº 1361 de 1976.

Simultáneamente el demandante ha solicitado que se decrete la suspensión provisional de dicho artículo por considerar que el texto del mismo contiene una violación flagrante de lo previsto en el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 2272 de 1974 incurriendo el ejecutivo en exceso de su potestad reglamentaria, prevista por el artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional.

En primer término habrá que resolver sobre la solicitud de suspensión provisional y al efecto se tiene que el artículo acusado dice textualmente:

> "Efectos Tributarios de los Certificados. Los Certificados de Desarrollo Turístico no gozan de exenciones tributarias y constituyen renta líquida gravable para su beneficiario directo por su valor nominal".

Igualmente el texto del artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 2272 de 1974 es del siguiente tenor:

> "Los certificados de Desarrollo Turístico sirven para pagar por su valor nominal toda clase de impuestos nacionales, se emiten al portador, son libremente negociables, no devengan intereses ni gozan de exenciones tributarias y constituyen renta gravable para sus beneficiarios directos".

El actor con fundamento en las definiciones que sobre renta bruta y renta líquida trae el Decreto 2053 de 1974 considera que el artículo acusado excedió los alcances señalados por la norma reglamentada al disponer que los certificados de desarrollo turístico constituyen renta líquida gravable y no renta gravable como lo dispone la norma reglamentada.

Al efecto alega así el demandante:

"Si en el Decreto 2272 de 1974 se hubiere querido llegar a los extremos a donde llegó el Decreto 1361 de 1976, se habría dicho expresamente que la renta que constituían los certificados de Desarrollo Turístico era la renta líquida gravable, con sus tres vocablos que integran el concepto antes definido. Si el Decreto 2272 estableció que la calidad de la renta correspondiente a tales certificados, era la renta gravable, no hay base ninguna para extremar su calificación hasta la renta líquida gravable. Por el contrario, más parece un concepto para oponer al de renta exenta. Es decir, que está sometida a su conjugación para determinar la renta líquida gravable, pero por su inclusión dentro del monto de la renta bruta, restar las deducciones reconocidas por la ley, para llegar a la renta líquida restándole las rentas exentas, culminar en el monto de la renta líquida gravable a la cual se aplique la tarifa impositiva.

"Entonces, si el Decreto 2272 habla de renta gravable, no puede entenderse sino que debe incorporarse por el beneficiario en su declaración de renta dentro del concepto del total de ingresos para restar de ellos las deducciones reconocidas por la ley hasta llegar al concepto de renta líquida gravable. Porque este es restrictivo y por tanto no admite extensiones caprichosas aunque se apliquen con el pretexto de aclarar o interpretar.

"En consecuencia, el Gobierno al dictar el Decreto 1361 de 1976 se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en el texto del artículo 23 que le dio la calidad de 'renta líquida gravable' a la constituida por los certificados de Desarrollo Turístico que no le había dado ni la Ley 60 de 1968 ni el artículo 2º del Decreto 2272 de 1974".

Para resolver se considera

De las transcripciones anteriores y de la clara diferencia que existe legalmente entre la renta gravable y la renta líquida gravable, resulta manifiesto que el artículo 23 del Decreto Reglamentario Nº 1361 de 1976 excedió el alcance de la norma que dice reglamentar, por darle la calidad de renta líquida gravable a los certificados de desarrollo turístico, al paso que el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 2272 de 1974 se limitó a darle la calidad de renta gravable para sus beneficiarios directos.

Sin embargo, el texto total del artículo acusado está inspirado en el mismo sentido de la norma reglamentada y tan solo la inclusión de la palabra "LIQUIDA" es lo que desvirtúa la legalidad de la misma.

En esas condiciones es suficiente con suspender el término "LIQUIDA" para satisfacer el objetivo del demandante, sin necesidad de suspender la totalidad del artículo pues salvo dicha palabra, su texto se ajusta a los fines y alcances de la norma reglamentada.

En razón de lo anteriormente expuesto se resuelve:

1). Admítese la demanda de nulidad instaurada por el doctor Policarpo Castillo Dávila, contra el artículo 23 del Decreto Reglamentario Nº 1361 de 1976 del Gobierno Nacional;

2). Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público;

3). Córrase traslado personal al Sub-Director Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto Nº 0389 de marzo 1º de 1978;

4). Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para que el Ministerio Público el demandante o las personas que quieran coadyuvar o impugnar la acción puedan solicitar la práctica de pruebas y hacer valer los demás derechos que la ley les otorga;

5). Decrétase la suspensión provisional del término "LIQUIDA" que forma parte del texto del artículo 23 del Decreto Reglamentario Nº 1361 de 1976, quedando vigente el resto de la norma.

Cópiese y notifíquese.

Bernardo Ortiz Amaya.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

INSTRUMENTOS NEGOCIABLES. TITULOS VALORES. ENDOSO. IMPUESTOS. SUSPENSION PROVISIONAL DE LA CIRCULAR EXTERNA D B - NUMERO 82 DE 1979 EXPEDIDA POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. — "Los títulos valores emitidos a la orden, deben ser transferibles mediante el endoso y la entrega del mismo tal como lo establece el artículo 651 del Código de Comercio".

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

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Dávila Hernández*)

Referencia: Expediente Nº 6349. Actor: Bernardo Herrera Molina. Auto Interlocutorio.

La anterior demanda reúne los requisitos formales que establece el Código Contencioso Administrativo, por lo cual deberá admitirse.

Suspensión provisional

El demandante pide la suspensión provisional de la circular externa D B - Nº 82 de 1979, expedida por la Superintedencia Bancaria, en el aparte que dispone "los títulos valores emitidos a la orden, deben ser transferibles mediante el endoso y la entrega del mismo, tal como lo establece el artículo 651 del Código de Comercio".

Fundamento de la solicitud

El actor funda su solicitud en los razonamientos que sintetiza así:

"En forma igualmente respetuosa solicito la suspensión provisional de los efectos de la Circular acusada, por cuanto se reúnen a cabalidad los requisitos que el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo establece para ello. En efecto, la acción incoada es de simple nulidad y, de otra parte, el acto acusado viola manifiestamente las disposiciones legales citadas. Esto último se deduce sencillamente así:

"1º Según la Circular acusada los Bancos sólo pueden transferir o negociar los títulos valores a la orden mediante el endoso y la entrega. Pero de acuerdo con los artículos 652, 653, 664 y 666 del Código de Comercio, esta clase de títulos valores pueden también negociarse o transferirse por medios diversos del endoso. Luego hay una violación ostensible de esas disposiciones, que se comprueba con el simple cotejo del acto con tales normas.

"2º De acuerdo con el artículo 85 de la Ley 45 de 1923, modificado por el artículo 10 de la Ley 57 de 1931, los establecimientos bancarios tienen la facultad legal de *negociar* títulos-valores, incluyendo los que son a la orden, sin más limitaciones o restricciones que las establecidas por la ley. Pero ésta, en lugar de sujetar esa negociación únicamente a las formalidades del endoso, la permite a través de otros medios, según se anotó arriba. Luego, la Circular acusada introduce una restricción al ejercicio de una actividad bancaria que no está contemplada en la ley.

"3º Al tenor del artículo 19 de la Ley 45 de 1923, modificado por el artículo 1º de la Ley 57 de 1931, el Superintendente Bancario tiene solamente facultades para ejecutar las leyes y vigilar las actividades bancarias. Pero la circular acusada no es la ejecución de una ley, ni equivale a una vigilancia de las actividades bancarias, pues no consiste en el examen de actos o hechos cumplidos por los bancos sino en una 'prohibición' de actividades futuras. Luego, también se ha quebrantado *prima facie* aquella disposición legal".

Se considera

El artículo 651 del Código de Comercio citado por la Superintendencia Bancaria, establece:

"Los títulos valores expedidos a favor de determinada persona, en los cuales se agrega la cláusula 'a la orden' o se exprese que son transferibles por endoso, o se diga que son negociables, o se indique su denominación específica de título valor, serán a la orden y se transmitirán por endoso y entrega del título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 648".

Sin embargo, como lo señala el demandante, los artículos 652 y 653 de la misma obra prevén la posibilidad de transferir un título a la orden por medio diverso del endoso, cuando disponen:

"Artículo 652. La transferencia de un título a la orden por medio diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiera; pero lo sujeta a todas las excepciones que se hubieren podido oponer al enajenante.

"Artículo 653. Quien justifique que se le ha transferido un título a la orden por medio distinto del endoso, podrá exigir que el juez en vía de jurisdicción voluntaria haga constar la transferencia en el título o en una hoja adherida a él.

"La constancia que ponga el juez en el título, se tendrá como endoso".

En tales codiciones, la limitación establecida por el acto acusado, resulta opuesta, *prima facie*, a las transcritas disposiciones del Código de Comercio, por lo cual es procedente la impetrada suspensión provisional del acto acusado.

Por lo anterior se dispone:

1º) Admítese la anterior demanda.

2º) Decrétase la suspensión provisional de la circular externa D B Nº 82 de 1979, emanada de la Superintendencia Bancaria, en el aparte que reza: "De esta manera, los títulos valores emitidos a la orden, deben ser transferibles mediante el endoso y la entrega del mismo, tal como lo establece el artículo 651 del Código de Comercio".

3º) Comuníquese la admisión de la demanda y el decreto de suspensión provisional al señor Superintendente Bancario.

4º) Notifíquese al Agente del Ministerio Público.

5º) Cumplido lo anterior, fíjese en lista por el término y para los efectos que señala el ordinal 3º del artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Dávila Hernández.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PENSIONES. — Pagos. No se requiere que se dicten reglamentos en los cuales se establezcan las modalidades de la extensión de los servicios médicos a los parientes de los pensionados y el monto de los aportes por cuanto la misma ley no los exige. .

Suspensión provisional del artículo 7º del Decreto Reglamentario Nº 732 del 22 de abril de 1976 expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda. — Bogotá, D. E., noviembre catorce de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Alvaro Orejuela Gómez*)

Referencia: Juicio Nº 3723. Demandante: Rodrigo Rojas Carrasquilla. Decretos del Gobierno.

El señor RODRIGO ROJAS CARRRASQUILLA, obrando en su condición de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, presentó ante esta corporación demanda de nulidad del artículo 7º del Decreto número 732 del 22 de abril de 1976, reglamentario de la Ley 4ª del mismo año.

Como el libelo reúne los requisitos legales habrá de admitirse y en razón a que en éste se solicita la Suspensión Provisional del artículo acusado, esta Sala Unitaria procede a decidirla, previas las siguientes

Consideraciones

El precepto que se impugna es del siguiente tenor:

> "En los reglamentos de las entidades a cuyo cargo esté el pago de las pensiones deberán estar determinadas las modalidades de la extensión de los servicios médicos a los parientes de los pensionados y la cuantía de los aportes de que trata el artículo 7º de la Ley 4ª de 1976".

Considera el demandante que la norma transcrita viola manifiesta y ostensiblemente los artículos 76, numeral 9º y 120, numeral 3º de la Constitución Nacional, y el artículo 7º de la Ley 4ª de 1976, por cuanto arbitrariamente señala a las entidades a cuyo cargo está el pago de la pensión, la obligación de determinar las modalidades de la extensión, sin que la ley las incluya dentro de las obligadas, dejando por fuera a las entidades, patronos o empresas que tengan establecidas o establezcan las prestaciones médico asistenciales para sus

trabajadores activos directamente o por intermedio de Cooperativas, Sindicatos, Cajas de Auxilio, Fondos o Entidades similares.

Estima, igualmente, que los organismos obligados según la Ley 4ª de 1976, son las empresas, entidades y patronos que establezcan prestaciones y no las pagadoras de las pensiones.

El artículo 7º de la Ley 4ª de 1976, dispone lo siguiente:

"Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento que las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, y para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios.

"Parágrafo. En los servicios de que trata este artículo quedan incluidos aquellos que se prestan o se establezcan para los trabajadores en actividades por intermedio de Cooperativas, Sindicatos, Cajas de Auxilio, Fondos o Entidades similares, ya sea como auxilios, donaciones o contribuciones de los patronos".

El sentido de la disposición anterior es claro. Se persigue con ella darle el mismo tratamiento a los pensionados del sector público, oficial, semioficial, y privado, así como a los familiares que dependen económicamente de ellos, en relación con los afiliados o trabajadores activos de las entidades, patronos o empresas, de acuerdo con los servicios que éstas tengan establecido o establezcan.

De allí que no sea acertada la apreciación que hace el actor al expresar que el artículo 7º de la Ley 4ª de 1976 no incluye a las Entidades a cuyo cargo está el pago de la pensión dentro de las obligadas a determinar las modalidades de la extensión de los servicios médicos a los familiares de los pensionados, dejando por fuera a las entidades, patronos o empresas que tengan establecidas o establezcan las prestaciones médico asistenciales para sus trabajadores activos, directamente o por intermedio de Cooperativas, Sindicatos, Cajas de Auxilios Fondos o Entidades similares, pues lo que realmente ocurre es que la norma superior, vale decir, la ley, señala que los pensionados tendrán derecho a gozar de tales servicios, según lo estatuyan los Reglamentos de las entidades obligadas, sin distinguir si se trata de las instituciones a cuyo cargo está el pago de la pensión o de las "entidades, patronos, o empresas que tengan establecidos o establezcan las prestaciones médico asistenciales".

No es, por tanto, desde ese punto de vista expuesto por el actor como pueda configurarse la violación *prima facie* de la ley por parte de la norma impugnada. Considera la Sala que lo que sí da lugar a ello o sea a la trangresión del artículo 7º de la Ley 4ª de 1976, aunque no está planteado en la demanda, es que el precepto impugnado, señala que en los reglamentos de las entidades a cuyo cargo está el pago de las pensiones, deberán éstas determinar las modalidades de

la extensión de los servicios médicos a los parientes de los pensionados y la cuantía de los aportes, cuando, en cambio, el artículo 7º de la Ley 4ª de 1976, afirma: "según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas", es decir, que no se requiere para darle aplicación a este ordenamiento legal que se dicten reglamentos en los cuales se establezcan las modalidades de la extensión de los servicios médicos a los parientes de los pensionados y el monto de los aportes, por cuanto la ley misma no los exige, por entenderlos ya determinados con anterioridad a su expedición.

Sobre el particular la Sala observa que en tratándose de una acción pública, en donde sólo se persigue la tutela del orden jurídico y no el interés de las partes contendientes, basta establecer si, realmente, existe o nó un ostensible quebrantamiento de la ley por parte de la norma reglamentaria en relación con la que se reglamenta. Esa la razón para que esta entidad haya examinado otros aspectos de la controversia que aunque no fueron considerados en el libelo, sirven de fundamento para decretar la Suspensión Provisional de la disposición enjuiciada.

Teniendo, pues, en cuenta, que el artículo 7º del Decreto número 732 de 1978 ordena una reglamentación no contenida en el artículo 7º de la Ley 4ª del mismo año, en el sentido de que en los reglamentos de las entidades a cuyo cargo esté el pago de las pensiones, deberán determinarse las modalidades de la extensión de los servicios médicos a los parientes de los pensionados y la cuantía de los aportes, lo que *prima facie* es manifiestamente violatorio de lo dispuesto en la referida ley, deberá decretarse la medida provisoria impetrada en la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sala Unitaria.

Resuelve:

Por venir ajustada a la ley admítese la anterior demanda presentada en su propio nombre por el señor RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

Comuníquese al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos de que trata el ordinal 3º del artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

Decrétase la Suspensión Provisional del artículo séptimo (7º) del Decreto Reglamentario número 732 del 22 de abril de 1976, expedido por el Gobierno Nacional.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Alvaro Orejuela Gómez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

ACTOS DE AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

SUSTITUCION PENSIONAL. — Evolución. Cuando hay lugar a disfrutarla.

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

(Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares*)

Referencia: Expediente: Nº 3472. Autoridades Departamentales. Actor: Luis Aníbal Cardona Restrepo.

LUIS ANIBAL CARDONA RESTREPO, por conducto de apoderado, instauró demanda de plena jurisdicción, ante el Tribunal Administrativo de Bolívar para que, previos los trámites legales pertinentes, se hagan las siguientes declaraciones:

"*Primero*: Que son NULAS las Resoluciones Nºs 77 - 132 (de 30 de mayo de 1977) y 78 - 357 (de 29 de mayo de 1978) proferidas ambas por la Caja Departamental de Previsión Social de Bolívar, las cuales están firmadas por los señores Gobernador del Departamento de Bolívar y Gerente de la Caja Departamental de Previsión Social".

"*Segundo*: Que como consecuencia de estas nulidades se restablezca en su derecho al señor LUIS ANIBAL CARDONA RESTREPO, restablecimiento que ha de consistir: a) en que se le reconozca el derecho que tiene a sustituir a su esposa legítima fallecida —MARIA FIGUEROA DE CARDONA— en el disfrute y goce de la pensión de jubilación que le había reconocido el Departamento de Bolívar; b) Que tiene derecho a que la pensión que se le sustituya sufra los reajustes ordenados por la ley 4ª de 1976, cuya aplicación se ordenó en el Departamento de Bolivar por medio de los Decretos Nºs 541 de 1977 y 112 de 1978, y c) Que se condene al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR y a la CAJA DEPARTAMENTAL DE PREVISION SOCIAL DE BOLIVAR, solidariamente, al cumplimiento de la sentencia dentro del plazo señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Los hechos, las normas legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 40 a 46 del informativo.

Surtido el trámite que corresponde a esta clase de procesos, después de que se produjo concepto fiscal favorable a las peticiones de la demanda, y el Tribunal del conocimiento, previo el examen de las normas que regulan el caso, accedió a lo solicitado en la demanda.

El negocio ha venido en consulta a esta corporación y como no se observa defecto de nulidad que invalide lo actuado, se pasa a resolverla, mediante las siguientes consideraciones:

Se trata de dilucidar si en el caso de estudio el demandante, tiene derecho a sustituir la pensión de jubilación de su finada esposa que le había sido reconocida por la Caja Departamental de Previsión Social del Departamento de Bolívar mediante la resolución que obra a folio 6. El actor demostró que su cónyuge falleció en dicha ciudad, el 17 de octubre de 1976, que dependía económicamente de este y en tal virtud considera que a la luz de lo previsto en las Leyes 134 de 1971, 12 de 1975 y 44 de 1977 tiene derecho a la prestación que reclama. Por su parte, el citado organismo sostiene en los actos acusados, después de efectuar un estudio de todas las normas legales que reglamentan lo relativo a la sustitución de las pensiones desde el año de 1968, que no hay lugar a la sustitución de la pensión solicitada.

Teniendo en cuenta lo anterior piensa la Sala que para decidir con acierto el punto que le ha sido planteado, es necesario llevar a cabo un examen y confrontación de los preceptos legales que regulan la sustitución pensional entre los cónyuges, para cuyos efectos, deberá comenzarse por transcribir el artículo 36 del Decreto 3135 de 1968, cuyo tenor es:

"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 correspondido *durante dos años* sin perjuicio de las prestaciones anteriores" (Se subraya).

Además, debe advertirse que de conformidad con el artículo 34 citado en la norma legal, antes transcrita, entre los beneficiarios que allí se relacionan están comprendidos, en primer lugar, el cónyuge sobreviviente quien tendrá derecho a la mitad de la pensión pues la otra mitad corresponde a los hijos legítimos y naturales del empleado o trabajador fallecido, en concurrencia estos últimos en las proporciones establecidas por la ley civil.

A su turno el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del estatuto anteriormente citado, en su artículo 92 dispone:

"Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, *su cónyuge* y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes al fallecimiento del pensionado" (Se subraya).

Como puede apreciarse, según el contenido de los preceptos transcritos, el respectivo cónyuge tenía derecho a sustituir al otro, en la pensión de jubilación invalidez o vejez, pero sólo por los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento.

Posteriormente se expidió el Decreto 434 de 1971, cuyo artículo 19 preceptúa:

"Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, *su cónyuge* (se subraya) y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de

estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante. tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo la respectiva pensión durante los *cinco* (5) *años subsiguientes*". (*Se subraya*).

Nótese que la diferencia entre la norma inmediatamente transcrita y las dos anteriores, sólo estriba en que en el segundo caso la sustitución de la pensión se amplió a los cinco años subsiguientes y sólo a este límite, siendo de observar que los preceptos examinados hablan en forma genérica del cónyuge supérstite o sobreviviente, lo cual quiere decir que cualesquiera de los dos, tenían derecho, a disfrutar de la respectiva pensión sustitutiva.

Se expidió después la Ley 33 de 1973 "POR LA CUAL SE TRANSFORMAN EN VITALICIAS LAS PENSIONES DE LAS VIUDAS" y en cuyo artículo 1º se lee: "Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez, o vejez, o un empleado o trabajador del sector público SU VIUDA PODRA RECLAMAR LA RESPECTIVA PENSION EN FORMA VITALICIA" (Mayúsculas de la Sala). El resto de las disposiciones de este estatuto que es de carácter especial, fija las bases para el disfrute de la prestación y su pérdida, así como para las sustituciones.

Como puede observarse el decreto anterior concedió la sustitución de las pensiones en forma vitalicia, pero sólo para las viudas, pues el título anteriormente transcrito y el contenido de la norma legal no deja duda alguna al respecto. Por esta razón acierta el Tribunal cuando afirma, en la sentencia consultada, que la intención del legislador denota claramente que lo que se quiso fue darle un tratamiento especial a las viudas, sin que hubiera variado la legislación anterior en cuanto concedía al cónyuge sobreviviente cuando es varón, la sustitución pensional primero por dos (2) años y después por cinco (5), pues en lo demás la nombrada Ley 33 de 1973 que entró a regir a partir de su sanción (1º de febrero de 1974) derogó en su artículo 4º todas las disposiciones que le sean contrarias, es decir, aquellas normas que dispusieran para la cónyuge viuda, el disfrute de la pensión en forma restringida como sucedía con anterioridad a su expedición.

Se dictó luego la Ley 12 de 1975, en cuyo artículo 1º se ordenó:

"*El cónyuge supérstite,* o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a *pensión de jubilación del otro cónyuge si éste falleciere antes de cumplir la edad cronológica* para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas". (Se subraya).

Lo anterior significa como también lo observa el Tribunal del conocimiento, que la pensión de jubilación a que se refiere este último estatuto, tuvo en cuenta una nueva situación, muy especial por cierto, pues consagró el disfrute de la prestación para cualquiera de los cónyuges, hombre o mujer, a fin de que se pudiera sustituir al cónyuge fallecido cuando éste hubiera cumplido el tiempo de servicio, así no tuviera la edad cronológica, lo cual quiere decir que suprimió un requisito, el de la edad, exigido en leyes anteriores. Empero, como esta

situación no encaja en el caso de estudio puesto que la cónyuge del demandante cuando murió ya estaba en goce de la pensión, necesario será concluir que ni éste ni los otros estatutos hasta ahora examinados son aplicables al caso de estudio.

Finalmente, se expidió la Ley 44 de 1977 cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 1º "A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto Ley 3135 de 1968 y del Decreto Ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y a la Ley 12 de 1975".

Según el contenido del precepto anterior, es indispensable para que haya lugar a la sutitución pensional, que el derecho se hubiera causado o haber disfrutado de aquélla. En el presente caso, el demandante, como ya se vio, a la luz de los estatutos legales antes transcritos, tenía derecho a la sustitución pensional durante cinco (5) años, pero como no la solicitó, mal podría afirmarse que la hubiera disfrutado. Empero como el derecho ya se había causado en favor de su cónyuge y éste venía percibiendo la pensión de jubilación, hasta el día de su fallecimiento que tuvo lugar el 17 de octubre de 1977, podría argumentarse que el demandante tiene derecho a sustituir a su cónyuge en el disfrute de la pensión vitalicia de jubilación. Ello no es posible porque ya se vio que las normas legales anteriores al año últimamente citado no le son aplicables y porque además, la mencionada Ley 44 de 1977 sólo comenzó a regir el 14 de diciembre del mismo año y para ese entonces el actor no se encontraba, como ya se apuntó, disfrutando de la pensión sustitutiva ni el derecho se había causado en su favor porque hasta la fecha en que se produjo el fallecimiento de su cónyuge (17 de octubre de 1976) el viudo sólo tenía derecho a gozar de la prestación aludida por cinco (5) años. Además, la pensión vitalicia solo había sido concedida, a virtud de la ley especial, a las viudas, como se vio al examinar la Ley 33 de 1973.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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:

REVOCASE en todas sus partes la sentencia consultada proferida en este juicio por el Tribunal Administrativo de Bolívar de 16 de abril de 1979 y en su lugar NIEGANSE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 26 de octubre de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

LOTERIAS Y RIFAS. — Diferencias. Rifa es el género y lotería es la especie. Las loterías son monopolios departamentales, pueden sortear premios en dinero, son permanentes,con sorteos semanales, sus utilidades se destinan exclusivamente a la asistencia social y pueden lanzar a la circulación billetes numerados en serie continua, fraccionados. Las rifas no constituyen monopolio departamental, poseen destinación distinta a las loterías, carecen de carácter permanente, no pueden verificar sorteos con premios en dinero y sus boletas son unitarias. Carácter permanente de una rifa. Ley 19 *de* 1932.

Nulidad de la Resolución Nº 03 *de* 22 *de enero de* 1975, *de la Secretaría de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá, por la que se autorizó a la Lotería de Bogotá para efectuar rifas durante los días* 15 *y* 30 *de cada uno de los meses de* 1975.

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

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 2883. Actor: Hernando López Pinilla.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, entidad que en este proceso se ha constituido en parte impugnadora, contra la sentencia de 8 de marzo de 1978, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de la acción de nulidad instaurada por el ciudadano y abogado Hernando López Pinilla, mediante la cual declaró la nulidad de la Resolución Nº 03 de 22 de enero de 1975, de la Secretaría de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá, por la que se autorizó a la Lotería de Bogotá para efectuar rifas durante los días 15 y 30 de cada uno de los meses de 1975, con un plan de premios que, además de unos en especie, comprendía un premio mayor de $ 500.000.00, en dinero, con destino a la adquisición de vivienda para el favorecido, premio éste que únicamente podía utilizarse para el fin indicado y bajo la supervisión del Gerente o de la Junta Directiva de dicha lotería.

Disposiciones violadas y concepto de la violación. El actor señala como transgredidas las disposiciones que en seguida se transcriben:

a) Inciso primero del artículo 3º de la Ley 19 de 1932, que dice:

"Desde la sanción de la presente Ley *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" (Subraya la Sala).

b) Artículo 2º del Decreto Reglamentario 537 de 1974, del siguiente tenor:

"Prohíbense las rifas con premios en dinero. Exceptúandose los sorteos de premios en dinero realizados por las Loterías Oficiales, los juegos, apuestas y sorteos de documentos autorizados por la ley.

"Parágrafo. Prohíbense las rifas de carácter permanente. Por tanto, ninguna persona, natural o jurídica, establecida o que se establezca en el país, puede organizar ni realizar rifas permanentes, ni lanzar a la circulación, ni tener, ni vender billetes de rifas fraccionados, en cualquiera cantidad que sea. Solamente las Loterías Oficiales establecidas o que se establezcan de acuerdo con la ley, pueden lanzar a la circulación y vender billetes fraccionados".

"....."

c) Artículo 3º *ibídem* de este contenido:

"Para efectos del artículo anterior, considérase como rifa permanente aquélla que, legalmente autoriza, realicen personas naturales o jurídicas, por sí o por interpuesta persona, en más de una fecha del año calendario, para uno o varios sorteos y para la totalidad o parte de los bienes o premios a que se tiene derecho a participar por razón de la rifa. Considérase igualmente de carácter permanente toda rifa, establecida o que se establezca como empresa organizada para tales fines, cualquiera que sea el valor de los bienes a rifar y sea cual fuere el número de establecimientos de comercio por medio de los cuales la realice".

En el concepto de la violación el actor comenta con respecto al inciso primero del artículo 3º de la Ley 19 de 1932:

"Esta norma, en forma expresa y clara prohíbe:

"PRIMERO. ....

"SEGUNDO. Repartir premios en dinero; y

"TERCERO. La permanencia de las rifas. Sólo permite las que se celebren ocasionalmente, siempre y cuando que no ofrezcan premios en dinero".

Agrega que la norma citada ha sido infringida por el acto acusado, puesto que por éste se le confiere a la Lotería de Bogotá licencia para realizar una rifa en los días 15 y 30 de cada mes de 1975, con lo que sin la menor duda se establece una rifa permanente, y que en un caso similar al presente dijo el Consejo de Estado: "Al autorizar un acuerdo el funcionamiento, por diez meses, de una rifa que pagará sus premios en mercancías, no autoriza una rifa ocasional sino permanente, disfrazada la permanencia bajo la máscara del término, el cual, una vez expirado, podría más bien ser renovado. Y es ostensible que una manera tal de proceder constituye lo que llaman los tratadistas fraude a la ley, porque implicaría una forma fácil de burlar sus pro-

pósitos. Es preciso, pues, concluir que una disposición así concebida viola el artículo 3º de la Ley 19 de 1932 y debe suspenderse el acto acusado" (Auto del 19 de febrero de 1943, ANALES, Tomo L. Página 209).

Sobre la violación de los artículos 2º y 3º del Decreto reglamentario, manifiesta el demandante:

"Este decreto, al reglamentar la Ley 19 de 1932, entre otras cosas, aclara que sólo las loterías y las apuestas y sorteos de documentos autorizadas por la ley, pueden rifar premios en dinero. Igualmente, repite la prohibición establecida por el artículo 3º de la Ley 19 de 1932, en el sentido de que sólo las loterías establecidas 'de acuerdo con la ley, pueden lanzar a la circulación y vender billetes fraccionados'.

"Por otra parte, ratifica también este decreto, sin hacer excepción de ninguna clase, la prohibición de las rifas de carácter permanente, prohibición que consagra para toda persona, natural o jurídica, establecida o que se establezca en el país. Esta ratificación expresa de la prohibición legal, está contenida en el parágrafo del artículo 2º, en la forma clara y expresa que ya vimos al transcribir la norma.

"Previendo igualmente el Decreto 537, el posible fraude a la ley de que habla el H. Consejo de Estado en la jurisprudencia que he citado, entró a definir en su artículo 3º lo que se entiende por rifa permanente, para efectos de la prohibición legal: 'Considérase como rifa permanente aquélla que legalmente autorizada, realicen personas naturales o jurídicas, por sí o por interpuesta persona, en más de una fecha del año calendario', y el acto acusado autoriza una rifa, para que efectúe sorteos todos los días 15 y 30 de todos los meses del año de 1975. Por esta razón, pues, tampoco es necesario detenernos aquí en argumentaciones en torno a la violación de normas superiores en que incurre el acto acusado; lo manifiesto de esta violación exime de todo esfuerzo dialéctico".

La suspensión provisional

En la primera instancia se denegó la suspensión provisional del acto acusado, mediante el siguiente razonamiento:

"Para la Sala no cabe duda de que esta es una rifa de carácter permanente, al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º del Decreto 537 de 1974, mas sin embargo no puede afirmarse que con ella se violen en forma manifiesta las disposiciones citadas ya que una de las excepciones a la prohibición legal como lo dice el mismo demandante, son los sorteos de premios realizados por las loterías oficiales, las cuales además son las únicas que pueden lanzar a la circulación y vender billetes fraccionados.

"Siendo como lo es la Lotería de Bogotá una lotería oficial, sería preciso un análisis más detallado y minucioso de las normas, para establecer el verdadero alcance de la excepción a la regla consagrada en el artículo 3º de la Ley 19 de 1932".

De la anterior negativa discrepó el Magistrado Alberto Moreno Gómez, en los siguientes términos:

"El proveído del cual respetuosamente discrepo, comparte el criterio del actor en cuanto a la violación de dichas normas, que se desprende del carácter permanente de la referida rifa. Sin embargo, pone en duda la facultad que para ello tiene la Lotería de Bogotá y colige de ahí que el quebrantamiento de las disposiciones enunciadas no es ostensible.

"En mi opinión, una cosa es que la ley permita la exclusividad de las Loterías oficiales para la realización de ciertas rifas, y otra que esas mismas Loterías, por expreso mandato legal, deban sujetarse a lo que las leyes disponen sobre el particular; el privilegio de que gozan esas entidades, por tanto, no es absoluto, sino restringido".

El demandante interpuso el recurso de apelación contra el auto que negó la medida cautelar y le correspondió decidirlo a esta Sala, la cual en la respectiva providencia dijo: "Y en cuanto al quebranto del artículo 3º del mismo Decreto 537, no cabe duda para esta corporación, como no existió para el Tribunal, que la rifa autorizada es de carácter permanente, pero no por ello se puede predicar que el acto enjuiciado se oponga ostensiblemente a esta norma superior invocada como infringida por el demandante".

La sentencia recurrida

El *a quo* acepta el acto enjuiciado infringe los artículos 3º de la Ley 19 de 1932 y 3º del Decreto 537 de 1974, en cuanto a que la rifa para la cual se le concedió licencia a la Lotería de Bogotá es de carácter permanente. Lo mismo dice con respecto al artículo 2º del decreto, del cual comenta:

"De la norma anterior se infiere que a las Loterías Oficiales sólo se les otorga el privilegio de 'lanzar a la circulación y vender billetes fraccionados', no el de organizar y realizar rifas permanentes, pues tal cosa les está vedada al decir el precepto citado, sin establecer ninguna excepción, que 'Por tanto, NINGUNA PERSONA, NATURAL O JURIDICA..., PUEDE ORGANIZAR NI REALIZAR RIFAS DE CARACTER PERMANENTE' " (se resalta).

En relación con la prohibición de las rifas con premios en dinero, el fallador de primer grado sostiene lo siguiente:

"Además, al estatuir el artículo 2º del Decreto 537 que las rifas con premios *en dinero* son prohibidas, y establecer la excepción a esa prohibición de los sorteos que realicen las Loterías Oficiales, se está indicando que las rifas que éstas realicen con premios en dinero no están prohibidas para las Loterías, como sí lo están para las demás rifas, sea que ellas se hagan por personas naturales o jurídicas. En otros términos: el artículo 3º de la Ley 19 de 1932 establece la prohibición de repartir premios en dinero, y lo propio hace el artículo 2º del Decreto 537 al reglamentar dicha ley. Sin embargo, se excluye de esa prohibición, por este último precepto, a las Loterías Oficiales. La disposición general es, pues, la de que las rifas en premios en dinero

no son permitidas para las personas naturales ni tampoco para las jurídicas. En cambio, lo están con la misma clase de premios, es decir, *en dinero* para las Loterías Oficiales.

"De lo anterior se deduce que las Loterías Oficiales solamente pueden realizar rifas con premios en dinero, no siéndoles permitido, por tanto, verificarlas con premios *en especie,* que es lo que aquí sucede, pues la totalidad de los premios ofrecidos en la rifa autorizada, por el acto acusado son de ese carácter. Así, los $ 500.000.00 para vivienda, incluso no pueden ser pagados en dinero, pues existe la prohibición expresa de hacerlo, según el artículo 2º de la resolución; los automóviles y los electrodomésticos, tienen también indiscutiblemente la naturaleza de premios en dinero".

El alegato de la mandataria del Distrito Especial de Bogotá. La representante judicial del Distrito Especial sustentó el recurso de apelación manifestando que la Lotería de Bogotá sí podía efectuar la rifa en la forma autorizada en la resolución impugnada y que no obstante rifarse $ 500.000.00 en dinero, esta suma estaba destinada a que el favorecido con ese premio adquiriera vivienda. Mas se trata de una afirmación, meramente enunciada, que la mandataria no desarrolla, carente, por lo mismo, de razones atendibles.

El concepto fiscal

En su vista de fondo el señor Agente del Ministerio Público encuentra que se halla plenamente acreditada en el proceso que la mencionada rifa tiene índole de permanente y por tanto solicita la confirmación del fallo recurrido, en el que en gran parte transcribe.

Consideraciones de la Sala

Como ya se vio el motivo determinante de la acción lo hace consistir el demandante en que la licencia otorgada a la Lotería de Bogotá contraría la prohibición que hacen los artículos 3º de la Ley 19 de 1932 y 2º y 3º del Decreto Reglamentario 537 de 1974, en el sentido de que haya rifas permanentes y que ellas sorteen premios en dinero.

El carácter permanente de la rifa

Fácilmente se deduce que al concedérsele licencia a la Lotería de Bogotá, que está organizada como empresa industrial y comercial del Distrito Especial de Bogotá, para realizar una rifa durante los días 15 y 30 de cada mes de 1975, fueron quebrantados las normas que sobre el particular se citan en la demanda. El solo cotejo de ellas con el acto impugnado pone de presente que media un franco quebranto de dichas disposiciones.

A no dudarlo, la resolución acusada está en abierta oposición con la prohibición de que haya rifas permanentes, pues no otra cosa significa la licencia dada a la nombrada Lotería para verificar rifas bimensuales durante 1975.

Evidentemente, el artículo 3º de la Ley 19 de 1932 preceptúa escuetamente que *"ninguna rifa"* establecida o que se establezca en el país puede ser permanente, sin que este precepto legal consagre ex-

cepción alguna al respecto. Por tanto, en consonancia con el principio de hermenéutica jurídica de que donde la ley no distingue no le es dado hacerlo al intérprete, la prohibición comentada no admite salvedad alguna, así sea en favor de las Loterías Oficiales. De otra parte, el parágrafo del artículo 2º del decreto reglamentario ratifica la anterior prohibición absoluta, y el artículo 3º *ibídem* tiene como rifa permanente aquélla que se realice "en más de una fecha del año calendario" e igualmente considera "de carácter permanente toda rifa establecida o que se establezca como empresa organizada para tales fines, cualquiera que sea el valor de los bienes a rifar y sea cual fuere el número de establecimientos de comercio por medio de los cuales la realice".

Desde cuando fue resuelta la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, tanto el *a quo* como esta corporación estimaron que la mencionada rifa poseía carácter permanente. Y si se abstuvieron de decretarla fue porque para ello necesariamente habrían tenido que acudir a apreciaciones jurídicas ajenas a la naturaleza de esa clase de providencias.

Por último, como lo anota el actor, en un caso análogo al presente el Consejo de Estado, al decidir sobre la suspensión provisional de un acuerdo que autorizó una rifa durante diez meses, encontró que no se trataba de "una rifa ocasional sino permanente, disfrazada la permanencia bajo la máscara del término". Entonces consideró el Consejo que mediaba fraude a la prohibición que establece el artículo 3º de la Ley 19 de 1932 (Anales, Tomo L. Pág. 209, auto de 19 de febrero de 1943).

Por el aspecto relativo a que la rifa tenía carácter permanente, la Sala encuentra que el cargo está comprobado.

El llamado premio en dinero

El plan de premios de la rifa comprendía uno, el mayor, por valor de $ 500.000.00, para vivienda de la persona con él favorecido. Además de la destinación especial de este premio, la resolución enjuiciada estableció en el artículo 2º que su utilización se haría bajo el control del Gerente o de la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá. También reguló la resolución que los sorteos y la entrega de los premios se verificarían en la forma prevista en el respectivo plan, que los sorteos debían de ser presenciados por miembros de la Junta Directiva de la Lotería y por un funcionario designado por el Comité Asesor de la Secretaría de Gobierno del Distrito Especial y, finalmente, que debía remitirse el acta de la entrega de los premios a dicho despacho.

El análisis del plan de premios permite concluir que el mayor, por la suma de $ 500.000.00, no fue propiamente un premio en dinero sino, al contrario, en especie. Esto es rigurosamente cierto, pues la persona beneficiaria no iba a recibir dinero sino una vivienda, todo bajo el régimen de supervisión a que se ha aludido, que garantizaba suficientemente la destinación habitacional.

En consecuencia, como el caso de autos no registra en realidad de verdad el sorteo de un premio en dinero, sobran las consideraciones atinentes a toda transgresión de normas superiores de derecho

por este motivo. Con todo, la Sala estima que no es acertada la aseveración del *a quo*, en el sentido de que las rifas que las Loterías Oficiales realicen solamente puedan consistir en premios en dinero y no en especie, pues esa conclusión no fluye de una adecuada interpretación de los artículos 3º de la Ley 19 de 1932 y 2º y 3º de su decreto reglamentario, según lo antes visto.

Diferencia entre loterías y rifas

Para los efectos relacionados con esta providencia conviene establecer las características que diferencian las loterías y las rifas.

El Diccionario de la Lengua Española —decimoséptima edición— define como *rifa* el "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 ha estimado". A su vez, se refiere a *lotería* como una especie de rifa. Conforme la etimología de estas palabras, rifa es el género y lotería es la especie.

La legislación colombiana se ha referido, en forma separada, a las loterías, las rifas, las apuestas, etc. De esta manera ha distinguido, como modalidades especiales, a las loterías y a las rifas. Así, por ejemplo, se mencionan el numeral 2º del artículo 7º de la Ley 12 de 1932, que dispone: "Un impuesto del cinco por ciento (5%) sobre el valor de los billetes de rifas y del diez por ciento (10%) del valor de los billetes de lotería.....", y el ordinal d) del artículo 7º de la Ley 20 de 1979, que al hablar de las ganancias ocasionales hace la siguiente enumeración: "Las provenientes de loterías, rifas, apuestas y similares.....". Además, las Leyes 64 de 1923, 133 de 1936, 93 de 1938, 44 de 1946, 24 de 1969, 9ª de 1970 y 12 de 1973; los Decretos 2067 de 1940 y 1140 de 1943, y la Resolución Nº 150 de 1946, del Depto. de Asistencia Social del entonces Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social, entre otras disposiciones, se refieren a las loterías, como tales. En cambio, las leyes 19 de 1932 y 2ª de 1975, también entre otras, aluden a las rifas, en esta específica denominación. Aquí conviene advertir que en cuanto a las rifas su única regulación radica en el artículo 3º de la Ley 19 de 1932, señalado como quebrantado en este proceso.

Las loterías son monopolios de los Departamentos; pueden sortear premios en dinero; son permanentes, con sorteos semanales; sus utilidades se destinan exclusivamente a la asitencia social y pueden lanzar a la circulación billetes numerados en serie contínua, fraccionados. Las rifas, al contrario, no constituyen monopolio departamental, poseen destinación distinta a las loterías, carecen de carácter permanente, no pueden verificar sorteos con premios en dinero y sus boletas son unitarias.

Lo anterior es sin perjuicio de las loterías que la ley autorice, en forma no permanente, con sujeción o sin ella a las prescripciones sobre la materia, en casos especiales, tales como efemérides de ciudades, conmemoraciones varias, acontecimientos singulares y construcción de obras. Enumerativamente se citan la celebración del centesimoquincuagésimo aniversario de Chiquinquirá, el IV Centenario de Villa de Leiva, la construcción de obras y desarrollo de los municipios de

Sincelejo, Montería, Girardot, Barranquilla y Medellín, etc. Igualmente es sin perjuicio de los sorteos extraordinarios que las loterías pueden celebrar.

En todo caso hay una distinción normativa entre loterías y rifas. Y no sólo normativa, sino práctica y real, pues la distinguen los adquirentes o usuarios de unas y otras. Esta diferencia es del dominio público.

Falta advertir que, aunque está demostrado en los autos (folio 56) que solamente se efectuaron tres sorteos de la rifa, en los días 30 de agosto y 15 y 30 de septiembre de 1975, y que la licencia solamente fue concedida para este año, se hace necesario proferir un fallo de mérito porque el acto acusado no ha sido revocado ni anulado.

Son suficientes las consideraciones que anteceden para concluir que debe confirmarse la sentencia que se revisa, en cuanto al aspecto relacionado con el carácter permanente de la rifa, y, por otro concepto, en lo demás.

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,

Falla:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

En firme esta sentencia devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y nueve.

Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, (salvó voto); *Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

LOTERIA OFICIAL. — El artículo 3º de la Ley 19 de 1932 no impide a una Lotería Oficial la organización de rifas con premios en especie y billetes no fraccionados así tenga ésta un carácter permanente. Esta disposición hace parte del régimen legal que estableció el monopolio de las Loterías a favor de los Departamentos con el fin de obtener recursos destinados a la beneficencia pública.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente: 2883 (C. P. doctor Pérez Velasco).

Discrepo de la decisión mayoritaria por las siguientes razones:

Para apreciar el alcance del artículo 3º de la Ley 19 de 1932 es preciso no olvidar que esa disposición hace parte del régimen legal que estableció el monopolio de las loterías a favor de los Departamentos con el fin de obtener recursos destinados a la beneficiencia pública.

El artículo en mención dice: "Ninguna rifa establecida o que se establezca con el País puede lanzar a la circulación, ni tener, ni vender ni repartir ningún premio en dinero, en cualquier cantidad que sea, ni podrá ser de carácter permanente".

Dentro del contexto indicado, el precepto transcrito viene a ser norma reiterativa y complementaria del monopolio legal establecido. En efecto, la modalidad de rifa a la cual se refiere la disposición, corresponde exactamente con el concepto legal de lotería (premio en dinero, billetes fraccionados y carácter permanente). Por lo tanto, la norma no tiene sentido distinto al de prohibir la explotación, *por los particulares,* de este tipo de rifas, equivalentes a loterías, por la sencilla razón de que tal es el objeto del monopolio.

Si la prohibición dirigida a los particulares sólo comprende las rifas que tengan el carácter específico de loterías, ello significa que los particulares están autorizados para realizar otras modalidades diferentes de rifas, en las cuales los premios no sean en dinero, los billetes no sean fraccionados y que no tengan carácter permanente. Si ello es así, en relación con los particulares no habría razón válida que impida a las organizaciones públicas de beneficencia organizar también este otro tipo de rifas, en concurrencia con los particulares, previo el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias pertinentes. Más aún: dichas organizaciones, dado el alcance y fines que tiene la institución del monopolio estarían habilitadas para darle a estas rifas un carácter permanente, pues lo que pretende la ley es im-

pedir a los particulares y no a las entidades de beneficiencia, la organización de negocios permanentes en función de rifas.

Así las cosas, en mi concepto el artículo 3º que se comenta no impide a una lotería oficial la organización de rifas con premios en especie y billetes no fraccionados así tenga ésta un carácter permanente, como es el caso de autos. Por lo tanto, el acto que es objeto de la pretensión de nulidad no es violatorio de la citada disposición y, en consecuencia, el fallo debió revocar la sentencia de primer grado y denegar las peticiones de la demanda.

Carlos Galindo Pinilla.

Bogotá, octubre 17 de 1979.

CAPITULO SEGUNDO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

IMPUESTO DE CONSUMO A LOS LICORES NACIONALES QUE SE ELABOREN O SE INTRODUZCAN A UN DEPARTAMENTO. — La facultad de que disponen las Asambleas para imponer tributos, llámanse éstos impuestos o contribuciones, no es discrecional, sino subordinada a mandamientos legales superiores que determinan, específicamente el número, clase y calidad de los gravámenes que puedan ser creados por los Departamentos, pues así lo dispone como norma colocada sobre todas las demás regulaciones legales, el artículo 191 *de la Carta.*

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, agosto dieciséis de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Alfonso Angel de la Torre*)

Referencia: Expediente Nº 6190. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales. Apelación auto de 24 de abril de 1979 del Tribunal de Santander. Nulidad y suspensión provisional Ordenanza número 039 Asamblea Departamento de Santander.

El doctor José Domingo González Ariza, en calidad de Director de la Oficina Jurídica del Departamento de Santander, condición que no acredita con apoyo en el artículo 89 del Código Contencioso Administrativo que autoriza a cualquier persona para pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar acciones de nulidad de actos administrativos interpuso como impugnador recurso de apelación contra el auto de fecha 24 de abril de 1979 del Tribunal Administrativo de Santander por medio del cual se decretó la suspensión provisional de la ordenaza número 039, de 11 de diciembre de 1978, de la Asamblea de Santander, "Por la cual se fija el impuesto de consumo a los licores nacionales que se elaboren o se introduzcan al Departamento", recurso que entra la Sala a resolverlo de plano, de conformidad con lo ordenado en el artículo 96 del mismo Código Administrativo previa advertencia de que el impugnador no lo sustenta en forma alguna, ya que simplemente se limita a interponerlo.

El demandante y el Tribunal consideraron que con la Ordenanza 039 se violaron disposiciones del Decreto 2956 de 1955 y los artículos 97, ordinal 3º y 98, ordinal 5º, del Código de Régimen Político y Municipal.

El concepto de violación manifiesta para sustentar la solicitud de suspensión provisional, lo expone el actor en los siguientes términos:

"La suspensión provisional de la Ordenanza 039 de 1978 es procedente porque no está prohibida y porque tal acto viola manifiestamente la Constitución y las leyes colombianas, como se verá a conti-

nuación, *'prima facie'*, es decir, sin más raciocinio que la comparación de la norma acusada con la Constitución y la ley.

"La manifiesta ilegalidad e inconstitucionalidad se aprecia como sigue:

"a) La atribución de fijar contribuciones, en forma exclusiva es del Congreso de la República, al tenor de lo dispuesto por los artículos 43, 76 y 191 de la Constitución Política de Colombia.

"Las Asambleas Departamentales sólo tienen una facultad de carácter tributario derivada de una previa autorización legal. En este sentido ordena el artículo 191 de la Constitución que:

" 'Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les corresponden podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley (artículo 56 del Acto Legislativo número 3 de 1910)'.

"La existencia de la autorización legal que permita a los departamentos percibir un impuesto dentro de los límites que señale tal ley, impide a las Asambleas fijar tarifas para el impuesto de consumo u otro tributo especial sobre vinos y licores nacionales, porque para ello no tienen competencia.

"La atribución de las Asambleas en materia impositiva es como lo indica el Consejo de Estado 'aparente', pues deben atenerse a las prescripciones de la ley en cuanto a la materia gravada, las tarifas, el destino, etc. Una vez definida por la ley esta situación le cabe a la Asamblea la facultad de decidir si el artículo se grava o no, es decir, si incluye o no dentro de las rentas departamentales el producto del impuesto establecido y precisado por la ley.

"En cuanto al tema de los impuestos sobre vinos nacionales la ley sólo ha establecido sobre ellos el impuesto de *ventas* en virtud del Decreto 2368 de 1974 (Emergencia Económica artículo 122 de la Constitución Nacional). Pero, a la fecha, la ley no ha decidido gravar el consumo de esos vinos nacionales, porque no ha señalado tarifas, destino, etc.

"En lo relativo al impuesto de consumo, sólo lo causan los licores y vinos extranjeros y los licores nacionales, en atención a lo dispuesto por los Decretos 131 de 1958 (Ley 141 de 1961) y 2956 de 1955 (Ley 33 de 1968). Comoquiera que los vinos nacionales no están comprendidos en las regulaciones de estos decretos, es evidente la conclusión de que no están gravados por consumo.

"b) La Ordenanza 039 de 1978, de la Asamblea de Santander viola abiertamente el sistema tributario nacional adoptado para los impuestos sobre bebidas alcohólicas (licores y vinos), porque establece tributaciones a los vinos nacionales, que están exentos por virtud de ley. Esta es una violación manifiesta de los artículos 97 ordinal 3º y 36 y 98 ordinal 5º del Código de Régimen Político y Municipal.

"c) La Ordenanza 039 de 1978, viola abiertamente el Decreto 2956 de 1955, que fijó el impuesto de consumo a los licores nacionales. La comparación de los textos legales (Decreto Legislativo 2956 de 1955)

con la Ordenanza 039, es suficiente para concluir, sin más discusión su manifiesta ilegalidad.

"*Decreto Legislativo Nº* 2956 *de* 1955 (Diario Oficial del 22 de noviembre de 1955).

"*Artículo* 8º. 'A partir del 1º de enero de 1956, grávase el consumo de licor destilado de producción nacional con la suma de $ 1.00 por cada botella de 720 gramos, que se dé al consumo dentro del territorio de la República o proporcionalmente por fracciones. Este gravamen constituirá el aporte de los departamentos, intendencias o comisarías para las obras que la corporación ejecuta en sus territorios, y se invertirá teniendo en cuenta el producto de esta contribución conforme al consumo de cada uno de los departamentos, intendencias y comisarías'.

"*Artículo* 9º. 'El producto del gravamen establecido por el artículo anterior se destinará exclusivamente a la Corporación Nacional de Servicios Públicos, con el objeto de cumplir los fines a que está destinada'.

"Frente a estas normas legales, la Ordenanza 039 de 1978, dispuso:

"*Artículo* 1º 'Fíjase como impuesto a los Licores Nacionales las siguientes tarifas: Aguardiente, Ginebra, Whisky, Coñac, Rones y Anisados, cualquiera que sea su presentación: cuatro pesos ($ 4.00) por cada 100 centímetros cúbicos o fracción. Para reparación de la maquinaria destinada a la conservación de las Obras Públicas Departamentales continúa vigente la sobretasa de un peso ($ 1.00) por cada 100 centímetros cúbicos o fracción a que se refiere este artículo'.

"Artículo 2º 'Anisados y sus similares, Cremas, Pousse Cafe, Vodka, Miniaturas cualquiera que sea su envase o presentación: Cuatro pesos (4.00) por cada cien centímetros cúbicos o fracción'.

"*Artículo* 4º 'Sabajones, manzanilla y similares: Tres pesos ($ 3.00) por cada cien centímetros cúbicos o fracción'.

"La ilegalidad de la Ordenanza es protuberante porque modifica la tarifa legal del impuesto de consumo sobre licores nacionales.

"d) La Ordenanza 039 de 1978, de la H. Asamblea Departamental de Santander es abiertamente contraria a los artículos 97, ordinal 3º y 98 ordinal 5º del Código de Régimen Político y Municipal, porque grava 'artículos que son materia de impuestos de la Nación'.

"En efecto los Decretos 1968 de 1974 y 2368 de 1974, determinaron que los licores y vinos nacionales causan impuesto de ventas. El impuesto de ventas es un tributo de la Nación como se observa de la simple lectura de los decretos referidos.

"La vigencia de estos tributos a las ventas, la Ordenanza 039 de 1978, establece un impuesto adicional y departamental de consumo sobre los licores y vinos nacionales, sin que medie ley que faculte a la Asamblea en forma *expresa* a establecer el doble tributo, con señalamiento de tarifas, destinación, etc.

"La existencia del impuesto de ventas (Decreto 1988 de 1974 y 2368 de 1974) implica que la Asamblea de Santander no tenía en 1975

ni tiene hasta la fecha facultad expresa de origen legal para gravar artículos o industrias como son los vinos y licores de fabricación nacional con impuestos especiales. Al hacerlo en virtud de la Ordenanza 039 de 1978 violó manifiestamente las normas 97 y 98 del Código de Régimen Político y Municipal y el artículo 191 de la Carta".

El Tribunal razonó así para decretar la suspensión provisional:

"Conforme a la doctrina y a la jurisprudencia la facultad que le confiere el Legislador a la Justicia Contencioso Administrativa para suspender provisionalmente los actos cuya ilegalidad sea manifiesta, tiene el propósito cardinal de que se preserve, en todo tiempo y en todo lugar, el orden jurídico normativo como interés supremo de colectividad organizada en un Esatdo de derecho. Y sólo por vía derivada de esa finalidad fundamental puede predicarse que, en un caso concreto, el ejercicio de aquella facultad conduzca también al amparo de derechos particulares que hubiese vulnerado el acto manifiestamente contrario a norma de superior jerarquía.

"Como lo anota el Consejo de Estado, 'violación manifiesta de la ley o de normas de derecho positivo superiores a aquélla que se dice violadora, es la contradicción de ésta con las que se consideran violadas, y que aparece a primera vista, sin que para descubrirla sea necesario recurrir a razonamientos y disquisiciones profundas'.

"Según quedó visto la acción incoada es la de simple nulidad y se fundamenta, entre otras razones, en el desconocimiento del Decreto Legislativo número 2956 de 1955, en concordancia con los preceptos de la Carta y del Código de Régimen Político y Municipal antes anotados.

"Efectivamente, como lo anota el actor la facultad de que disponen las Asambleas para imponer tributos o establecer contribuciones no es discrecional sino que está regulada por los mandatos legales que determinan el número, calidad y clase de impuestos que pueden ser creados por los departamentos.

"En el caso que se examina, la Ordenanza Nº 039 de 1978, establece un impuesto de consumo de $ 4.00 por cada 100 centímetros cúbicos o fracción a los licores nacionales que se produzcan en el departamento o se introduzcan a él, igual gravamen para los vinos nacionales como champañas y vinos de uvas, y de $ 3.00 para los sabajones, manzanillas y similares.

"Lo anterior está en contradicción con lo dispuesto en el Decreto 2956 de 1955, por el cual se estableció el impuesto de consumo a los licores nacionales con destino a la Corporación Nacional de Servicios Públicos. En efecto, el artículo 8º de dicho decreto establece que: 'A partir del 1º (primero) de enero de 1956 grávase el consumo de licor destilado de producción nacional con la suma de un peso ($ 1.00) por cada botella de 720 gramos que se dé al consumo dentro del territorio de la República o proporcionalmente por fracciones. Este gravamen constituirá el aporte de los departamentos, intendencias y comisarías para las obras que la Corporación ejecute en sus territorios y se invertirá teniendo en cuenta el producto de esta contribución conforme al consumo de cada uno de los departamentos, intendencias y comisarías'.

"Se ve claramente que la Ordenanza número 039 de 1978 al fijar por sus artículos 1º, 2º, 3º y 4º gravámenes de $ 4.00 y $ 3.00 por cada 100 centímetros cúbicos o fracción de los licores y vinos nacionales que se produzcan en el Departamento o se introduzcan en él, violó la norma del Decreto 2956 de 1965 anteriormente transcrita, que sólamente estableció un impuesto de $ 1.00 por cada botella de 720 gramos.

"Pero además, la Ordenanza acusada no sólo desbordó los límites señalados en la ley en materia de licores nacionales, sino que estableció un nuevo impuesto no autorizado por la ley, el gravamen señalado en el artículo 3º sobre los vinos nacionales, y en estas condiciones no es raro que la suspensión provisional pedida haya de ser decretada. Fuera de que el vino de producción nacional ya está gravado con el impuesto de ventas, sin que haya autorización expresa para que sea doblemente gravado, tanto por la Nación (ventas) como por el Departamento (consumo), violándose así el artículo 97, numeral 8º del Código de Régimen Político y Municipal".

Para resolver se considera:

La Sala comparte el criterio del Tribunal de que la facultad de que disponen las Asambleas para imponer tributos, llámense éstos impuestos o contribuciones, no es discrecional, sino subordinada a mandamientos legales superiores que determinen específicamente el número, clase y calidad de los gravámenes que pueden ser creados por los Departamentos, pues así lo dispone como norma colocada sobre todas las demás regulaciones legales, el artículo 191 de la Carta al señalar que las Asambleas Departamentales "podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley", presupuestos que en el caso analizado se encuentran integrados particularmente, por las siguientes disposiciones:

Artículo 97, numeral 3º, del Código de Régimen Político y Municipal que autoriza a las Asambleas para organizar y establecer gravámenes, "pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley".

Artículo 98, ordinal 5º, *ibídem,* que refrenda la prohibición a las mismas, de "Imponer gravámenes sobre objetos o industrias gravadas por la ley".

Artículo 1º, literal c), Decreto Legislativo 2368 de 1974, que grava con impuesto de ventas a la tarifa del 15%, los "vinos nacionales y extranjeros asimilados a nacionales por convenios internacionales".

Artículo 8º, Decreto Legislativo 2956 de 1955, en cuanto grava "el consumo de licor destilado de producción nacional con la suma de $ 1.00 por cada botella de 720 gramos".

Fuera de las disposiciones ya relacionadas que demuestran claramente que los vinos y licores nacionales, elaboración de los primeros y consumo de los destilados, ya se encuentran gravados con impuestos nacionales, no conoce la Sala ni el impugnador apelante lo acredita, disposición legal alguna que faculte a las Asambleas para gravar tal clase de artículos o actividades de fabricación, incluido el consumo

de los mismos, razones que conducen a la conclusión de que en el caso *sub judice sí* se producen las violaciones manifiestas de las normas superiores que llevaron al Tribunal de Santander a decretar, con arreglo a derecho y en acatamiento a preceptos constitucionales y legales, la suspensión provisional del acto acusado.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Confírmase el auto objeto del recurso de apelación.

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

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

Jorge Dávila Hernández, (no asistió); *Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DE LOS ALCALDES



GERENTES O DIRECTORES DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS Y EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ORDEN MUNICIPAL. — Facultad del Alcalde para designarlos. Tienen estos funcionarios el carácter de Agentes del Alcalde. En virtud de ese carácter es incuestionable la facultad del Alcalde Mayor de Bogotá para designar a los Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas del Distrito en virtud de lo preceptuado en el artículo 16 *del De-Decreto* 3133 *de* 1966. *Ratificación de la Doctrina, vigente en esta Corporación.*

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

Sesión del día 17 de agosto de 1979.

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Referencia: 2965. Demandante: Personería de Bogotá.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió este proceso en primera instancia, mediante sentencia proferida el 22 de mayo de 1978, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º Declarase la nulidad del Decreto número 334 del 3 de abril de 1974, mediante el cual el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, 'Reglamenta la designación de directores o gerentes de establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del orden distrital como agentes del Alcalde Mayor de Bogotá, D. E., son de su libre nombramiento y remoción'. (Artículo 2º), "Para los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta, del orden distrital, que consagren en sus estatutos períodos fijos para sus gerentes o directores, la facultad consagrada en el artículo anterior será ejercida de acuerdo a las normas legales sobre la materia".

2º A las disposiciones de esta sentencia se dará cumplimiento dentro del término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo".

Las disposiciones del Decreto impugnado son las siguientes:

"Artículo Primero. *Los gerentes o directores de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del orden Distrital como agentes del Alcalde Mayor de Bogotá, D. E., son de su libre nombramiento y remoción.*

"Artículo Segundo. Para los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta, del orden Distrital, que consagren en sus estatutos períodos fijos para sus gerentes o directores, la facultad consagrada en el artículo anterior será ejercida de acuerdo a las normas legales sobre la materia".

Contra la providencia del Tribunal interpuso recurso de apelación el Alcalde Mayor de Bogotá, el cual se decide mediante este fallo.

La fundamentación de la providencia recurrida

Las razones del *"a quo"* fueron las siguientes:

"Desde el punto de vista constitucional y legal, la Sala no encuentra por parte alguna que el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá tenga la facultad de nombrar y remover a los Gerentes y Directores de los organismos descentralizados del Distrito, como pasa a verse.

Es cierto que conforme al artículo 199 de la Constitución y al artículo 1º del Decreto 3133 de 1968, el Municipio de Bogotá constituye un Distrito Especial, no sujeto al régimen municipal ordinario. En esto tiene toda la razón el Alcalde.

"En cuanto al artículo 2º del decreto antes mencionado, que prescribe que las mismas atribuciones que la Constitución y las leyes otorgan a las Asambleas y a los Gobernadores se entenderán conferidas al Concejo Distrital y al Alcalde, ello también es cierto, aunque la misma norma hace la expresa salvedad de que tal cosa puede ocurrir, 'EN LO PERTINENTE' ".

El Alcalde alega que siendo así que conforme a la Constitución (artículo 194, numeral 6º) los Directores y Gerentes de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales, "son agentes del Gobernador" y que (numeral 2º *ibídem*), éste tiene la atribución de "Dirigir la acción administrativa en el departamento, nombrando y separando sus agentes", lo propio puede hacer el Alcalde con relación al Distrito, a virtud de lo estatuido por el artículo 2º del Decreto 3133 de 1968.

No comparte la Sala la anterior apreciación del señor Alcalde, ya que con el mismo argumento podría ejercer las demás atribuciones que el artículo 194 de la Carta confiere a los Gobernadores, tales como ser representante judicial del Distrito (numeral 4º); revisar los actos del Consejo por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, etc., todo ello con el pretexto de que esas son funciones de los Gobernadores.

La norma contenida en el artículo 2º del Decreto 3133 a que antes se hizo alusión, es expresa al estatuir que el Alcalde del Distrito sólo puede ejercer las atribuciones que la Constitución y las Leyes confieren a los Gobernadores, en aquello que sea PERTINENTE. Y no es precisamente pertinente que el Alcalde Mayor, quien además tiene la obligación de cumplir y hacer que se cumplan, entre otros, los Acuerdos del Consejo Distrital (atribución 10ª, artículo 16, Decreto 3133), contribuya a su desconocimiento

y se autofaculte para ejercer unas atribuciones que ni la Constitución ni la Ley le han otorgado.

"La única atribución que con respecto a los organismos descentralizados tiene el Alcalde, consiste, al tenor del numeral 13 del artículo 16 del Decreto 3133 de 1968, en 'Coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, empresas distritales y comerciales, sociedades de economía mixta y fondos rotatorios del orden distrital. Los representantes del Distrito en las Juntas Directivas de tales organismos, con excepción de los representantes designados por el Concejo, son agentes del Alcalde". Es decir, que los únicos que tienen la calidad de agentes del Alcalde en los entes descentralizados, son los representantes del Distrito, no sus gerentes o directores, cuyo nombramiento proviene de la respectiva Junta Directiva del organismo.

Por lo hasta aquí visto, no encuentra la Sala, como al comienzo se anotó, que la facultad que se arroga el Alcalde para nombrar y remover Gerentes o Directores de entidades descentralizadas del Distrito emane de la Constitución o la Ley.

Tampoco el Alcalde puede, como lo sugiere el acto acusado, ejercer la atribución conferida a los gobernadores por el numeral 9º del artículo 194 de la Constitución Nacional, puesto que como allí mismo se advierte, ella solo puede ser ejercida "con sujeción a las normas del ordinal 5º del artículo 187", o sea, que el Gobernador (o el Alcalde Mayor de Bogotá) puede crear, suprimir o fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar sus emolumentos, pero conforme al ordinal 5º del artículo 187, es decir, previa disposición de la Asamblea (o el Concejo distrital), aunque con su iniciativa. Además, en este caso no se trata de creación de empleos o de señalamiento de funciones, luego las disposiciones citadas no vienen al caso.

Por último, establecido como está que el Alcalde no ejerce en este caso una facultad que provenga de la Constitución o de la ley, es preciso señalar que existe también violación por parte del acto acusado del artículo 192 de la Constitución, ya que los Acuerdos del Consejo del Distrito Especial de Bogotá, Nºs 15 de 1968, que creó el Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos: 72 de 1967, sobre la Empresa de teléfonos; 25 de 1972, Fondo de Ventas Populares; 30 de 1958 y 75 de 1960, Empresa distrital de Servicios Públicos; 19 de 1972, Instituto de Desarrollo Urbano, en que se faculta a las correspondientes Juntas Directivas para nombrar y remover a sus Gerentes o Directores, se encuentran vigentes y son por tanto obligatorios "mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

Podría afirmarse que como los Concejos (atribución 6ª artículo 197 Constitución Nacional) no tienen facultad distinta expresa a la de "Elegir personeros y tesoreros municipales y los demás funcionarios que la ley determine", el Consejo Municipal, y concretamente el Distrital, no puede nombrar o elegir funcionarios distintos a los Personeros y Tesoreros porque, en cuanto a "los demás", la ley no le ha otorgado esa atribución, ni la

Constitución tampoco, y por esta razón, tampoco puede otorgársele a la Junta Directiva de las Empresas Descentralizadas en lo que concierne con los Gerentes o Directores de éstas. Pero igualmente podría argüirse, que al Alcalde tampoco se le ha otorgado esa atribución por la ley, y que constitucionalmente, por virtud del inciso 6º del numeral 6º del artículo 194 de la Carta en cuanto se le da al Gobernador, no puede ejercerla, no sólo por no ser precisamente pertinente, según ya se vio, sino además por que existen unos Acuerdos del Concejo que están vigentes y resultan de obligatoria observancia (artículo 192 Constitución Nacional), acuerdos que no han sido derogados o anulados por acto igual, o por disposición, constitucional, legal, o mediante sentencia o providencia alguna de la jurisdicción contencioso-administrativa".

El Magistrado Carlos Octavio Rodríguez estuvo en desacuerdo con la resolución mayoritaria de la Sala y salvó su voto, donde expresó:

"El suscrito magistrado discrepa de la opinión mayoritaria de la Sala por las siguientes razones:

1º) *DE ORDEN LEGAL*

Artículo 2º Decreto Ley, Orgánico del Distrito Nº 3133 *de* 1968.

Contrariamente a lo que afirma la mayoría, en el sentido de que "desde el punto de vista constitucional y legal, la Sala no encuentra por parte alguna que el Alcalde Mayor de Bogotá tenga la facultad de nombrar y remover los Gerentes y Directores de los Organismos Descentralizados del Distrito", ésta facultad si la tienen en forma por demás expresa.

En efecto el artículo 2º del Decreto 3133 de 1968, orgánico del Distrito Especial preceptuó:

Artículo 2º "La administración del Distrito Especial no estará sujeta a las disposiciones de la Asamblea ni a las de la Gobernación del Departamento de Cundinamarca. *Las atribuciones administrativas que confieren a la Constitución y las leyes a las asambleas y a los Gobernadores se entenderán conferidas al Concejo y Alcalde Mayor de Bogotá en lo pertinente*" (se subraya).

Como resultado de ésta remisión legal debe aplicarse al Alcalde Distrital el aparte del ordinal 6º del artículo 194 de la Constitución que atribuye a los representantes en las Juntas Directivas de los organismos descentralizados y a sus Directores o Gerentes la función de ser sus agentes en la misma forma que la Constitución ordena para los representantes del Gobernador en las juntas y para los Directores o Gerentes de tales organismos. Esta norma constitucional pertenece al artículo 6º del Acto Legislativo número 3 de 1968, y por lo mismo constituye una norma derogatoria de la legislación preexistente. Debe recordarse cómo el espíritu de ésta reforma fue el de rescatar la autoridad del ejecutivo dispersa en las marañas de Juntas y Directo-

res de entes Descentralizados de todo orden Nacional, Dapartamental y Municipal".

En abono de su posición disidente transcribió y adujo las razones que tuvo la Corte Suprema para declarar la exequibilidad del artículo 2º del Decreto Ley 3133 de 1968 contenidas en la sentencia de 17 de julio de 1975 y las que sirvieron a la Sala de Consulta de esta Corporación para sustentar su concepto de febrero 11 de 1976.

Mas adelante agrega:

"La expresión 'En lo pertinente' Utilizada por el Legislador en el artículo 2º del Decreto Orgánico del Distrito.

Esta expresión ha dado pábulo a la demanda, a la coadyuvancia y a la decisión jurisdiccional para restringir el sentido del artículo 2º del Decreto Orgánico que atribuye al Alcalde las mismas facultades del Gobernador para nombrar y remover los Gerentes y Directores de los entes descentralizados. Ella no restringe la facultad del Alcalde ni traslada la competencia al Concejo. En lo pertinente significa que el Alcalde tiene las atribuciones del Gobernador, (que a éste le pertenecen según la Constitución) para nombrar y remover tales Gerentes porque el aparte del ordinal 6º del artículo 194 de la Constitución le ha dado esa facultad que a él y sólo a él le pertenece, es decir, "en lo pertinente". Y como el artículo 2º del Decreto 3133 de 1968, hizo una remisión al artículo 194 de la Constitución otorgando al Alcalde ésta facultad del Gobernador de nombrar y remover Gerentes y Directores, esa remisión constituye un símil legislativo que vino a reemplazar la facultad que le otorgaban los acuerdos Distritales a las Juntas Directivas de los entes descentralizados. Pero la sentencia restringe el vocablo y traslada una competencia, establecida por el legislador, al Concejo Distrital, entidad ésta que a partir del artículo 2º del Decreto 3133 de 1968 la perdió, con la transposición legislativa referida al cánon constitucional precitado (aparte 6º artículo 194 de la Constitución Nacional).

En este sentido ha debido expresarse la sentencia, manteniendo la legalidad del acto acusado y los poderes del Alcalde Distrital, derivados no de acuerdos subrogados, sino de mandato legislativo de categoría superior y al cual deben acomodarse las Asambleas y Consejos en la expedición de normas, como lo ordena la misma Constitución. Como lo ha manifestado la Corte, el Mandato superior impuesto por el legislador al Distrito con la remisión hecha en el artículo 2º del Decreto 3133 de 1968, tuvo por finalidad seguir las pautas de la Reforma Constitucional de 1968, que ya se habían impuesto en normas positivas a nivel Departamental y Municipal.

Conclusiones

1ª). Como se observa, del aspecto normativo y de la Jurisprudencia de los dos más altos Tribunales de Justicia, los Directores o Gerentes de los Organismos Descentralizados del orden Distrital son agentes del alcalde y por lo mismo las Juntas Direc-

tivas no tienen ninguna ingerencia en la designación o remoción porque esta facultad le fue atribuida al Alcalde Distrital por el Decreto 3133 de 1968, orgánico del Distrito, declarado exequible por la Corte.

2ª) Si la legislación anterior mermaba esta atribución, con fundamento en los acuerdos distritales, toda ella quedó subrogada por el Decreto Orgánico del Distrito, norma superior, que siguiendo la armonía constitucional y el nuevo espíritu de la reforma constitucional de 1968, en orden a reforzar la autoridad del ejecutivo a todos los niveles, hizo del aparte del ordinal 6º del artículo 194 de la Constitución una nueva praxis, constitucional de obligatorio cumplimiento en el Distrito para que el Alcalde pudiera en adelante designar y remover libremente a los Directores o Gerentes de Establecimientos Descentralizados por ser éstos sus agentes y así poder gobernar y responder por su acción como lo afirma el H. Consejo de Estado.

3ª) Así, pues, los Acuerdos Distritales que señalaban tales atribuciones para las juntas quedaron subrogados por norma de Superior jerarquía, emanada del propio legislador y, por lo mismo el decreto del Alcalde como ya lo insinuó el H. Consejo de Estado, al confirmar el auto denegatorio de la suspensión provisional, si bien puede no estar de acuerdo con las normas del Concejo Distrital, ya subrogadas por el cánon de superior jerarquía, emanado del propio legislador, se acomoda perfectamente a las facultades otorgadas por éste y sólo a ellos debe obedecer".

El concepto fiscal

El Señor Agente del Ministerio Público transcribe diferentes apartes de providencias de esta corporación sobre el mismo tema que se debate en este proceso y concluye:

"Como puede verse de la anteriores transcripciones de distintos fallos, y en el mismo sentido podrían enumerarse muchos más, el criterio de la corporación es uniforme en cuanto a las facultades que tienen los Alcaldes municipales incluyendo al de Bogotá, para 'dirigir la acción administrativa en el municipio, nombrado y separando libremente sus agentes...".

Aunque en el presente caso no se demanda la nulidad de unos nombramientos hechos por el Alcalde, sino de un decreto relacionado con tales nombramientos en forma general, la fundamentación de la demanda sí se estructuró sobre tales facultades, de ahí que para negar lo pretendido no sea necesario entrar a estudiar otros aspectos diferentes a los que para tal efecto fueron enunciados.

Por lo expuesto, el concepto de esta Fiscalía, debe revocarse el fallo recurrido y en su lugar negarse lo pretendido con la demanda".

Consideraciones de la Sala

La Reforma Constitucional de 1968 se caracterizó entre otras cosas por una serie de limitaciones a los atributos que antes tenían las

Corporaciones Públicas (Congreso, Asambleas y Concejos) en materias atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración pública, con un correlativo robustecimiento de la autoridad ejecutiva en esas tres esferas estatales.

En el orden nacional prescribió como función del Gobierno la designación de los Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas con el fin de afianzar la categoría de suprema autoridad administrativa que la propia constitución le reconoce, sin perjuicio de la autonomía que la ley le pueda otorgar a tales entidades. Entendió el Constituyente que es inherente a la descentralización por servicios un cierto grado de tutela gubernamental que le permita a la autoridad administrativa del más alto nivel ejercer una función de coordinación de todos los servicios públicos del orden nacional, sin la cual no se concebiría la ejecución de una política global. Precisamente con el fin de asegurar la eficacia de esa tutela consideró el Constituyente que uno de los medios más adecuados era el de darles a los gerentes o directores de los servicios descentralizados el carácter de agentes del Gobierno y como tales, de su libre nombramiento y remoción (artículo 120 Nº 1º y 5º).

En el orden departamental no fue menos explícito el constituyente de 1968. También previó en este orden la existencia de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado que podrían crear las Asambleas por iniciativa del Gobernador (artículo 187 Nº 6), pero a la vez dispuso que correspondía al Gobernador "coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales..." a cuyo efecto prescribió que los Directores o Gerentes de los mismos, son agentes del Gobernador (artículo 194- 6º Costitución Nacional).

Dentro de esa misma línea de pensamiento el Constituyente de 1968 también previó la existencia de las mismas entidades descentralizadas las cuales podrían ser creadas por los Concejos Municipales, pero sólo a iniciativa de los Alcaldes. No obstante se advierte la ausencia de una disposición expresa que confiera a los Directores o Gerentes la calidad de agentes del Alcalde y a éste la atribución de designarlos; pero de esa falta de norma expresa no puede extraerse la conclusión de que en la esfera municipal el régimen básico de los entes descentralizados pueda ser diferente al nacional o al Departamental, si por el contrario el criterio que presidió toda la reforma fue el de uniformar, en lo posible los mecanismos de la administración en sus tres órdenes.

La falta de norma específica y expresa se explica por razones diferentes: ocurre que, al menos a partir del año 86, en la Carta Fundamental no se han desarrollado ni especificado las funciones de los alcaldes municipales; apenas se ha previsto la existencia del cargo señalándole de manera generalísma dos calidades fundamentales, la de agente del Gobernador y la de Jefe de la Administración Municipal.

Qué alcance tiene en la Constitución la calidad *de Jefe de la administración Municipal atribuída al* Alcalde? Una interpretación sistemática de la Carta permite establecer que esa Jefatura implica la función de coordinar y armonizar los diferentes servicios que preste

el municipio, tanto los centralizados como los descentralizados. Si en las esferas nacional y departamental no se remite a duda que la Constituyente del 68 quiso ponerle coto a los excesos de una descentralización por servicios que había degenerado en un archipielago de organismos descentralizados que actuaban como ruedas sueltas, no se entiende que para el orden municipal hubiera tenido un criterio diferente. Al contrario, es preciso entender que esta jefatura en el orden municipal se amplió tánto como en lo nacional y en lo departamental y que el vocablo adquirió, a raíz de esa reforma, dimensiones más amplias y más profundas, acordes con la evolución y la complejidad que había experimentado la administración pública en todos los niveles. Por manera que, si de acuerdo con la reforma el Alcalde Municipal se convirtió en órgano de coordinación de todos los servivicios municipales, es preciso entender también que el Constituyente lo dotó implícitamente de los medios adecuados para el ejercicio de esa función y en particular del más importante y eficaz de todos ellos, o sea el de designar como agentes suyos a los Gerentes o Directores de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del orden municipal, en la misma forma como se prescribió en relación con el Gobierno nacional y los gobernadores de los departamentos.

Si se examina la cuestión desde otro punto de vista la conclusión es idéntica. No precisa la Constitución qué carácter tengan los Gerentes o Directores de los establecimientos públicos o de las empresas industriales y comerciales del orden municipal y frente a este vacío normativo el principio de la interpretación analógica permite colmarlo mediante la aplicación de preceptos que regulen casos semejantes. Es así que para el orden nacional y departamental tales funcionarios tienen el carácter de Agentes del Gobierno Nacional y del Gobernador Departamental, luego han de tener ese mismo carácter en el orden municipal y, por tanto, deben reputarse como agentes del alcalde.

Dado ese carácter es incuestionable la facultad del Alcalde Mayor de Bogotá para designar a los Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas del Distrito en virtud de lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto Ley 3133 de 1968, conforme al cual le compete a este funcinoario "Dirigir la acción administrativa en el Distrito "nombrar y remover libremente sus agentes...".

Por lo demás, el mismo artículo 16 le atribuye expresamente al Alcalde función de "coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, empresas distritales y comerciales, sociedades de economía mixta y fondos rotatorios del orden distrital", lo misma que la Constitución asignó al Presidente de la República y a los Gobernadores y que explica la designación por esos altos funcionarios de los Gerentes y Directores respectivos. No sería lógico que, a pesar de la identidad funcional, el Alcalde del Distrito Especial y en general los alcaldes, carecieran de un medio que la Constitución consideró el más idóneo para el cumplido ejercicio de tal función.

Este ha sido el crterio de la Corporación, expuesto en numerosos fallos. En la sentencia proferida el 2 de septiembre de 1975 (Anales T. LXXXIX Nos 447 y 448 pág. 383) se expresó:

"El artículo 2º de la Ley 72 de 1926, aplicable al municipio de Barrancabermeja por virtud de lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 115 de 1948, sustitutivo del artículo 2º de la Ley 89 de 1936, dispone que 'corresponde al Alcalde de Bogotá y por extensión a los demás municipios regidos por esa ley, dirigir la acción administrativa en el municipio, nombrando y separando libremente sus agentes y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración'. Si la Constitución definió, por el artículo 194, ordinal 6º, como Agentes del Gobernador a los Directores o Gerentes de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del orden departamental', el mismo criterio debe aplicarse en el régimen municipal, por ser igual o similar al que se acaba de indicar: se trata, en consecuencia, de otro aspecto del paralelismo existente entre el régimen constitucional de los departamentos y el de los municipios, semejante al que la Sala tuvo oprtunidad de destacar en la sentencia de 13 de mayo pasado—, de que fue ponente el doctor Galindo Pinilla. De donde se sigue que el Gerente de la Empresa de teléfonos de Barrancabermeja es agente del alcalde, de su libre nombramiento y remoción y que, por lo mismo, como el parágrafo del artículo 5º del acuerdo acusado es violatorio del artículo 2º de la Ley 72 de 1926, es preciso reformar la sentencia del Tribunal y declarar su nulidad".

Esta doctrina fue reiterada por sentencia del 1º de junio de 1977, expediente 2519 y por sentencia de Sala Plena proferida el 6 de septiembre de 1978. El mismo criterio ha sido expresado por la Sala de Consulta de esta corporación.

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

Lo anterior, que parece obvio en el campo de la simple especulación, se comprueba fácilmente con la lectura de las disposiciones constitucionales que señalan las atribuciones del Congreso, de las asambleas y de los concejos municipales y las que fijan las facultades del Presidente de la República y de los gobernadores y las contenidas en el artículo 184 del Código de Régi-

men Político y Municipal, que enumera las de los alcaldes, agentes del gobernador y jefes de la administración municipal, según el artículo 201 de la Constitución. Por excepción están atribuidos ciertos nombramientos al órgano legislativo del poder: Al Congreso los de Contralor General de la República y Procurador General de la Nación, por ejemplo; a los concejos municipales los de personeros y tesoreros, por ejemplo. Aparte de los que hacen las Cámaras legislativas, las asambleas y los concejos, de los empleados que esos cuerpos requieren para su cabal funcionamiento, lo que parece apenas obvio y no requiere explicaciones. Por lo demás, parece inútil, para los fines de este estudio, entrar en análisis detenido de la cuestión fundamental antes mencionada.

Pero si es bueno observar que la atribución sistemática que le confiere la Constitución al órgano ejecutivo del poder para nombrar sus agentes y funcionarios o empleados de la administración no es, ni mucho menos, caprichosa o arbitraria,. Ella obedece a principios de derecho público acogidos en nuestra Carta fundamental, como el de separación de los poderes, sólida garantía contra el despotismo y una de las bases de nuestra organización democrática y representativa. El campo de acción de los distintos órganos del poder público, lo mismo que las funciones de cada uno de ellos, están perfectamente delimitados en nuestra Constitución. Y la designación por el Congreso o por entidades como las asambleas y los concejos municipales, de los funcionarios que son agentes administrativos y representantes del Gobierno, implicaría en el fondo violación de aquel principio, crearía confusión y caos y haría casi imposible la acción ordenada del ejecutivo, que es responsable ante la Nación y ante el propio órgano legislativo, de la gestión que debe adelantar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes. Para poder gobernar y responder por su acción, el órgano ejecutivo debe tener la facultad de nombrar sus agentes y demás funcionarios administrativos. Y la Carta se la ha dado, lógicamente. Dentro de este orden de ideas, los concejos municipales carecen de facultad para designar funcionarios distintos de los tesoreros y personeros. El artículo 197 de la Constitución, que señala las atribuciones de aquéllos organismos, dice en su ordinal 6º: "Elegir personeros y tesoreros municipales y los demás funcionarios o empleados que la ley determine". (artículo 62 del Acto Legislativo Nº 1 de 1969, que modificó el 197). Nada más sobre esta materia. Otro tanto cabe decir del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, que también señala atribuciones a los concejos: "Nombrar los jueces, tesoreros y personeros municipales", dice el ordinal 3º del artículo 169 antes citado. Esas son las atribuciones de los concejos en cuanto a nombramientos y no pueden hacer otros sin violación de la Constitución y de la ley. El concejo no puede darse facultades de que carece en virtud de claras disposiciones constitucionales y legales. Sólo en el caso de expresa autorización legal, podría el concejo nombrar funcionarios distintos de personero y tesorero.

Y conviene anotar para mayor abundamiento, que el ordinal 3º del artículo 197 de la Constitución y el 4º del artículo 169 de

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

Y aquí cabe preguntar, así sea superfluo de acuerdo con lo dicho antes: pueden los concejos municipales, al crear un establecimiento público según el numeral 4º del artículo 197 de la Constitución, arrogarse la facultad de designar a su gerente? En manera alguna. La Constitución y la ley son terminantes: los concejos no pueden designar sino personeros y tesoreros y los demás funcionarios o empleados que la ley determine. Si por un acuerdo del concejo pudiera éste atribuirse aquella facultad o asignarla a cualquiera otro funcionario, habría que convenir en que los actos que tal cosa dispusieran, tendrían fuerza de ley. En otras palabras: que los acuerdos de los concejos podrían en un momento dado modificar la Constitución y la ley. Y quién se atrevería a sostener tamaño despropósito? Las facultades de los concejos no se las otorgan ellos mismos. Se las confieren la Constitución y las leyes".

A la misma conclusión llegó la Corte Suprema cuando en sentencia del 5 de julio de 1975, expresó:

"Por lo demás, al dar el Decreto Ley 3133 de 1968 al alcalde mayor las atribuciones del Gobernador de Cundinamarca en lo pertinente, guardó concordancia con el texto constitucional que lo hace el agente directo del Presidente de la República y su conducta normal para el desarrollo de la política relacionada con las entidades descentralizadas. Se mantiene así un criterio institucional uniforme en todos los niveles de la administración, pues igual función compete al presidente en relación con los entes del orden nacional y a los gobernadores con los del orden departamental. De otro modo, resultaría difícil, si no imposible, cumplir la tarea que al alcalde señala el ordinal 6º, primera parte, del artículo 194, de coordinar las actividades y servicios que dichas entidades prestan dentro del Distrito Especial y que la demanda considera inobjetable. El artículo constituye un todo y su desarticulación conceptual implicaría una ruptura práctica de las finalidades a que está destinado".

"La demanda sostiene que las Juntas Directivas tienen la atribución constitucional de nombrar los Directores de los Establecimientos mencionados. Debe afirmarse que ni en el texto constitucional 197, ni en ningún otro, aparece dicha facultad. Señalar la estructura de la administración es determinar, como se dijo atrás, los órganos de mando y sus funciones generales, pero que dicha tarea no debe confundirse con la atribución del nombramiento y remoción de quienes constitucional y legalmente son agentes del poder ejecutivo. Por otra parte, unos son los representantes del Alcalde en las Juntas y sus Directores que como

agentes de aquel son de su nombramiento, y otros son los representantes del Concejo en las mismas, los cuales pueden y deben ser elegidos por el mismo con arreglo al inciso 6º del artículo 197, y siempre que la ley los haya autorizado para ello. En éste caso; tales representantes están previstos en los artículos 75, 76, y 77 del Decreto Ley orgánico del Distrito, varias veces citado en éste fallo. Pero de que tenga facultad legal para elegir los representantes o vigilantes suyos en las juntas, no puede inferirse que éstas elijan a quienes llevan la dirección y representación ejecutiva. *Se hace indispensable repetir aquí que la atribución que la demanda pretende para las juntas Directivas no se encuentra en el citado artículo* 197-6, *que se refiere exclusivamente a la capacidad de los Concejos para elegir ciertos funcionarios, como el Personero y el Tesorero y los demás que la ley determine, ni en ningún otro texto de la Carta".* (se subraya).

Si, como queda establecido, el Acto Legislativo de 1968 al darle carta de naturaleza Constitucional a la descentralización administrativa por servicios, instituyó así mismo a los Gerentes o Directores de las respectivas entidades como agentes de la máxima autoridad administrativa en los tres órdenes de la Administración Pública, es preciso entender que todas las disposiciones de jerarquía inferior (leyes, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, estatutos, etc) que les daban otro carácter y que establecían diferentes sistemas para su designación, dejaron de regir a partir de entonces, porque la Constitución deroga toda normatividad preexistente y que sea contraria a sus ordenamientos. Si, de hecho, se hubieran expedido con posterioridad a la vigencia del Acto Legislativo de 1968, leyes, ordenanzas, acuerdos reglamentos o estatutos que contengan disposiciones contrarias a los ordenamientos constitucionales, no podría dárseles ninguna aplicación, según lo preceptúa el artículo 215 de la Carta. En consecuencia tampoco puede tener prosperidad el cargo de violación de las disposiciones pertinentes de los Acuerdos 30 de 1958 (artículo 7º), 75 de 1960, 72 de 1967 (artículo 13), 15 de 1968 (artículo 8º), 19 de 1972 (artículos 12 y 16) y 25 de 1972 (artículo 3º), pues los primeros están derogados y los últimos no son suceptibles de aplicación. La obligatoriedad de las ordenanzas y de los acuerdos mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículo 192 de la Constitución Nacional) se impone al juez siempre y cuando la ordenanza o el acuerdo no sean contrarios a la Constitución, pues en este último caso, le resulta imperioso dar aplicación preferente a ésta (artículo 215).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso, 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 no accede a declarar la nulidad del Decreto Nº 334 de 1974 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

Previa ejecutoria remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

PODER DE POLICIA. — Su reglamentación por los Gobernadores y Alcaldes.

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

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 2991. Actor: José Jesús Daza Ocampo y otros.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda el 5 de septiembre de 1978, mediante la cual denegó las peticiones de la demanda.

La acción

Los señores José Jesús Daza, José Aldehur Morales y Alberto Laud Pérez solicitaron al Tribunal Administrativo de Risaralda la declaratoria de nulidad del Decreto 337 de 18 de noviembre de 1977, emanado de la Alcaldía Municipal de Pereira, por medio del cual se clasifican y fijan horarios para el funcionamiento de griles, bares, cafés, cantinas y demás establecimientos públicos donde se consumen bebidas alcohólicas, por considerarlo violatorio de los artículos 55, 187 —numeral 9º y 197 de la Constitución Nacional; 169 —ordinales 5º y 11— y 184 del Código de Régimen Político y Municipal; 108 y 111 del Decreto 1355 de 1970; 7º —facultad 5ª— de la Ley 72 de 1926; 1º de la Ley 195 de 1936 y 1º de la Ley 89 del mismo año, porque el Alcalde, al expedir el acto acusado, se arrogó funciones pertenecientes al Concejo Municipal.

En el concepto de la violación, dice así la demanda:

"El artículo 187, numeral 9º de la Constitución Nacional confiere la facultad de reglamentar lo relativo a la policía local, a las Asambleas Departamentales y no al ejecutivo municipal. Cuando un Alcalde Municipal reglamenta materias policivas, está violando la facultad propia de las Asambleas Departamentales, cual es la de reglamentar "lo relativo a la policía local". El Decreto 337 de 1977, demandado, el Alcalde Municipal de Pereira, dicta normas sobre el funcionamiento de griles, bares, etc., en uso de "sus atribuciones legales", pero sin decir cuales son ellas. Ello tenía que ser así, porque no existe norma legal que lo autorice para expedir la reglamentación contemplada en ese acto administrativo. El señor Alcalde Municipal de Pereira, asumió una atribución que no tiene, atropellando el derecho de las asambleas departamentales a legislar sobre la misma materia.

"Sólo cuando las providencias adoptadas por las Asambleas Departamentales necesitan alguna precisión para aplicarlas, el Gobernador goza del poder reglamentario, que no los Alcaldes.

"El artículo 197, de la Constitución Nacional señala las funciones de los Concejos Municipales. El numeral 8º de dicho artículo establece como atribución del Concejo 'las demás funciones que la ley señale'. El Decreto 337 de 1977, demandado, indirectamente viola el artículo 197, numeral 8º de la Constitución Nacional, al voilar las Leyes 195 de 1936 y 4ª, de 1913 que más adelante se analizarán, así como el Decreto 1355 de 1970 a comentarse. Esa atribución propia de los Concejos Municipales, fue asumida por el señor Alcalde de Pereira, al reglamentar materia policiva. El Decreto de la Alcaldía no trató de reglamentar un Acuerdo del concejo de Pereira, sino de hacer uso de una atribución que no es propia de los Alcaldes, según el epígrafe que el decreto lleva. El acto de la Alcaldía es nulo por haber sobrepasado las atribuciones mencionadas.

"Los numerales 5º y 11º del artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, citados como violados, atribuyen a los Concejos Municipales 'arreglar la policía en sus diferentes ramos', y 'acordar lo conveniente a la mejora, normalidad y prosperidad del municipio...".

"La facultad para dictar normas sustantivas de orden policivo es propia de los Concejos, dentro de los lineamientos de la Ley 72 de 1926. En el caso del Concejo de Pereira que se encuentra dentro de lo dispuesto por la Ley 72 de 1926, la facultad policiva recae en dicho cuerpo y no en el ejecutivo local. El poder de policía, o sea la facultad para dictar normas reguladoras de la libertad individual, con miras a preservar el cabal ejercicio dentro del marco del orden público, corresponde al legislador y no al ejecutivo. La función de policía, que es fundamentalmente preventiva, se ejerce para preservar las libertades individuales y mantener el orden público, es función reglada, que se cumple dentro de los dictados de la ley.

"El régimen de policía lo estatuye la Constitución Nacional en sus artículos 167, 187, 9º y 76, 24, armónica distribución de competencias y atribuciones".

La sentencia del Tribunal

Mediante el fallo proferido el 5 de septiembre de 1978, el Tribunal Administrativo de Risaralda negó las peticiones de la demanda por considerar, en primer lugar, que si bien la Constitución Nacional prevé en su artículo 32 el intervencionismo de Estado, quiere que sea la Rama Legislativa y no la Ejecutiva la que lo ejerza, dada la importancia que para el país significa dirigir el funcionamiento de la industria y en general de la economía, sin que ello implique una inercia por parte del Gobierno, quien podrá asumir las medidas de desarrollo necesarias.

Afirma también la sentencia que el poder de policía es el instrumento con que cuenta el Organo Ejecutivo para poder dar desarrollo al mandato de cumplir y hacer cumplir las leyes, mantener el orden público y garantizar la seguridad social, y agrega que el alcalde no dictó medidas sustantivas de orden policivo, que le corresponderían

al Concejo Municipal, sino que hizo uso de aquéllas medidas para proteger el orden y la salud públicas.

Concluye el *a quo* manifestando que se hace imperativo negar las peticiones de la demanda, con fundamento en la regla 9ª del artículo 187 de la Constitución Nacional, que autoriza a las Asambleas para reglamentar lo relativo a la policía local, en lo que no sea materia de disposición legal; en los artículos 8º, 9º y 111 del Código Nacional de Policía y en el artículo 636 del Código de Policía del Departamento de Risaralda, a los cuales se hará posterior referencia.

El concepto del Ministerio público

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado dio concepto de fondo en el sentido de que se debe confirmar la sentencia recurrida con base en la consideración de que, como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, el hecho de clasificar los establecimientos públicos donde se consumen bebidas alcohólicas y fijarles horarios no implica que se dicten normas reguladoras de la libertad individual, sino que simplemente se garantiza el pleno y tranquilo ejercicio de unos derechos de los propietarios y de los usuarios, sin que se perturbe el orden público en sus aspectos de moralidad y salubridad públicas.

La vista del Agente del Ministerio Público, expresa:

"Además, la función ejercida por el Alcalde de Pereira y que se consigna en el texto del acto acusado, es eminentemente preventiva, ya que ella tiende a preservar las libertades individuales y a mantener incólume el orden público, para lo cual dicho funcionario estaba facultado, pues es evidente que de conformidad con la sentencia de 27 de enero de 1977, los Alcaldes sí tienen competencia para precisar disposiciones de las Asambleas Departamentales.

"Lo anterior encuentra mayor respaldo si se tiene en cuenta que es la misma Asamblea Departamental de Risaralda la que en el Art. 635 de la Ordenanza 036 de 1975 o Código de Policía del Departamento, dispone: 'Los establecimientos públicos podrán permanecer en actividad hasta las doce de la noche, de esta hora hasta las cinco de la mañana necesitarán permiso especial por escrito del Alcalde Municipal, quien a su vez reglamentará la presente disposición".

"No está por demás recordar que de conformidad con lo estatuido por los artículos 9º y 111 del Código Nacional de Policía, para que el Alcalde pueda dictar reglamentos de la naturaleza del impugnado, se necesita la existencia previa de una Ordenanza Departamental que deba ser precisada para aplicarla".

Las consideraciones de la Sala

Surtida normalmente la tramitación del juicio, sin que se presente causal de nulidad, la Sala procede a resolver el recurso de apelación mediante las siguientes consideraciones:

1. *El acto acusado*

El Alcalde de Pereira, por medio del Decreto 337 de noviembre 18 de 1977, expedido "en uso de sus atribuciones legales y en especial las que le confiere el Código Nacional de Policía", clasificó los establecimientos públicos según sus características y por zonas en la ciudad; fijó el horario de funcionamiento para las fuentes de soda, bares, cafés, cantinas, tabernas, cafés conciertos, griles, discotecas, restaurantes, pizzerías, cenaderos y centros artísticos, según su ubicación en dichas zonas; determinó que las bebidas alcohólicas sólo podrán consumirse a partir de las 9 de la mañana; congeló la expedición de licencias de funcionamiento para los establecimientos donde se consuman bebidas alcohólicas y reguló todo lo relacionado con su expedición, trámite, etc.; prohibió el traslado de establecimientos hacia las zonas que contemplan horarios más amplios; ordenó que el volumen de la música fuera moderado y, en fin, adoptó algunas otras determinaciones.

2. *La violación de la constitución*

La parte demandante afirma que el decreto acusado violó el artículo 55 de la Constitución Nacional, que establece el principio de la separación de las Ramas del Poder Público. De tal manera que cuando el Alcalde reguló la materia policiva invadió atribuciones de la Rama Legislativa, puesto que tal regulación le pertenece al Concejo Municipal.

Si bien es cierto que las Ramas del Poder Público tienen funciones separadas, también lo es, y así mismo lo dispone el citado artículo, que "colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado".

Pero en el presente caso no se trata de un problema entre dos Ramas del Poder Público, sino de determinar la competencia de dos organismos administrativos, como son el Concejo y el Alcalde a nivel municipal, motivo por el cual, aún en el supuesto de que se llegara a concluir que el Alcalde se arrogó, por medio del acto acusado, funciones que le correspondían al Concejo, este hecho no violaría el artículo 55 de la Carta, puesto que éste se refiere a la colisión de competencia entre organismos pertenecientes a diferentes Ramas del Poder Público y no a conflictos entre organismos pertenecientes a una misma Rama.

Sostiene además el recurrente que también fueren contrariados por el Decreto del Alcalde los artículos 187 numeral 9º y 197 de la Constitución Nacional, dado que el primero prevé que la reglamentación de lo relativo a la policía local le corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas, y que el segundo señala las funciones de los Concejos Municipales, estableciendo en el numeral 8º el ejercicio de "las demás funciones que la ley les señala".

El numeral 9º del artículo 187 establece como competencia de las Asambleas "Reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal", y en desarrollo de este precepto constitucional el inciso 2º del artículo 8º del Decreto 1355 de de 1970, en la parte declarada exequible por la Corte Suprema de Jus-

ticia mediante sentencia del 27 de enero de 1977, prevé que tales entidades podrán reglamentar lo relativo al ejercicio de determinadas libertades "en relación con lo que no haya sido objeto de ley...", y, así mismo, el artículo 111 del mismo código dispone que "Los reglamentos de policía podrán señalar zonas y fijar horarios para el funcionamiento de los establecimientos donde se expendan babidas alcohólicas", de lo que resulta evidente que las Asambleas Departamentales tienen facultad para adoptar medidas de policía local, por medio de ordenanzas, con sujeción a la Constitución y a la ley, en la materia que se viene comentando. Se trata de una competencia expresa.

Además, el artículo 636 de la Ordenanza número 036 de 1975, expedida por la Asamblea Departamental de Risaralda, sobre Código de Policía, autorizó a los alcaldes para reglamentar esta norma. Por tanto, el acto acusado es una medida tomada por el Alcalde con base en la indicada atribución.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, la mencionada Ordenanza, expedida en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 187 —numeral 9º— de la Carta, le concede al Alcalde la facultad de reglamentar todo lo relacionado con los establecimientos públicos, las licencias que les deben ser aplicadas, etc., de lo que en forma natural se infiere que las medidas adoptadas por el Alcalde de Pereira en el Decreto 337, por medio de las cuales se clasificó y reguló el funcionamiento de los referidos establecimientos públicos, se ajustaron a la Constitución y a la ley, y que se dictaron en desarrollo de las facultades conferidas por la Ordenanza 036 de 1975. Y aunque no existiera dicho Código, el Alcalde bien podía dictar medidas como las que contiene el acto demandado, con fundamento en disposiciones del Código Nacional de Policía, entre otras.

3. *La violación de la ley*

Como se anotó, en la demanda se indican como violados por el Decreto enjuiciado los artículos 169 ordinales 5º y 11 y 184 del C. R. P. y M.; 108 y 111 del Decreto 1355 de 1970; 7º —facultad 5ª— de la Ley 72 de 1926; 1ª de la Ley 195 de 1936 y 1ª de la Ley 89 del mismo año.

Conforme a estas normas, siguiendo el orden en que están citadas, les corresponde a los Concejos Municipales regular lo relativo a la policía local en sus diferentes ramos y acordar lo conveniente a la mejora, prosperidad y moralidad del Municipio, respetando lo dispuesto en la Constitución, las leyes, las ordenanzas y los decretos del ejecutivo; a los Alcaldes, ejercer las atribuciones que al efecteo se le precisan en la disposición pertinente; a las Asambleas Departamentales, en lo local, en ausencia de la ley, señalar en reglamento de carácter general las medidas tendientes a evitar que se atente contra la libertad de comercio de industria así como también fijar las zonas y los horarios para el funcionamiento de los establecimientos donde se expendan bebidas alcohólicas, y al Concejo de Bogotá "Acordar lo cenveniente a la mejora, moralidad y prosperidad del Municipio, respetando los derechos de los otros y las disposiciones de la Constitución y las leyes", facultades éstas últimas que se hicieron extensivas a los Cabildos de los municipios con presupuesto anual mayor de $ 1.000.000.00 y a las capitales de Departamento.

No está en lo cierto el actor al decir que cuando el Alcalde entra a adoptar determinaciones en materia policiva está invadiendo atribuciones propias de los Cocejos Municipales. Evidentemente, a partir de la sentencia de 27 de enero de 1977, expedida por la Corte Suprema de Justicia, por la cual fue declarada inexequible la frase "y de los Concejos" del artículo 9º del Código Nacional de Policía, este artículo quedó así:

"Cuando las disposiciones de las Asambleas Departamentales sobre policía necesiten alguna precisión para aplicarlas, los Gobernadores y Alcaldes podrán dictar reglamentos con ese solo fín".

"Por tanto no podrán expedir normas de conducta no contenidas en las ordenazas".

Se tiene que los Gobernadores y Alcaldes estén autorizados para expedir las medidas de desarrollo que necesiten las ordenanzas, pero sin poder expedir "normas de conducta" que ellas no prevean. Esta es la situación que se contempla en este proceso, en el que el Alcalde de Pereira prácticamente ha reglamentado varias regulaciones sobre establecimientos públicos en los que se consuman bebidas alcohólicas, regulaciones que se hallan contenidas en el Código Nacional de Policía, en el Código de Policía del Departamento de Risaralda y en otras disposiciones concretamente, para los horarios y zonas el artículo 636 de este Código faculta a los alclades para reglamentar esta materia en particular. De otra parte, el artículo 111 del Código Nacional de Policía les permite a los reglamentos de policía local señalar zonas y horarios para el funcionamiento de esta clase de establecimientos.

Por las razones expresadas, la Sala considera que se debe confirmar la sentencia objeto del recurso de apelación, de acuerdo con el concepto del colaborador fiscal.

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 fiscal.

Falla:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Risaralda el 5 de septiembre de 1978.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que en la anterior providencia colaboró, como Abogado Asistente de la Corporación, la doctora Marcela Romero de Silva, y que ella fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de diciembre de mil novecientos setenta y nueve.

Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

PODER DE POLICIA. REGLAMENTACION. — Clases de reglamentación. Señalamientos legales. Reglamentación por medio del Alcalde.

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

Sesión del día 17 de diciembre de 1979.

Referencia: 3098. Demandante: Pedro Claver Doria Durango.

Resuelve la Sala el recurso de apelación que interpuso el Fiscal contra el fallo que profirió el 29 de marzo el Tribunal Administrativo del Atlántico, por medio del cual se declaró la nulidad del Decreto Nº 564 de 1977 (noviembre 4), origianrio de la Alcaldía de Barranquilla.

Por medio del expresado decreto se señaló el horario para el funcionamiento de bares, griles, cantinas, coreográficos y demas establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas.

A continuación se transcriben los siguientes apartes de la fundamentación del fallo impugnado:

"Sobre el caso planteado, nada nuevo tiene que agregar la Sala a lo expresado en la providencia de fecha 25 de octubre del año pasado, por medio de la cual se decretó la suspensión provisional del acto acusado, pese a las respetables razones argumentadas por el señor Agente del Ministerio Público en su vista fiscal, que la Sala no comparte. Dijo el Tribunal en la providencia antes mencionada:

"En su concepto de violación, el demandante hace consistir la transgresión del numeral 9º del artículo 187 de la Constitución Nacional y de los artículos 8º inciso 2º, 9º y 111 del Decreto 1355 de 1970 en el hecho de que los Alcaldes carecen de facultad para expedir reglamentos de policía local. Tales como el acto que se acusa. Como en realidad el acto demandado constituye un reglamento de policía expedido por un alcalde Municipal, resulta procedente transcribir en esta ocasión apartes de una providencia dictada por este Tribunal, con la ponencia del Honorable Magistrado doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, de fecha 26 de julio del año en curso, por medio de la cual se decretó la suspensión provisional del Decreto Nº 223 de 1978 expedido por el Alcalde de Barranquilla, en un caso muy similar al presente. Dice así la parte pertinente de la providencia en mención:

"Si se analiza someramente el Decreto acusado, fácilmente se advierte que en sus considerandos se señala que las normas en él contenidas tienen como miras velar por el orden, segu-

ridad y tranquilidad de las personas asistentes a las Salas de cine".

"Como bien lo señala el actor el régimen de policía lo constituyen el conjunto de prescripciones que propenden por la preservación de la tranquilidad, la moralidad, la salubridad y la seguridad pública, y que se traducen en limitaciones a las libertades individuales".

"En Colombia la facultad de dictar normas reguladoras de la libertad individual y que tienen por objeto garantizar la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas, está encomendada por mandato expreso a la Constitución Nacional, a la ley, y en los asuntos locales se permite su regulación por Ordenanzas 'en todo aquello que no sea materia de disposición legal".

"De lo anterior, fácilmente se colige que el poder de policía reside esencialmente en el legislador, aún en los asuntos locales, pues a las Asambleas Departamentales sólo le es permitido dictar reglamentos de policía en dichos asuntos en la medida que no haya sido reglamentados por la ley".

"Como en el decreto acusado en sus artículos 1º, 6º, y 7º se estatuyen normas que tienen como miras la seguridad pública; en el artículo 2º, 4º, 5º, 8º y 9º. La salubridad pública, surge a *prima facie* que el Alcalde de Barranquilla transgredió en forma expresa las prescripciones de los artículo (sic) 76, numeral 24, 167 y 187 numeral 9º, de la Constitución Nacional".

"El citado acto administrativo municipal igualmente viola el artículo 8º del Decreto Ley 1355 de 4 de agosto de 1970 (Código Nacional de Policía), ya que allí se consagra que en los asuntos de policía local solamente tienen competencia para ejercer el poder de policía las Asambleas Departamentales en los aspectos que no sean regulados por la ley".

La vista fiscal

Pertenecen al escrito correspondiente, los siguientes apartes:

"En esencia, de lo que se trata en el presente juicio, es de determinar si el Decreto dictado por el Alcalde de Barranquilla, bajo el número 564, fijando horarios para establecimientos de expendios y consumo de bebidas alcohólicas, según dice el acto demandado 'en uso de sus facultades legales', es violatorio o no de normas superiores.

"La regulación de este tipo de actividades, tendientes a la seguridad y salubridad públicas, y al régimen de policía en general, se encuentra regulado en nuestra Constitución por los artículos 76, 167 y 187, y en este último se establece como competencia de las Asambleas, en su numeral 9º, reglamentar lo relativo a la policía local 'en todo aquello que no sea de disposición local".

"Igualmente, el Decreto Ley 1355 de 1970, en su artículo 8º, determina que 'en los asuntos de policía local solamente tienen

competencia para ejercer el poder de policía las Asambleas Departamentales en los aspectos que no sean regulados por la ley".

"El decreto demandado, a pesar de que se expide bajo los términos de hacerlo el Alcalde 'en uso de sus facultades legales', ni cita a cuáles facultades legales se refiere, ni de su contenido se desprende norma legal alguna que le hubiese autorizado para expedir un reglamento público, que por otra parte no compete al ejecutivo departamental, por disposición de la Constitución, ratificada en el Código Nacional de Policía.

"Y auncuando pudiera considerarse que corresponde a los Alcaldes velar por la seguridad y salubridad de las comunidades, y auncuando existieran fundamentos para pretender medidas policivas en tal sentido, los funcionarios del ejecutivo están sometidos a ejercer estas funciones dentro de los límites que para la función policiva les señala la Constitución y la ley, como es el caso del decreto demandado frente a las disposiciones citadas.

Por las razones anteriores, esta Fiscalía considera que debe confirmarse el fallo del Tribunal del Atlántico".

Consideraciones de la Sala

De conformidad con el Decreto 1355 de 1970 o Código Nacional de Policía los reglamentos de policía, tanto nacionales como locales son de dos clases: Unos que podrían denominarse *autónomos* o *principales,* a través de los cuales se estatuyen prohibiciones directas a los particulares, se configuran las contravenciones, se establecen sanciones, se determinan los órganos para imponerlas y se señalan los procedimientos correspondientes (artículo 13).

En los términos del artículo 8º del expresado decreto tenían competencia para expedir reglamentos de esta clase, el Gobierno Nacional en lo no regulado por la ley, las Asambleas Departamentales en ausencia de reglamento nacional y los Concejos Municipales a falta de ley, Decreto Nacional u ordenanza. Pero en virtud de la sentencia de inexequibilidad pronunciada el 27 de enero de 1977 la competencia para expedir este tipo de reglamentos de policía quedó reservada al Congreso y a las Asambleas Departamentales.

Sinembargo la reglamentación de policía no se agota con los expresados reglamentos. El artículo 9º del Decreto 1355 de 1970 prevé la posibilidad de expedir las disposiciones necesarias para precisar el alcance de los reglamentos principales o autónomos con el fin de lograr su cabal aplicación. Esta segunda modalidad del reglamento policivo que podría denominarse reglamento secundario o complementario tiene, como es obvio, un carácter y un alcance subordinado y, por lo tanto, no puede abarcar las materias propias del reglamento principal. El Decreto 1355 citado le reconoce de manera expresa competencia para dictarlos a los gobernadores y alcaldes, lo cual no excluye que el Gobierno Nacional también pueda expedirlos, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Igualmente los Concejos Municipales en virtud de lo preceptuado en los artículos 197 Nº 1 de

la Constitución Nacional y 169 atribución 5ª del Código de Régimen Político y Municipal).

Precisamente a esta segunda clase de normas reglamentarias de policía alude el artículo 111 del Decreto 1355 de 1970, cuando establece que "los reglamentos de policía local podrán señalar zonas y fijar horarios para el funcionamiento de establecimientos donde se expendan bebidas alcohólicas.

El reglamento principal o autónomo de policía erige como contravención el quebranto de dichos horarios y señala la sanción correspondiente, pero defiere a una norma complementaria de carácter local la fijación del horario. Es evidente que sin este señalamiento sería inaplicable el reglamento principal, de lo cual deriva su carácter complementario. Por consiguiente la remisión que hace el artículo 111 a los reglamentos locales ha de entenderse hecha a reglamentaciones secundarias para cuya expedición están habilitados los alcaldes municipales al tenor de lo preceptuado en el artículo 9º *ibídem*. El sistema así organizado, además de ser armónico y perfectamente lógico es el más conveniente y adecuado, porque tales horarios deben señalarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada municipio, su clima, sus hábitos y costumbres, la idiosincracia de sus agentes, etc. etc. Además tal señalamiento debe tener la versatilidad necesaria para su adecuación a los cambios circunstanciales que ocurran en la comunidad local, lo cual no sería posible, si el Alcalde no dispusiera de esa competencia que le ha asignado la ley.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley REVOCA la sentencia recurrida y en su lugar deniega las peticiones de la demanda. En consecuencia levántase el decreto de suspensión provisional contenido en auto del 25 de octubre de 1978 que profirió el *"a quo"* en este proceso.

El Tribunal Administrativo del Atlántico comunicará al Alcalde de Barranquilla esta providencia y le enviará copia de esta providencia.

Previa ejecutoria: remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

VENDEDORES AMBULANTES Y ESTACIONARIOS. — Los concejos no tienen competencia para prohibir el oficio de vendedor ambulante sino para reglamentarlo y con respecto al de vendedor estacionario su regulación pueden hacerla dichas corporaciones acudiendo a las atribuciones sobre adopción de medidas convenientes para los Municipios y a las disposiciones que protegen la ocupación de las calles. Código Nacional de Policía. Artículos 3º y 9º. Los Concejos no están facultados para expedir con base en los mencionados artículos reglamentos de policía local, para llenar el vacio de la ley, y los gobernadores y alcaldes continúan autorizados para dictar los reglamentos de desarrollo que requieran las ordenanzas, sin que les sea dado expedir "normas de conducta" no previstas en ellos. Los Concejos y el Poder de Policía. Nulidad del Acuerdo Nº 7 de 4 de enero de 1978, expedido por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta "Por el cual se toman disposiciones sobre ventas ambulantes y estacionarias", únicamente en cuanto a que el Acuerdo prohibe la expedición de permisos para ocupar las vías y aceras con ventas ambulantes.

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

(Consejero ponente: *Doctor*: *Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 2950. Actores: Sindicato de Pequeños Comerciantes del Norte de Santander —Simpeco— y otros.

El ciudadano y abogado Ernesto Collazos Serrano, actuando en su propio nombre y como apoderado del Sindicato de Pequeños Comerciantes del Norte de Santander, de la Acción Sindical de Vendedores Ambulantes de Cúcuta y del Sindicato de Vendedores Ambulantes y Estacionarios del Norte de Santander, demandó ante el Tribunal Administrativo del mismo Departamento la nulidad del Acuerdo Nº 007 de 1978, expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta, "Por el cual se toman disposiciones sobre ventas ambulantes y estacionarias".

EL ACUERDO ACUSADO. El resumen de los tres artículos que lo integran es el siguiente:

El 1º prohibe la expedición de permisos para ocupar las vías y aceras, temporal o permanente, con ventas ambulantes y estacionarias en la comprensión municipal, y establece varias excepciones, que no se prolongan en el tiempo más allá del 30 de junio de 1978, para los beneficiarios de permisos concedidos y para quienes habitualmente, sin autorización, se hayan ocupado de esta actividad económica. El parágrafo 4º de este artículo dice que tales ventas conti-

nuarán vigentes si llegado el 30 de junio de dicho año el Concejo no hubiese expedido el Estatuto sobre ellas.

El artículo 2º le impone a la Personería Municipal la función de adelantar un censo de esta clase de ventas.

Finalmente, el 3º señala su vigencia a partir de la sanción, la que le correspondió hacerla al Presidente del Cabildo el 4 de enero de 1978, en consideración a que el Alcalde no la hizo dentro del término legal.

Hechos

Los actores fundamentan la acción en los que se sintetizan a continuación:

El concejo, asumiendo las facultades que la Constitución Política y la ley les atribuye exclusivamente a los Alcaldes, por iniciativa propia resolvió aprobar y sancionar el Acuerdo acusado, mediante el cual se prohíbe la expedición de permisos para ventas ambulantes y estacionarias y se adoptan otras medidas sobre esta materia, el que, además, "produce efectos de orden general puesto que está dirigido a un amplísimo conglomerado social que ante la imposibilidad de otra ocupación lícita, deriva su subsistencia de la venta de artículos, ya de manera ambulante, ya estacionaria".

Agregan que se trata de una actividad que requiere reglamentación y que por esto la autoridad competente, que es el Alcalde, ha procurado cumplir ese deber, otorgando permisos para su ejercicio, a través de organizaciones sindicales, con lo cual se busca, dentro de las funciones policivas del Alcalde, satisfacer un orden social.

Normas violadas y concepto de la violación

Los demandantes señalan como normas infringidas los conceptos 197 y 201 de la Carta y los artículos 14 y 39 —inciso segundo— del Código Nacional de Policía.

Al efecto dicen, que el Acuerdo enjuiciado vulnera el artículo 197 de la Constitución, porque en ninguno de sus ocho numerales se establece como función propia de los Concejos Municipales la tomada por el de Cúcuta en el caso de autos. Con respecto al artículo 201 sostienen que el Acuerdo lo quebranta en forma correlativa, desde luego que en este canon se precisa que el Jefe de la Administración Municipal es el Alcalde y que por consiguiente "toda reglamentación o provisión legal distinta de las señaladas en el artículo 197, salvo las allí referidas como de su iniciativa, le corresponde a él y no al Concejo".

Aducen también que "el acto acusado vulnera el artículo 14 del citado Código en razón a que dicha norma contentiva de una facultad de policía indica que las prohibiciones de ese orden corresponden sólo a quien puede emitir disposición semejante, y que, en interpretación sistemática, no son sino las autoridades expresamente señaladas en el artículo 39 de la misma codificación, en el Departamento los Gobernadores, en el Municipio los Alcaldes como Jefes de Policía en los mismos".

La sentencia apelada

El proceso fue decidido en primera instancia mediante el fallo que el 12 de julio de 1978 profirió el Tribunal Administrativo de Santander del Norte, por el cual negó las súplicas de la demanda, lo que llevó a la parte actora a interponer el recurso de apelación, que es el que se resuelve por medio de esta providencia.

La sentencia del *a quo* transcribe y acoge el breve concepto de su Fiscal, el que se limita a insertar el artículo 7º del Código de Policía, que permite la reglamentación del ejercicio de la libertad que se desarrolle en lugar público o al què tenga acceso el público, y a sentar la premisa de que de esta materia pueden ocuparse los Concejos en lo no regulado por ley, decreto nacional u ordenanza, según el inciso tercero del artículo 8º del mismo Código. De esta manera el Fiscal del Tribunal deduce que el Cabildo de Cúcuta está facultado legalmente para dictar reglamentos de policía local en materia de ventas ambulantes y estacionarias, máxime si se tiene presente que el artículo 116 de la citada obra establece que "Las normas de policía local reglamentarán el ejercicio de vendedores ambulantes".

A pesar de que el Tribunal afirma que comparte el concepto de su Fiscal, que se acaba de presentar, se contradice al expresar que "si bien es cierto que el Concejo no tiene la facultad de ejercer funciones policivas, pues estas están encomendadas al Alcalde como representante del Gobernador", pues el Fiscal hace radicar ese poder en los cabildos y no en los alcaldes.

El concepto del agente del Ministerio Público

En su vista de fondo el señor Fiscal Primero de la Corporación conceptúa que debe ser confirmada la sentencia apelada. Sobre el particular afirma:

"No encuentra esta Fiscalía que el Acuerdo demandado esté violando las normas constitucionales o legales que amparen el ejercicio de profesiones y oficios, ni que exista extralimitación en las funciones propias de los Concejos Municipales, ya que de lo que se trata es de establecer normas concernientes a la conveniencia administrativa que en nada se oponen al ejercicio de las ventas en lugares distintos a los públicos señalados por el Acuerdo. Ni se están tomando medidas policivas competentes a la Alcaldía, encargada ésta sí, de ejecutarlas para hacer cumplir lo establecido por el Acuerdo cuya finalidad en el fondo es la de preservar las vías públicas y de tránsito, cuyo uso también debe ser protegido por las atuoridades municipales. Al delimitar, preservando vías públicas de ventas, está permitiendo su ejercicio en todos los otros lugares que en criterio del Concejo Municipal son más propios para dichas actividades, función que sí compete a los Concejos con bases en el Código Nacional de Policía, como lo establecen los artículos 116 y 7º del Decreto 1355 de 1970".

Consideraciones de la Sala

Naturaleza jurídica del acto demandado

Para la decisión de este juicio interesa determinar el verdadero contenido del Acuerdo cuestionado.

El Acuerdo acusado no contiene, en estricto sentido, una regulación en materia de policía sino una medida de conveniencia para la administración del Distrito, tomada por el Concejo en desarrollo de la atribución 1ª del artículo 197 de la Constitución, en armonía con la atribución 8ª del mismo precepto, que se refiere al ejercicio de las otras funciones que la ley les señale a los concejos, una de las cuales está consignada en el ordinal 11 del artículo 169 del C. R. P. y M. del siguiente tenor: "Acordar lo conveniente a la mejora, moralidad y prosperidad del municipio, respetando los derechos de los otros y las disposiciones de la Constitución, leyes y ordenanzas y los decretos del poder ejecutivo y de los gobernadores y prefectos".

La prohibición de expedir permisos para ocupar las vías urbanas y las aceras es, a no dudarlo, una medida benéfica para la comunidad, en consideración a que tal ocupación dificulta e incomoda el tránsito de peatones y vehículos por andenes y calles y a que es perjudicial para la ciudad por muchos motivos. En este sentido no se puede desconocer que la prohibición comentada es conveniente y que contribuye a la mejora de la entidad municipal, sin dejar de reconocer la Sala que la prohibición, aunque por motivos de interés público, priva a muchas personas de medios económicos para subsistir.

La ocupación de las calles y vías públicas ha sido un tema que ha preocupado de manera especial la atención del legislador. Es así como por la atribución 4ª del artículo 7º de la Ley 72 de 1926, sobre facultades al Concejo Municipal de Bogotá pero que la Ley 89 de 1936 extendió a los municipios capitales de departamento, éstos tienen las funciones de administrar directamente y ensachar "todas las vías públicas existentes dentro de la ciudad", en cumplimiento de las cuales cabe la de impedir la ocupación de las mismas.

Conforme al artículo 674 del Código Civil, el uso de las calles pertenece a todos los habitantes de un territorio y por eso se llaman "bienes de la Unión de uso público". En defensa de este derecho comunitario, varias disposiciones legales prohíben que las vías públicas puedan ser obstruidas u ocupadas, en una u otra forma.

Lo anterior permite concluir cómo el acto acusado encaja, en términos generales, dentro de las atribuciones comunes de los concejos y, en especial, de los de los municipios capitales de departamento, como sucede en el caso de autos, sin que propiamente esté en presencia de una medida de carácter policivo.

Los artículos 8º y 9º del Código Nacional de Policía

Como el *a quo* acoge el concepto de su Fiscal y éste hace hincapié en el inciso tercero del artículo 8º del referido Código, precisa hacer referencia a esta disposición y al artículo 9º *ibídem.*

Debe anotarse que los incisos primero, segundo —en cuanto a las palabras "o reglamento nacional"—, tercero y cuarto de dicho artículo fueron declarados inexequibles por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 27 de enero de 1977. El inciso tercero decía:

"Los Concejos podrán ocuparse de las materias no reglamentadas por ley, decreto nacional u ordenanza".

Por la misma sentencia también fueron declaradas inexequibles las palabras "y de los Concejos" del artículo 8º del aludido Código, el que consecuencialmente quedó así:

"Cuando las disposiciones de las Asambleas Departamentales sobre policía necesiten alguna precisión para aplicarlas, los Gobernadores y Alcaldes podrán dictar reglamentos con ese sólo fín.

"Por tanto no podrán expedir *normas de conducta* no contenidas en las ordenanzas" (Subraya la Sala).

En la sentencia citada la Corte dijo:

"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 complementar dentro del ámbito de de su territorio lo que el legislador no ha dispuesto en lo nacional. Las dos disposiciones 167 y 187-9 (de la Carta) se complementan para estructurar exclusivamente el régimen policial".

Como corolario del anterior fallo, se tiene que los Concejos no están facultados para expedir, con base en los artículos 8º y 9º del mencionado Código, reglamentos de policía local para llenar el vacio de la ley, y que los gobernadores y alcaldes continúan atuorizados pora dictar los reglamentos de desarrollo que requieran las ordenanzas, sin que les sea dado expedir "normas de conducta" no previstas en ellas.

Se concluye, por tanto, que el Tribunal de primer grado no podía aceptar, con apoyo en el inciso tercero del artículo 8º del citado Código, que los concejos puedan ocuparse de las materias de que trataba ese inciso, pues ello equivaldría a reconocerles la atribución de que fueron privados en virtud de la sentencia de que se ha hecho mérito, la que se hallaba ejecutoriada cuando fue expedido el Acuerdo demandado y se inició este proceso. El Tribunal debió aceptar, en cambio, que el Concejo de Cúcuta tenía competencia para dictar el Acuerdo acusado, en ejercicio de sus atribuciones comunes y corrientes, antes comentadas.

Los concejos y el poder de policía

Sin que incida en la decisión que se acoje en esta providencia, es conveniente hacer una ligera digresión sobre la urgente necesidad de que los cabildos de los municipios, por lo menos los de las capitales de departamento y aquellos que tengan importancia por su gran población, su magnitud presupuestal o su desarrollo general, sean investidos de la facultad de adoptar medidas de policía local, con sometimiento a la ley y a las ordenanzas.

A raíz de la sentencia de inexequibilidad de varios artículos del Código Nacional de Policía, de que se ha hecho alusión en ésta providencia, los concejos quedaron privados de esta herramienta para regular el comportamiento de los asociados. Se trata, pues, de un vacío legal que debe ser llenado cuanto antes.

Es inexplicable que los concejos, como corporaciones administrativas a cuyo cargo está prácticamente el manejo de los municipios,

carezcan de competencia para expedir medidas de esa clase. Esta es una omisión que perjudica el normal desarrollo y la adecuada marcha de los que se han considerado como los organismos básicos de la nacionalidad.

Resulta paradójico que se abogue por una política de descentralización administrativa y que, sin embargo, se prive a las células municipales de capacidad para establecer medidas de policía local necesarias para la administración distrital misma y convenientes para el común.

Los vendedores ambulantes

El artículo 116 del Código Nacional de Policía establece que "Las normas de policía local reglamentarán el ejercicio de vendedor ambulante.

En este orden de ideas, se tiene, en primer término, que la actividad de vendedor ambulante puede ser reglamentada pero no prohibida y, en segundo lugar, que esa reglamentación está encomendada a las normas sobre policía local, advirtiendo que en este caso no se trata de llenar un vacío de la ley sino de aplicar una expresa competencia dada a los concejos por el aludido artículo.

Como de acuerdo con el artículo 201 de la Carta Política los alcaldes son agentes de los gobernadores y jefes de la administración municipal, atribuciones éstas que reiteran los artículos 183 del C. R. P. y M. y 39 del Código Nacional de Policía, es claro que en el ámbito municipal a ellos les corresponde ejecutar las leyes y las ordenanzas que versen sobre policía. Pero no esto significa que los Alcaldes tengan competencia para expedir "normas de conducta" sobre esta materia.

Por manera que los concejos pueden adoptar medidas reglamentarias sobre policía local en materia de ventas ambulantes, con base en el artículo 116 del Código de Policía, simplemente por que tal artículo los autoriza para ello.

Como en el caso *sub judice* el Concejo Municipal de Cúcuta prohibió las licencias para ventas ambulantes, se concluye que hubo exceso por parte del Cabildo al expedir disposiciones de prohibición y no de reglamentación.

Los vendedores estacionarios

Dentro de la limitada motivación del fallo apelado, dice el Tribunal que los vendedores estacionarios no pueden acogerse a las normas relacionadas con los vendedores ambulantes, por tratarse de modalidades diferentes del mismo oficio. Con respecto a los primeros, expresa:

"Como hasta la fecha no existe el estatuto del vendedor estacionario en plazas, andenes, calles o avenidas, Estatuto del cual (sic) está en mora de su expedición, el gobierno central, con el objeto de poner fin a los problemas que agobian a todos los Municipios importantes del país y en grado todavía mayor a los Municipios de la Zona

Fronteriza, el Cabildo Municipal tiene facultad para tomar disposiciones sobre ventas estacionarias.

"Como bajo el amparo del nombre de vendedores que se dicen ambulantes, se camuflan los vendedores estacionarios que tienen invadidos andenes, plazas, calles, lotes, convirtiéndose en vendedores obstáculos, pues como antes se dijo, si acaso el 1% ejerecen la profesión de vendedores ambulantes; puede el Concejo Generalizar por el bien colectivo de la ciudadanía y con el objeto de aclarar una situación molesta y enojosa".

Aunque hasta cierto punto los vendedores ambulantes y los estacionarios hacen parte del gremio de vendedores callejeros, puesto que unos y otros utilizan para sus actividades los andenes y vías urbanas, no se puede en el caso de autos "generalizar" las dos actividades, como lo sostiene el *a quo,* puesto que el Acuerdo se refiere separadamente a los mismos. Es suficiente con reparar en la forma como él está concebido. En efecto, dicho acto se refiere a "ventas ambulantes y estacionarios", esto es, disyuntivamente, cuestión esta que enlaza ambas actividades.

Planteada la diferencia de ocupaciones, se tiene que mientras el artículo 116 del Código Nacional de Policía faculta expresamente a las normas locales de la misma índole para reglamentar la de vendedor ambulante, *no hay precepto legal alguno que haga lo mismo con la de vendedor estacionario.* Pero esto no quiere decir que los concejos no puedan, en uso de sus facultades comunes, tomar previsiones al respecto, según el análisis que ya se hizo sobre el particular.

Lo anterior permite concluir que los concejos no tienen competencia para prohibir el oficio de vendedor ambulante sino para reglamentarlo, y que con respecto al de vendedor estacionario su regulación pueden hacerla dichas corporaciones acudiendo a las atribuciones sobre adopción de medidas convenientes para los municipios y a las disposiciones que protegen la ocupación de las calles.

Reducido el problema a los anteriores términos, se observa que el Tribunal se equivocó al mantener la intangibilidad del Acuerdo demandado en cuanto a la prohibición de expedir licencias para las ventas ambulantes. Pero lo mismo no se puede predicar sobre los permisos para las ventas estacionarias, pues frente a éstas el Concejo de Cúcuta sí tiene competencia para hacer ese tipo de prohibición.

Aunque prácticamente el parágrafo 4º del artículo 1º del Acuerdo cuestionado suspende los efectos del mismo si el 30 de junio de 1978 el Concejo de Cúcuta no hubiese expedido el estatuto sobre ventas ambulantes y estacionarias, de lo cual no hay constancias en los autos, procede en el presente caso un pronunciamiento de fondo porque dicho Acuerdo tiene existencia jurídica actual.

La conclusión

En el presente caso se debe revocar parcialmente la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a la nulidad del Acuerdo, sólo en cuan-

to a las licencias para las ventas ambulantes. En lo referente a las estacionarias debe confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Concejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal,

Falla:

REVOCASE PARCIALMENTE LA SENTENCIA APELADA y, en su lugar, se declara la nulidad del Acuerdo Nº 7 de 4 de enero de 1978, expedido por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, "Por el cual se toman disposiciones sobre ventas ambulantes y estacionarias", únicamente en cuanto a que el Acuerdo prohibe la expedición de permisos para ocupar las vías y aceras con ventas ambulantes.

Confírmase, en lo demás, dicha sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y, en firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisite de agosto de mil novecientos setenta y nueve.

Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

CONTROL FISCAL MUNICIPAL. — La vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y de los Municipios será ejercida por las Contralorías Departamentales, salvo determinación especial del legislador sobre Contralorías Municipales, o sea que el silencio permisivo de la Constitución sobre el control fiscal municipal fue sustiuido por una norma que lo atribuyó, en principio, a las Contralorías Departamentales, reservando al legislador la determinación sobre las condiciones generales para la existencia de Contralorías Municipales.

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

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Sesión del día 24 de agosto de 1979.

Referencia: 3137. Demandante: Gorgonio Palacios Cuesta.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado derogatoria de las súplicas de la demanda, que profirió el Tribunal Administrativo del Chocó.

El ciudadano Gorgonio Palacios Cuesta pidió al Tribunal que declarara la nulidad del Acuerdo Nº 01 de 1975 (noviembre 12), por el cual el Concejo Municipal de Condoto creó la Contraloría local, con fundamento en la violación de las siguientes disposiciones: artículo 197 de la Constitución Nacional y artículos 6º de la Ley 6ª de 1958, derogatorio del Decreto Legislativo 1839 de 1956 y 365 del Código Fiscal del Departamento del Chocó.

"El "*a quo* sostiene que, de acuerdo con las leyes 72 de 1926, 89 de 1936 y 115 de 1948, los municipios con un presupuesto cuyo valor sea o exceda de $ 200.000.00 están facultados para crear Contralorías Departamentales y concluye:

> "No siendo contrario al espíritu ni a la letra de la norma que se dice violada (artículo 187 de la Constitución Nacional), las mencionadas leyes sobre control fiscal son de 1926 y 1948, y todas daban a los Concejos Municipales facultad clara para crear tales organismos fiscalizadores, y como no contradicen ni el espíritu ni el principio constitucional enunciado debemos admitir que sí puede fiscalizar sus bienes y rentas, acorde con lo que la ley autoriza.
>
> Las consideraciones hechas hasta aquí son suficientes para concluir que los municipios sí pueden supervigilar y fenecer sus cuentas a traves de los Concejos Municipales quien (sic) me-

diante el mecanismo de auditorías o contralorías ejerzan tal control para garantizar el manejo de sus bienes y del erario Público Municipal".

Por un error en la distribución de los negocios, este proceso fue repartido en la Sección 2ª de esta Corporación, donde se surtió todo el trámite de la segunda instancia, pero el 13 de junio del año en curso, previo acuerdo con la Sección Primera, se dispuso enviarlo a ésta última para su decisión final.

La fundamentación del recurso

Sostiene el actor que debe revocarse el fallo porque de acuerdo con la Constitución y la ley, hoy por hoy, en virtud de la derogación del Decreto Legislativo 1839 de 1956, el control fiscal de los municipios corresponde en principio a las Contralorías Departamentales, como además lo tiene previsto expresamente para el Chocó, el artículo 365 del Código Fiscal departamental.

Concepto fiscal

La Fiscalía 4ª considera que debe confirmarse la sentencia apelada y argumenta así:

"Del simple cotejo de normas se deduce que la facultad de crear Contralorías Municipales, concedida por el Decreto 1839, no pudo derogarse por la Ley 6ª de 1958, artículo 6º, porque éste se refiere sólo a partidas de gastos de Contralorías Departamentales, derogando sí el Decreto 1839, pero sólo en lo pertinente, en cuanto resulte contrario a la nueva norma legal, esto es, respecto del artículo 9º Veamos las dos disposiciones:

Decreto 1839 de 1956, artículo 9º "Para el funcionamiento de las Contralorías Seccionales, en los presupuestos de los respectivos Departamentos y Municipios se incluirán necesariamente las partidas suficientes para el pago de las remuneraciones, viáticos y transportes del personal, servicios y elementos indispensables para el funcionamiento de tales organismos, partidas que en ningún caso serán inferiores en total al dos por ciento (2%) del monto de cada presupuesto, excluyendo los recursos del crédito".

Ley 6ª de 1958, artículo 6º: "Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder, en ningún caso, y para cada Departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos. Quedan... derogados los Decretos Legislativos 1839 del 1º de agosto de 1956; .....".

4º Como se observa, se mantiene intacta la facultad legal para creación de Contralorías Municipales en un ordenamiento que lejos de contraponerse armoniza con el artículo 197, de la Constitución Nacional, norma que el demandante considera vulnerada con el acto enjuiciado.

Por lo demás, el artículo 190 de la Constitución Nacional señala:

"... la vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales".

El concepto de esta Agencia del Ministerio Público se emite en el sentido de solicitar que se confirme la sentencia apelada.

Consideraciones de la Sala

Sólo, a partir de la Reforma de 1945, el control fiscal adquiere jerarquía constitucional, cuando en los artículos 59 y 60 se ocupa la Carta de la Controloría General de la República y en los artículos 187 se refiere a las Contralorías Departamentales. No se hizo mención en la Carta al control fiscal en la esfera Municipal, pero se entendió que, como no existía prohibición constitucional, los distritos podrían crearlo y organizarlo, con las limtiaciones que estableciera la ley, en desarrollo de las atribuciones que la Constitución confería a los Concejos de ordenar lo conveniente para la administración local dentro de los marcos legales (artículo 197 Constitución Nacional).

Desde la expedición de la Ley 72 de 1926 el legislador comenzó a ocuparse del control fiscal en el orden municipal al prescribir que el Concejo Municipal de Bogotá estaba facultado para dictar disposiciones de este carácter para el manejo, inversión, recaudo y rendición de cuentas sobre rentas y bienes del Distrito, así como para crear los organismos que ejercieran esas funciones.

Por medio del artículo 19 de esta ley se hizo extensiva la regulación a las capitales de los departamentos y a las ciudades de cincuenta mil habitantes. Por medio de la Ley 89 de 1936 se dispuso que podrían ejercer la misma facultad los municipios que sean capitales de los departamentos y los demás con un presupuesto no inferior a $ 300.000.00. Posteriormente la Ley 115 de 1948 extendió aún más la atribución hasta comprender a los municipios con un Presupuesto de $ 200.000.00 o mas.

Las disposiciones precedentes fueron modificadas por el Decreto Legislativo Nº 1839 de 1956 mediante el cual se adoptaron normas para la unificación del control fiscal en cuyo artículo 5º se dispuso:

"En los Municipios capitales de Departamento y en aquellos cuyo Presupuesto anual de rentas e ingresos sea mayor de $ 2' 000.000.00 funcionarán Contralorías Municipales; los Municipios que no sean capitales de Departamento, cuyo Presupuesto anual de rentas e ingresos sea mayor de un millón de pesos, sin exceder de dos millones tendrán auditores que nombrarán los Contralores Departamentales; y en los demás, la función fiscalizadora la ejercerán dichos contralores departamentales por medio de empleados de su dependencia".

Se advierte con toda claridad una reacción contra el criterio anterior demasiado amplio y generoso, bien porque los límites de cuantía se hubieren tornado irrisorias o, quizás, porque los Concejos de poblaciones pequeñas se hubiesen excedido en el uso de la facultad. Pero sea como fuere, es lo cierto que, por virtud del inciso 2º del artículo 6º de la Ley 6ª de 1958, se derogaron expresamente todas las

disposiciones del Decreto Legislativo 1839 de 1956. Así las cosas y como quiera que la Constitución no tenía ninguna norma relativa al control fiscal en la esfera municipal, debía entenderse que a partir de la vigencia de la referida ley, los Concejos Municipales, sin ninguna excepción, ni limitación podrían organizar el control fiscal en la esfera municipal.

Esta situación se mantuvo hasta cuando entró en vigencia el Acto Legislativo de 1968 en cuyo artículo 59, que corresponde al 190 de la Codificación actual se dispuso lo siguiente: "... *La vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales*".

La norma en referencia no fue adoptada en la primera vuelta del Acto Legislativo como puede verificarse en la página 400 de la publicación oficial que se hizo en 1969 bajo el título "Historia de la Reforma Constitucional de 1968". En el texto unificado que se sometió a la consideración del Congreso para la segunda vuelta (artículo 61) se preveía que "La vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y sus entidades descentralizadas, corresponde a las Contralorías Departamentales. Igual atribución en relación con los municipios y sus entidades descentralizadas tendrán las contralorías Municipales, donde existan, conforme a la ley" (opus cit. pág. 461). El ponente del proyecto unificado para primer debate en el Senado se limitó a decir, en relación con este punto lo siguiente:

> "La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y sus entidades descentralizadas, dice el inciso 2º del artículo 190 (61 del proyecto), corresponde a las Contralorías Departamentales.
>
> Igual atribución se otorga en el mismo artículo a las Contralorías Municipales, con relación a los respectivos municipios y entidades descentralizadas.
>
> Se requiere el fortalecimiento del control fiscal. Pero el legislador deberá revisar las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, que dieron a las capitales de los departamentos y municipios con presupuesto de $ 300.000.00 la facultad de crear sus propios organismos de control fiscal".

Queda pues, verificado que en la Historia de la Reforma Constitucional no quedaron registrados los motivos que inspiraron la nueva disposición contenida en el artículo 190 de la Codificación Constitucional vigente.

De todas suertes, es evidente que la disposición hoy vigente consagra como norma general que la vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios será ejercida por las Contralorías Departamentales, salvo determinación especial del legislador sobre contralorías municipales, o sea que el silencio permisivo de la Constitución sobre el control fiscal municipal fue sustituido por una norma que lo atribuyó, en principio, a las Contralorías Departamentales, reservando al legislador la determinación sobre las condiciones generales para la existencia de Contralorías Municipales.

Pero no obstante el viraje anotado, podría pensarse que las regulaciones de orden legal anteriores al Acto Legislativo de 1968, en cuanto determinaban qué municipios podían crear sus propias contralorías, serían conciliables con el nuevo precepto constitucional y que, por lo mismo, pudieran ser aplicables para precisar el alcance de la salvedad que hizo el constituyente. Sinembargo, como tales regulaciones perdieron existencia jurídica, por derogación expresa de la Ley 6ª de 1958, según quedó establecido antes, la conclusión inevitable es que, hoy por hoy, los municipios que no hubieren creado sus propios organismos de control fiscal antes de la expedición del Acto Legislativo de 1968 deben estar sometidos a la vigilancia fiscal de las Contralorías Departamentales conforme al precepto general de la Constitución, pues la salvedad allí mismo prevista es inoperante mientras el legislador no dicte las disposiciones correspondientes que la desarrollen.

Por consiguiente, concluye la Sala que en el caso de autos le asiste razón al demandante cuando afirma que el Municipio de Condoto no puede sustraerse a la vigilancia fiscal de la Contraloría Departamental del Chocó prevista en el Código Fiscal de esa Sección que en su artículo 365, determina que ese organismo también debe ejercer la referida función con respecto a los municipios del departamento, lo cual significa que el acuerdo cuya nulidad se demanda y por el cual se crea la Contraloría municipal es violatoria del artículo en mención. También a juicio de la Sala lo es del artículo 190 de la Constitución Nacional por las razones ya expuestas.

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

Falla:

Revoca la sentencia recurrida y en su lugar declara la nulidad del Acuerdo Nº 01 de 1975 (noviembre 12) expedido por el Consejo Municipal de Condoto y en virtud del cual se creó la Contraloría Municipal.

Previa ejecutoria, remítase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Alfonso Arango Henao, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.*

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.



CAPITULO TERCERO

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DEL ORDEN MUNICIPAL

SUSPENSION PROVISIONAL. — No se puede condicionar la suspensión provisional de un acto acusado a que se haya producido con posterioridad a la vigencia de la norma jurídica superior que se dice violada.

PROCEDIMIENTO GUBERNATIVO. — Hay que distinguir entre recursos y reclamaciones. Los artículos 13 y 14 del Decreto 2733 de 1959 no habla de reclamaciones sino de recursos, por lo tanto, no es correcto sostener que dichos artículos regulen la forma como deben los particulares formular sus peticiones de reclamación ante las autoridades gubernamentales. Procedimiento en asuntos departamentales y municipales.

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

(Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra)

Referencia: Radicación 6192. Apelación del auto del 21 de noviembre de 1978 proferido por el Tribunal del Valle. Juicio de Nulidad del artículo 6º del Acuerdo Nº 19 de 1959, expedido por el Concejo Municipal de Cali. Actor: Sociedad Exportadora Interamericana S. A. Expasa.

En apelación llega a este despacho el auto de 21 de noviembre de 1978 del Tribunal administrativo del Valle que niega la suspensión provisional del artículo 6º del Acuerdo Nº 19 de 1959, expedido por el Concejo Municipal de Cali.

Antecedentes

El acto acusado reza así:

"Artículo 6º (Acuerdo 19 de 1959): Para que las reclamaciones puedan ser atendidas, los interesados deberán hacerlo por escrito en papel sellado, presentar el recibo de paz y salvo, por concepto de Industria y Comercio, y el balance comercial autenticado por la Cámara de Comercio de Cali".

El actor acusa esta norma como violatoria del artículo 14 del Decreto 2733 de 1959 por cuanto 'establece un procedimiento distinto por la vía gubernativa municipal, contra la orden expresa de la ley". Acusa también la mencionada norma como violatoria del derecho de petición establecido por el artículo 45 de la Constitución Nacional.

El Tribunal Administrativo del Valle aceptó la demanda pero negó la suspensión provisional sobre el siguiente argumento: "El Acuerdo 19 de 1959, aprobado por el Concejo Municipal de Cali, y que

en su artículo 6º ha sido objeto de la demanda, lleva fecha de abril 1º (1959) y el Decreto 2733 de 1959, invocado en su artículo 14, lleva fecha de 7 de octubre de (1959), confrontación ésta que permite concluir que cuando entró en vigencia el Decreto 2733 de 1959, ya se había aprobado el Acuerdo 19 de 1959, por el Concejo Municipal de Cali. De lo cual se concluye, que no es procedente invocarlo para los fines de la suspensión provisional, y por ello, ésta habrá de negarse".

El auto en mención fue apelado el 19 de enero de 1979. Corridos los traslados, el actor no sustentó el recurso.

Para resolver se considera

El artículo 65 del Código Contencioso Administrativo señala que: "Son acusables igualmente los acuerdos y otros actos de los Concejos Municipales en el concepto *de ser contrarios* a la Constitución, la ley, ..." (subrayado de la Sala). La norma habla de una contradicción entre el acuerdo y la ley, la cual no depende del momento en que se expidió uno y otro acto. No es correcta la interpretación del Tribunal que condiciona la suspensión provisional de un acto acusado a que aquel se haya producido con posterioridad a la vigencia de la norma jurídica superior que se dice violada. Sostener tal tesis conduce al absurdo de impedir la acción contra Acuerdos, Ordenanzas y Decretos francamente ilegales o inconstitucionales por el simple hecho de que la ley o la norma constitucional fue expedida con posterioridad a la vigencia del Acuerdo, Ordenanza o Decreto, lo cual contraría la jerarquía de las normas tan esencial a nuestro ordenamiento jurídico.

De otra parte, la Sala destaca el argumento del libelista cuando sostiene: "Las transcritas disposiciones en ningún momento otorgan a los Concejos Municipales autorización para modificar el *procedimiento gubernativo*... El artículo 14 del Decreto 2733 de 1959 a la letra establece lo siguiente: 'Artículo 14. De uno y otro recurso ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto o de quince días contados desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, para el caso previsto en el parágrafo primero del artículo undécimo. Transcurridos estos plazos sin que se hubiere interpuesto el recurso, la providencia quedará ejecutoriada'. Esta norma está señalando la forma como los particulares deben formular sus peticiones de reclamación ante las autoridades gubernamentales. Su observancia es obligatoria para los Municipios y mal pueden los Concejos Municipales exigir requisitos distintos para que los ciudadanos puedan formular sus peticiones y reclamaciones".

Este argumento merece varias observaciones:

1º Hay que distinguir entre recursos y reclamaciones. Es claro que el término recurso es genérico y el término reclamación es específico. Por lo tanto, cuando el artículo 6º del Acuerdo 19 de 1959 habla de reclamación está haciendo referencia a una especie que cabe dentro del término genérico de los recursos. Esto es claro, si se observa el contexto de las normas que regulan en Colombia el llamado procedimiento gubernativo: en éllas existen recursos de reclamación, de apelación, de reconsideración, de reposición, etc. Los artículos 13 y 14

del Decreto 2733 de 1959 no hablan de reclamaciones sino de recursos. Por lo tanto, no es correcto como lo sostiene el libelista que dichos artículos regulen la forma como deben los particulares formular sus peticiones de reclamación ante las autoridades gubernamentales. Por el contrario ellos hacen referencia a recursos que como observa González Rodríguez pueden definirse como los medios que el derecho establece para obtener que la administración, en vía gubernativa, revise su acto y lo confirme, modifique o revoque.

No es por lo tanto claro que puedan asimilarse los recursos que en forma genérica establece el Decreto 2733 de 1959 con las reclamaciones del Acuerdo demandado. Unas y otras hacen referencia a cosas distintas que no se pueden asimilar por lo menos a primera vista.

2º Tampoco es claro que exista contradicción entre el Decreto 2733 de 1959 y el artículo 6º del Acuerdo demandado, por cuanto ésta última disposición se limita a establecer algunas condiciones de presentación formal de la reclamación que autoriza el mismo Acuerdo demandado en su artículo 5º.

3º En asunto análogo, fallado el 17 de noviembre de 1977, el doctor Dangond Flórez, quien ejercía a la sazón el cargo de fiscal ante el Consejo de Estado conceptuó: "La Ley 4ª de 1913 sobre régimen político y municipal, en su artículo 336, autorizó a las Asambleas para fijar las reglas de procedimiento en los asuntos departamentales y municipales, y el artículo 19 del Decreto 2733 de 1959 dispuso que en tales asuntos se deben seguir las reglas previstas por los artículos 10 a 18 *'salvo cuando las ordenanzas establezcan reglas especiales* en asuntos que sean de la competencia legislativa de las Asambleas". (subrayado de la Sala).

Este punto de vista del doctor Dangond, que la Sala acoge a plenitud, lleva al natural convencimiento que existen puntos relativos al derecho local que deben ser discutidos y probados antes de producir un fallo definitivo. Sin tales elementos de juicio no puede decirse que existe manifiesta contradicción entre el artículo 14 del Decreto 2733 de 1959 y el acto acusado, pues es necesario tener la certeza que en el caso de autos no aplica la excepción a que hace referencia el artículo 19 del mismo decreto.

En mérito de lo dicho, la Sala de lo Contencioso Administrativo, en su Sección Cuarta, administrando justicia,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, (ausente); *Enrique Low Murtra.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y PREDIAL. En principio los Concejos tienen facultades para aumentar el impuesto de industria y comercio según el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 y el artículo 1º de la Ley 84 de 1915. Los concejos no pueden rebasar los límites legales sobre el impuesto predial urbano y rural.

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

(Consejero ponente: *Doctor Alfonso Angel de la Torre*)

Referencia: Expediente Nº 6297. Apelación auto de 14 de marzo de 1979 del Tribunal Administrativo del Tolima. Nulidad y suspensión provisional del Acuerdo Nº 33 del Concejo Municipal del Espinal. Actor: Gonzalo Gómez Jaramillo.

El doctor Gilberto Perdomo Oyuela, en su condición de apoderado especial del Municipio del Espinal, interpuso recurso de apelación contra el auto de 14 de marzo de 1979, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Tolima suspendió provisionalmente el Acuerdo número 33 del 4 de septiembre de 1978, originario del Concejo Municipal del Espinal, recurso que se entra a resolver de plano de conformidad con lo ordenado en el artículo 96 del Código Contencioso Administrativo, con la advertencia de que el impugnador simplemente se limita a interponerlo.

El Acuerdo acusado establece una *contribución para el funcionamiento del Cuerpo de Bomberos de la localidad, calculado con base en el impuesto predial urbano* y rural, de conformidad con tarifa diferencial en el mismo señalada y, por otra parte, aumenta *al parecer, el impuesto de industria y comercio con el mismo* fin, al señalar con notoria impropiedad de terminología, en el artículo 2º:

"Grávase el impuesto de Industria y Comercio, sobre la siguiente base de contribución:

"a) Menor de	100.00	mensualmente	$ 20.00
b) De $ 101.00 a	300.00	mensualmente	$ 30.00
c) De $ 301.00 a	600.00	mensualmente	$ 40.00
d) De $ 601.00 en adelante		mensualmente	$ 50.00

"....

El Tribunal y el demandante consideraron que con el acto acusado se violó ostensiblemente el ordinal 2º del artículo 197 de la Constitu-

ción Nacional en cuanto sólo autoriza a los Concejos para votar contribuciones y gastos locales, "en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas".

El Tribunal razonó así para decretar la suspensión provisional:

"El H. Concejo Municipal del Espinal en una forma plausible, quiso dotar al municipio de un Cuerpo de Bomberos, entidad ésta a todas luces benéfica y necesaria para el conglomerado social, pero para el funcionamiento de la misma institución, para la adquisición y mantenimiento de equipo, creó las rentas con base en el impuesto predial urbano y rural según las tarifas que para el efecto especificó.

"La circunstancia de crear o aumentar los impuestos predial y de Industria y Comercio, se lleva de calle lo estatuido en el ordinal 2º del artículo 197 de la Constitución Nacional porque ni los Concejos ni las Asambleas pueden actuar mientras no haya una norma positiva que les dé la atribución para establecer nuevas contribuciones.

"En el caso que nos ocupa no existe ley u ordenanza que permita o autorice al H. Concejo del Espinal establecer la contribución para el funcionamiento del Cuerpo de Bomberos tomando como base el impuesto predial y urbano y rural.

"Con lo anterior,sin necesidad de entrar a hacer análisis alguno se encuentra demostrado el choque manifiesto entre el acto acusado y la norma constitucional que el actor citó como infringida por el acto demandado".

Para que proceda la declaratoria de suspensión provisional, como bien lo ha reiterado la Sala en numerosas providencias, el Código Contencioso Administrativo exige una contradicción evidente y ostensible entre el acto acusado y una norma superior que se estima violada, caso que objetivamente y a primera vista, parece ser el ocurrido con la providencia demandada en cuanto al establecimiento de la nueva contribución con base en el impuesto predial urbano y rural, que los Concejos no pueden rebasar de los límites legales por carecer al efecto de atribución emanada de la ley.

Empero, no sucede lo mismo con el *aumento del impuesto de industria y comercio que la Sala entiende haber sido lo que quiso el* Concejo a pesar de la desafortunada terminología empleada al efecto, porque al menos en principio, los Concejos sí tienen facultad para ello de conformidad con las atribuciones que en el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 se concedieron al Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá y que, posteriormente, se hicieron extensivas a los Concejos Municipales en general, por el artículo 1º de la Ley 84 de 1915.

En tales circunstancias, el quebrantamiento del ordinal 2º, del artículo 197 de la Constitución Nacional, invocado por el demandante, no se advierte *"prima facie"*, sino respecto de la creación de la contribución con base en el impuesto predial urbano y rural.

Por las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

Resuelve:

Confírmase el auto apelado, exclusivamente en la parte correspondiente a la suspensión provisional del artículo 1º del Acuerdo número 33 del 4 de septiembre de 1978, referente al establecimiento de la contribución para el funcionamiento del Cuerpo de Bomberos, con base en el impuesto predial urbano y rural y la respectiva tarifa en el mismo señalada y, revócase en todo lo demás.

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

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

Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO CUARTO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

PLAZAS DE MERCADO. — Son un servicio público a cargo de los municipios, siendo o debiendo ser generalmente sus usuarios los productores y consumidores del respectivo Municipio. Los vendedores de las Plazas de Mercado no son arrendatorios de los Municipios o de las entidades municipales que tengan por encargo prestar ese servicio público, sino concesionarios de los medios materiales e inmateriales que se les adjudican, debiendo pagar como contraprestación una tarifa que, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 929 de 1943, deben ser aprobadas por el respectivo Gobernador, el que tiene facultad de revisarlas.

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

(Consejero ponente: *Doctor Jacobo Pérez Escobar*)

Referencia: Expediente Nº 3026. Actor: Héctor Emilio Hoyos Hoyos.

El señor Héctor Emilio Hoyos Hoyos, mediante apoderado y en ejercicio de la acción contencioso administrativa consagrada en el artículo 66, demandó ante el Tribunal Administrativo de Caldas que "se declare la nulidad de las Resoluciones Nºs 014 de 20 de junio de 1977 y 021 de septiembre 3 de 1977, emanadas ambas de la H. Junta Administradora de las Empresas Públicas Municipales de Riosucio Caldas, por cuanto ellas son notoriamente violatorias de las disposiciones legales" que él señala.

I. La sentencia recurrida

Surtida la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Caldas profirió la sentencia correspondiente, que lleva fecha 16 de octubre de 1978, en virtud de la cual denegó las peticiones de la demanda. Para esta decisión el Tribunal tuvo en cuenta las siguientes razones:

1º "El punto central de la argumentación del actor, dice el Tribunal, para solicitar la nulidad de los actos administrativos enjuiciados, lo hace consistir en que las Empresas Públicas de Riosucio celebran contratos de arrendamiento con los usuarios de los puestos, locales o expendios de la Plaza de Mercado y, además, parece dar a entender que ésta no está comprendida dentro de lo que debe tenerse como un verdadero servicio público, como se desprende de la afirmación consignada en la demanda, al decir que el hecho de que el artículo 1º de la Resolución Nº 014 de junio 20 de 1977 hubiese empleado la expresión 'tasa de servicios' en lugar de arrendamientos, en nada modifica la situación real, pues se sabe que por 'servicios públicos' se entienden los de energía eléctrica, acueducto, aseo alcantarillado

y teléfono. Como así lo recalca también en su alegato de conclusión" (folios 53 y 54).

A lo anterior observa el Tribunal que "si ciertamente se tratara, por hipótesis, de un verdadero contrato de arrendamiento el hecho de dar las Empresas Públicas de Riosucio, los puestos, locales o expendios a varias personas o usuarios para que en ellos se vendan víveres, mercancías, carnes, comidas, panela, etc., tal acuerdo de voluntades no fue demostrado por el accionante, pues no acató las normas de derecho que ordenan al actor probar sus afirmaciones, desconociendo la fórmula romana que dice: *"actori incubit probatio"* (folio 54).

2ª "De otra parte, según el artículo 7º del Acuerdo Nº 015 de marzo 12 de 1969, por medio del cual se creó el Establecimiento Público denominado Empresas Públicas de Riosucio, folios 20 y siguientes del juicio, se establecen que la Junta Directiva de él tiene facultad de fijar las contribuciones por servicios, disposición ésta que le prohibe celebrar contratos de arrendamiento de todas las Empresas o sobre una parte de ellas, es decir, no puede dar en tal carácter ninguno de los bienes que conforman dicho establecimiento.... Por lo anterior, piensa la Sala que al no poder existir verdadero contrato de arrendamiento en la forma civil predicada, mal puede hablarse de congelación de cánones de arrendamiento por ese concepto" (folios 55 y 56).

3ª "El accionante afirma en el hecho primero del libelo de que en 'la resolución mencionada se empleó la expresión 'tasa de servicios', lo cual, como veremos adelante, es un grave error, quizás para tratar de justificar el ilegal reajuste". El Tribunal considera que con vista en los estatutos y específicamente en el Acuerdo Nº 15, ha de llegarse necesariamente a la conclusión de que en forma idéntica a los servicios de luz, agua, teléfono, alcantarillado, etc., 'los mercados incorporados en el texto, presentan todas las características de un verdadero servicio a la comunidad, es decir, pertenecen a la categoría de un servicio público". Por otra parte señala que el Decreto Nº 015 de 8 de mayo de 1974, por el cual se expiden los estatutos del Establecimiento Público Autónomo: 'Empresas Públicas de Riosucio', dice en su artículo 29 que por los servicios que preste el establecimiento, cobrará tasas de acuerdo con las tarifas existentes en la fecha de su organización, o con la que se adopte de conformidad con las leyes y los mismos estatutos; el artículo 50, Funciones de la Junta Directiva, preceptúa en su literal c) que ella fija las tasas y tarifas de los servicios que presten las empresas; y el 53, Funciones del Gerente, atribuye a éste en su literal m) la facultad de elaborar y presentar a la Junta Directiva los proyectos sobre las tarifas que deba cobrar el establecimiento por los servicios que preste" (folio 57).

4ª Concluye el Tribunal que "por las razones anteriores puede afirmar que con los actos acusados no se violó el estatuto legal de congelación de las rentas de arrendamiento" (folio 58).

II. *Razones de la impugnación a la sentencia*

Aunque el actor no alegó de conclusión, al interponer el recurso ante el *a quo* lo sustentó de la siguiente manera:

1º) Como la sentencia tiene entre sus fundamentos el hecho de no haberse aportado al proceso la prueba del contrato de arrendamiento, la deficiencia probatoria se debe a que no existe documento alguno sobre el mismo. Sin embargo, como el contrato de arrendamiento no es solemne, su existencia puede no constar por escrito. Basta para hacerlo nacer el acuerdo de las partes, si este cumple lo dispuesto por el artículo 1973 del Código Civil. "En el presente caso, está plenamente demostrado que las Empresas permiten el goce o uso de unos locales y puestos en la Plaza de Mercado, a cambio de que el usuario les pague una suma mensual de dinero" (folio 66). Como pruebas obran en el proceso varios certificados expedidos por el Gerente de las Empresas Públicas de Riosucio y los testimonios de Eduardo Londoño Gómez, Norma Taborda y el doctor Niceas Trejos Betancur (folios 67 y 68).

2º) Sostiene el demandante que la sentencia recurrida afirma que cuando las Empresas permiten el goce o uso de los locales, puestos y espacios ya mencionados, a cambio de una suma mensual de dinero, están prestando un servicio público y que por ello no se puede hablar de arrendamiento. Considera que se está haciendo una injurídica identificación entre el medio material necesario para prestar un servicio público y el servicio público mismo y cita al efecto el artículo 1º del Decreto 753 de 1956, que define lo que es un servicio público.

De acuerdo con las ideas anteriores, expresa el recurrente que "la edificación en donde funciona el mercado cubierto de Riosucio, no es más que un edificio destinado a la prestación de un *servicio público de mercado*, servicio que, entre otras cosas, no lo prestan las Empresas propietarias de ella, sino los particulares que utilizan los locales, puestos y espacios del edificio, para ofrecer al público las mercancías que necesitan para su subsistencia. Si por alguna eventualidad fuera indispensable evacuar ese edificio y trasladar el mercado a otro sitio, en este nuevo sitio continuaría prestándose el servicio público de mercado, cualquiera que fuera el propietario del mismo y tratándose de una edificación o no, pues no es el sitio en donde se cumple, lo que le da carácter de servicio público a una determinada actividad, sino la naturaleza de ésta" (folios 68 y69).

III. *Concepto del fiscal*

En su concepto de fondo, el señor Fiscal Primero de la Corporación es de opinión de que debe impartirse confirmación al fallo recurrido, porque se apoyan sus argumentaciones en sólidos principios jurídicos que dicha Agencia del Ministerio Público comparte en su integridad (folios 79 a 82).

IV. *Consideraciones de la Sala*

Ejecutoriado el auto de citación para sentencia y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado en el proceso, esta Sala entra a decidir con base en las siguientes consideraciones:

1. EL PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO EN LA DEMANDA. La Junta Administradora de las Empresas Públicas Municipales de Riosucio (Caldas), con fecha 20 de junio de 1977 dictó la Resolución

Nº 14, mediante la cual reajustó "a partir del 1º de julio de 1977 las tasas de servicios que venían rigiendo desde el año de 1975 para los puestos, expendios y locales de la Plaza de Mercado de Riosucio en un ciento por ciento (100%)" (artículo 1º), porque hacía dos años que no se reajustaban "a pesar del constante y permanente incremento de los artículos que allí se expenden" y por la necesidad de "adelantar una reestructuración de la Plaza de Mercado que comprenderá, redistribución, remodelación y ampliación de la misma" (considerandos 1º y 3º).

Luego mediante la Resolución Nº 21 de 3 de septiembre de 1977, la misma Entidad denegó la petición del doctor Roberto Echeverry Sepúlveda, fechada el 26 de julio de 1977 y por medio de la cual solicitó la revocatoria de la resolución anterior.

Posteriormente el actor demandó las anteriores resoluciones por considerar que ellas violan en forma ostensible el artículo 1º del Decreto Nº 2770 de 1976, por el cual se dispuso "congelar los precios de los arrendamientos de bienes raíces urbanos a partir del 27 de diciembre de 1977". Pues considera que al reajustarse las tarifas, se está realmente aumentando el cánon de los arrendamientos de puestos, expendios y locales de la Plaza de Mercado de Riosucio, lo cual no se puede hacer al tenor de la citada norma nacional.

Agrega el actor que en el caso *sub judice* se trata de un legítimo contrato de arrendamiento, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1973 del Código Civil.

Por las mismas razones se violaron el artículo 2º del Decreto 2770 de 1976 y su Decreto Reglamentario Nº 63 del mismo año.

2. EXAMEN DEL CARGO DE ILEGALIDAD. En primer lugar observa la Sala que en relación con el asunto debatido en el presente proceso, existen normas claras y precisas que deben tenerse en cuenta para resolver el caso planteado, normas olvidadas por el Tribunal en su fallo, tal vez porque se limitó al análisis de las consideraciones hechas por el demandante en su libelo.

En efecto, sobre plazas de mercado existen las siguientes normas:

Conforme al numeral 15 del artículo 169 del C. de R. P. y M., corresponde a los Concejos "señalar el día o días en que deba tener lugar el mercado público".

Según el artículo 1º del Decreto 929 de 1943, los Municipios deben establecer "sitios de expendio dentro del perímetro urbano, de modo que los productores encuentren siempre facilidades para vender directamente sus productos".

También se dispone en el artículo 2º *ibídem*, que "los municipios no podrán exigir impuesto, contribución o derecho alguno, ni prohibir a los campesinos que expendan directamente sus productos, cuando no se les hubiere señalado sitio adecuado en los mercados de que trata el artículo anterior y vendieren los víveres en cualquier parte del perímetro urbano".

El artículo 3º *ibídem* establece lo siguiente: "Desde el primero (1º de junio del año en curso las tarifas fijadas en los Municipios para

los mercados no podrán regir sin la aprobación del respectivo Gobernador. Los Gobernadores de los Departamentos quedan investidos de la facultad de revisar las tarifas de los mercados municipales, con el objeto de que no se vulneren los intereses de los productores y no se entorpezca el comercio de los artículos de primera necesidad".

De acuerdo con la letra y el espíritu de las normas anteriores, las "Plazas de Mercado", que pueden ser cubiertas, al aire libre o semicubiertas, son un servicio público a cargo de los Municipios, siendo o debiendo ser generalmente sus usuarios los productores y consumidores del respectivo Municipio, o sea que la ley busca con la prestación de este servicio eliminar hasta donde sea posible la intermediación entre el productor y el consumidor. Para obtener esta finalidad los Concejos deben señalar un sitio adecuado y dotarlo de los medios materiales y de los servicios indispensables para que los usuarios, o sea la comunidad, puedan hacer uso de él *adecuadamente*. De suerte que no les basta a los Municipios señalar un sitio cubierto o cerrado, sino que además deben dotarlo de locales, expendios y puestos, así como, si ello es posible, de los servicios de agua, luz, sanitarios, aseo, vigilancia, etc. Esto quiere decir que el servicio público de mercado o de Plaza de Mercado consiste en la actividad organizada que pone a disposición de productores y consumidores, y aún de los intermediarios, un conjunto de elementos materiales e inmateriales, para satisfacer en forma regular y continua la necesidad colectiva de adquirir los artículos de primera necesidad a precios no especulativos.

De lo anterior se desprende que los vendedores de las "plazas de Mercado" *no son arrendatarios de los Municipios o de las entidades municipales que tengan por encargo prestar ese servicio público, sino concecionarios de los medios materiales e inmateriales que se les adjudican, debiendo pagar como contraprestación una tarifa que fija unilateralmente la Administración Municipal, tarifas que, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 929 de 1943, deben ser aprobadas por el respectivo Gobernador, el que tiene facultad de revisarlas,* "con el objeto de que no se vulneren los intereses de los productores y no se entorpezca el comercio de los artículos de primera necesidad".

Precisamente *por ser un servicio Municipal el de "mercado público" es que está sujeto a las reglamentaciones que sobre el particular dicte el Municipio, debiendo el Concejo, como lo dispone* el numeral 15 del artículo 169 del C. de R. P. M., "señalar el día o días en que deba tener lugar".

Lo antes expuesto bastaría para afirmar que las "Plazas de Mercado" constituyen un servicio público, ya que se trata de "actividades organizadas que tienden a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial". Pero hay algo más, el artículo 1º del Decreto 753 de 1956, del cual se acaba de transcribir lo anterior, prescribe que "constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:.... e) Las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados".

Aunque el concepto del contrato de concesión que trae el artículo 92 del Decreto Ley 150 de 1976 pertenece al siglo XIX, puesto que se

le define vinculado a la construcción, montaje, instalación, mejora, adición y conservación de una obra pública, la Sala considera que los adjudicatarios de los locales, expendios y puestos de las plazas de mercado son verdaderos concesionarios de un servicio público, en el sentido de que la vinculación jurídica entre la entidad pública propietaria o administradora y los expendedores se hace a través de una concesión, que generalmente tiene algunas formalidades, como la simple inscripción ante aquélla. Pero aquí debe entenderse por concesión el acuerdo mediante el cual la entidad pública encarga a un particular, bajo las prescripciones de un reglamento, de hacer funcionar un servicio público o de colaborar en la prestación del mismo por su cuenta y riesgo (Véase Vidal Perdomo, Jaime, Derecho Administrativo General, Edit. Temis, Bogotá, 1966, pág. 431 y ss).

Es suficiente lo expuesto para concluir que las resoluciones acusadas dictadas por la Junta Administradora de las Empresas Públicas Municipales de Riosucio (Caldas) no violan el Decreto 2770 de 1976 ni su Decreto Reglamentario Nº 63 del mismo año, en cuanto se reajustan unas tarifas para los usuarios de los locales, expendios y puestos de la Plaza de Mercado del expresado Municipio, uso que conlleva el de otros servicios. Otra cosa sería el que las mencionadas tarifas no se les hubiese dado todo el trámite señalado en el artículo 3º del Decreto 929 de 1943, lo cual pudiera afectarlas de ilegalidad, pero este no es asunto planteado en el libelo ni hay constancias en el expediente de que se prescindió de dárseles dicho trámite. Pero como quiera que los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad, es el caso de considerar que el Gobernador de Caldas les impartió su aprobación por no haber prueba en contrario.

En mérito de las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su colaborador Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas con fecha 16 de octubre de 1978, en virtud de la cual denegó las peticiones de la demanda.

Ejecutoriada que quede la presente providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiseis de octubre de mil novecientos setenta y nueve.

Mario Enrique Pérez Velasco, Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — No es posible demandar el cumplimiento de un contrato y probar como "causa para pedir", la nulidad absoluta del mismo. La nulidad del contrato tiene como consecuencia la restitución de las partes al estado anterior, pero ello es solo posible cuando no proviene la nulidad de causa u objeto ilícitos, pues en tales eventos nada puede pedir quien haya intervenido en él (artículo 1746 y 1525 del Código Civil). El Decreto Ley 150 de 1976 permite la celebración verbal de contratos de obras por cuantía inferior a $ 200.000.00 y no el fraccionamiento de contratos por cuantía superiores.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, diciembre trece de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango*)

Referencia: Expediente Nº 2408. Actor: Edilberto Sánchez Díaz.

En escrito presentado ante esta Corporación el 25 de enero de 1978, el ciudadano EDILBERTO SANCHEZ DIAZ, por medio de apoderado, formula demanda contra la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) a efecto de que, previos los trámites de un juicio contencioso administrativo, se hagan las siguientes condenas:

"a) Condenar a la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) al reconocimiento y pago en favor del señor EDILBERTO SANCHEZ DIAZ, la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOCE ($ 338.012.00) PESOS MONEDA CORRIENTE, más sus intereses corrientes a partir del 6 de septiembre de 1973 y hasta cuando el pago en realidad se realice; y

"b) Condenar a la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) a que el pago a que se hace referencia es el numeral anterior se haga dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este proceso".

Como hechos expuso los siguientes:

"1º El Distrito de Conservación de Carreteras Nº 13, dependiente del Miniserio de Obras Públicas y Transporte, con sede en la ciudad de Villavicencio pone a su cargo la conservación, mantenimiento y reparación de la carretera Bogotá - Villavicencio, sector Puente Quetame - Villavicencio.

"2º. A finales del año 1972 y comienzos de 1973, se presentó en esta región Puente Quetame - Villavicencio, un fuerte y crudo invierno que dejó, como consecuencia lógica, la destrucción de dicha carretera como

resultado de los derrumbes y deslizamientos de tierras que en más de una oportunidad impidieron el normal y libre tránsito por dicha vía. Este hecho fue público y notorio, originó paros cívicos en Villavicencio.

"3º El anterior Ministro de Obras Públicas, doctor Argelino Durán Quintero, ordenó al Jefe del Distrito de Carreteras Nº 13 para ese tiempo, doctor EMILIANO VALECILLA BEJARANO, la contratación de las obras que fueran necesarias para garantizar un paso normal por dicha vía, autorización que se hizo en forma verbal.

"4º Dada la gravedad de la situación presentada en dicha carretera y la urgencia de llevar a cabo las reparaciones en la misma, el Jefe del Distrito aludido procedió a contratar, entre otros, con mi poderdante EDILBERTO SANCHEZ DIAZ, la realización de las siguientes obras: La prolongación de tuberías para alcantarillas en los kilómetros 101 a 103.400 de la carretera Bogotá Villavicencio, sector Puente Quetame - Villavicencio, donde realizó en total las siguientes obras: excavaciones en cantidad 386.33 m3 a razón de $ 60.00 m3; concreto ciclópeo en cantidad de 275.71 m3 a razón de $ 900.00 m3; concreto simple en 42.34 m3 a razón de $ 1.000.00 m3 y la colocación de 89 tubos a razón de $ 100.00 cada uno. Este contrato se hizo en forma verbal por cuanto la urgencia de las obras impedía llenar previamente los requisitos fiscales y administrativos necesarios para la validez del mismo, además la carencia de fondos presupuestados para el pago de las mismas obras pero una vez realizadas las mismas y contando con los fondos presupuestales para el pago de los mismos, proceder a legalizar dichos contratos, llenando entonces sí los requisitos legales y administrativos.

"5º Con fecha 30 de agosto de 1973, fue removido en forma intempestiva de ingeniero Jefe del citado Distrito el doctor EMILIANO VALECILLA BEJARANO, habiendo sido reemplazado por el Ingeniero ALVARO PIO PARAFAN LOPEZ, quien ordenó la paralización de las obras que venían realizando mi poderdante y sin proceder a legalizar las ya realizadas, descritas anteriormente. Como no se habían legalizado dichos contratos menos podían ser pagados sus respectivos valores, ya que como se ha dicho en esta demanda los mismos adolecían del lleno de los requisitos fiscales y administrativos necesarios. Esta paralización de obras se realiza con fecha 6 de septiembre de 1973.

"6º La carencia de los requisitos fiscales y administrativos necesarios para esta clase de contratos ha impedido que se haya hecho por parte del Ministerio aludido el reconocimiento y pago de dichas obras a pesar de los innumerables peticiones hechas en tal sentido.

"7º Los precios acordados para la realización de estas obras, son los que aparecen consignados en el numeral 4º de estos hechos dando como resultado que a mi poderdante se le adeude desde el 6 de septiembre de 1973, la cantidad de TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOCE ($ 338.012.00) PESOS MONEDA CORRIENTE, más sus intereses corrientes.

"8º Para demostrar que fue mi poderdante quien realizó dichas obras se solicitó la práctica de una diligencia de Inspección Judicial al señor Juez Primero Civil del Circuito de Villavicencio a las dependencias del Distrito de Carreteras Nº 13, donde se estableció que fue

mi cliente quien las hizo así como la existencia de ellas, por haberse encontrado de las misma dentro de las relacionadas en el Acta de Inspección de obras realizadas con fecha 26 de abril de 1974 por el Ingeniero Jefe Alvaro Pío Parafan López el Ingeniero Asistente Andrés Aníbal Corredor Matus y el auditor Fiscal del aludido distrito Ramiro Azuero Guerra.

"9º Para agotar la via gubernativa el suscrito apoderado, mediante solicitud de fecha 6 de octubre de 1977, pidio al Ministerio de Obras Públicas y Transporte el reconocimiento y pago de la suma indicada en esta demanda, pero no se obtuvo respuesta alguna por lo que operó en esta forma el silencio administrativo.

"10º He recibido poder para iniciar esta acción".

Bajo el acápite *"DISPOSICIONES VIOLADAS"*, dice el libelista:

"Con la actitud tomada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte a través de su agente, Ingeniero Jefe del Distrito de Carreteras Nº 13 con sede en Villavicencio en el mes de enero de 1973 y por medio de la cual contrató verbalmente con mi poderdante la realización de las obras aludidas, se violó el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, artículo 8 de la Ley 61 de 1961; artículo 3 del Decreto 341 de 1960 y además, de permitir que no se haga el reconocimiento y pago de dicha suma y sus intereses se está violando el contenido del artículo 8 de la Ley 153 de 1887 al establecer en favor de la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) un enriquecimiento sin causa".

Concepto de la violación

De conformidad con lo establecido en el artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, todo contrato celebrado con la Administración Nacional y que tenga por objeto, entre otros, la construcción de obras debe llevar consignadas las causales de caducidad. Lo anterior nos indica a las claras que esta norma exige el lleno de dos requisitos, el contrato escrito y las causales de caducidad. En el evento que nos ocupa estos dos elementos brillan por su ausencia, luego debemos concluir que se violó dicha norma.

"De conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 341 de 1960, es requisito esencial para la validez de los contratos administrativos la prestación por parte del contratista de una fianza en favor del Estado que garantice el cumplimiento de sus obligaciones contractuales para con El, situación que también se omitió en el presente caso.

"De conformidad con lo establecido en el artículo 8º de la Ley 64 de 1951 se exige para la validez de los contratos administrativos la existencia de una licitación y adjudicación previas, cosa que tampoco se cumplió dentro del presente caso.

"Lo anterior nos lleva a concluir que en el contrato celebrado por el Ingeniero Jefe del Distrito Nº 13 con mi poderdante en enero de 1973, es lo que se ha conocido doctrinariamente como ACTO ADMINISTRATIVO IRREGULAR.

"A más de lo anterior encontramos que si no se hacen las condenaciones pedidas se está estableciendo en favor de la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) un enriquecimiento sin causa, violándose el contenido del artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

"Esta acción se instaura dentro de los términos legales por cuanto en relación a ella no ha operado el fenómeno de la prescripción, ya que ella solo comenzó a tener vida jurídica a partir de la reclamación que en tal sentido se hiciera al Ministerio aludido, y que como ya se dijo guardó silencio al respecto, operándose así el fenómeno jurídico del silencio administrativo, dando lugar a que quedara debidamente agotada la via gubernativa".

Tramitada la instancia en los términos previstos en la ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado y habiendo quedado en estado de recibir sentencia el 24 de septiembre pasado, se procede a dictarla previas las siguientes consideraciones:

El concepto fiscal

La doctora Edné Cohen Daza, Fiscal Segundo de la Corporación, expone en su alegato de conclusión.

"I. El actor en su libelo cita como violadas por el Ministerio de Obras Públicas, las siguientes disposiciones: Artículo 254 del Código Contencioso Administrativo que 'exige el lleno de dos requisitos, el contrato escrito y las causales de caducidad; el artículo 2º del Decreto 341 de 1960, según el cual 'es requisito esencial para la validez de los contratos administrativos la presentación por parte del contratista de una fianza en favor del Estado que garantice el cumplimiento de sus obligaciones contractuales para con El, situación que también se omitió en el presente caso'; el artículo 8 de la Ley 61 de 1961, que 'exige para la validez de los contratos administrativos la existencia de una licitación y adjudicación previas, cosa que tampoco se cumplió dentro del presente caso'; y que 'atras de lo anterior encontramos que si no se hacen las condenaciones pedidas se está estableciendo en favor de la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) un enriquecimiento sin causa, violándose el contenido del artículo 8º de la Ley 153 de 1887". (folio 9 vto).

"II. Como puede verse, el libelista acepta la falta de cumplimiento de las normas legales para la celebración de los contratos administrativos que tienen por objeto la construcción de obras.

"Pero no debe olvidarse que estos requisitos son de obligatorio cumplimiento para la administración como para el contratista. Si éste sabía, como se presume, que para contratar con la administración deben cumplirse los trámites que indica la ley, la falta de observancia de esos requisitos no le puede servir para fundamentar una pretensión indemnizatoria por perjuicios, sabido es que nadie puede alegar su propia torpeza: *Nemo auditur propiam turpitudinero ellegans*".

"No lo pueden, pues, prosperar las pretensiones contenidas en la demanda, con fundamento en la violación de las normas que el Actor cita en su libelo, por cuanto él participó en su transgresión.

"En los contratos de obras públicas, se autoriza por la Ley (Decreto Ley 150 de 1976, artículo 76), su celebración en forma verbal, cuando el valor de las obras que se ejecuten fuere inferior a doscientos mil pesos ($ 200.000.00). En estos casos las obligaciones se reconocerán mediante resolución motivada que se expedirá una vez recibidos los trabajos, los cuales han debido ser autorizados por el jefe del organismo o el funcionario en quien éste hubiere delegado la facultad de ordenar gastos.

"En el negocio objeto del presente concepto, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Distrito Nº 13, una vez recibidas las obras que fueron paralizadas por el actor, ha debido reconocer la obligación, mediante resolución motivada, hasta la cantidad autorizada por la norma acabada de citar. Y como según se afirma en el libelo, se dejó de obrar en esa forma, la demanda ha debido apoyarse en esta disposición y no en la que anuncia el libelista.

"III. Pero como también se apoyan las peticiones en otra de las fuentes de las obligaciones, en el 'enriquecimiento sin causa', habrá de estudiarse la viabilidad de este fundamento.

"IV. No obstante que la ley no establece el enriquecimiento injusto como fuente de las obligaciones, tanto la jurisprudencia como la doctrina la han aceptado como soporte para reclamar los perjuicios sufridos por quien los alega. Este remedio jurídico se basa en el principio de que nadie puede enriquecerse a expensas de los demás. De allí que quien ha ejecutado un acto en favor de otro que le ha reportado beneficio, tiene derecho a reclamar su valor, aún en contra del Estado.

"Ahora bien: Para que exista enriquecimiento sin causa y prosperen en consecuencia las pretensiones del demandante, es necesario que concurran los siguientes elementos:

"A) Un enriquecimiento injusto por parte del demandado en razón de que mediante los hechos verificados por el demandante entró en el patrimonio de aquel algún provecho que se haya comprobado.

"B) Que a este enriquecimiento o patrimonio no haya tenido ningún derecho el demandado y que sea consecuencia directa de cualquier empobrecimiento del demandante; y

"C) Que el demandante sufra daño si no se le reembolsa lo gastado o el valor de los servicios prestados.

"En la especie de esta *litis*, se cumplen todos y cada uno de los elementos acabados de relacionar. En efecto:

"1º No hay duda de que las obras realizadas por el demandante por cuenta del Distrito de Carreteras Nº 13 con sede en la ciudad de Villavicencio y que fueron contratadas en forma verbal por el Ingeniero Jefe del Distrito, a comienzos del año de 1973, constituye un enriquecimiento injusto, al no ser reconocida y pagadas por la entidad a nombre de la cual se ejecutaron, porque de todas maneras entró en el patrimonio estatal, obteniéndose así un porvecho en favor de la parte demandada;

"2º El Estado, Ministerio de Obras Públicas y Transporte, no tiene derecho a exigir de los particulares, y concretamente del demandante que realice las obras que ejecutó en forma gratuita o como contraprestación a una obligación debida; y al no reconocérsela el valor de las obras realizadas, a ello equivale, lo que ha constituido un empobrecimiento en el demandante;

"3º No comporte ninguna dificultad inferir que si al demandante no se le reembolsa o paga el valor de las obras ejecutadas, sufre graves perjuicios.

"Lo anterior está suficientemente probado en el expediente: A folios 49 y 50, aparece copia del "ACTA DE INSPECCION DE OBRAS", suscrita por el Jefe del Distrito Nº 13, por el Ingeniero Asistente y por el Auditor Fiscal, fechada el día 26 de abril de 1974, en la cual se deja constancia de las obras existentes, en la carretera Bogotá - Villavicencio.

"Igualmente aparece copia de la diligencia de Inspección Judicial practicada por el Juzgado Civil del Circuito de Villavicencio, dentro del proceso ordinario instaurado por el mismo demandante, contra el Ministerio de Obras Públicas. En dicha oportunidad se estableció que las obras por cuyo valor reclama el ingeniero Edilberto Sánchez, fueron realizadas por él; y que fueron recibidas por funcionarios del Distrito Nº 13, quienes estuvieron presentes en la diligencia judicial mencionada.

"En fin, no existe duda de la existencia de las obras y de que éstas fueron ejecutadas por el demandante.

"La cuantía de las mismas, fue establecida en este proceso mediante dictamen pericial, coincidiendo con la cantidad reclamada en el libelo demandador.

"Lo expuesto es suficiente para conceptuar que las súplicas de la demanda con que se inició este proceso deben prosperar.

"Sin embargo, y para evitar posible doble pago, esta Agencia del Ministerio Público se permite insinuar al señor Consejero ponente, que disponga que por la Secretaría se oficie al juzgado Primero Civil del Circuito de Villavicencio, para que envíe copia de la demanda y de la providencia que le puso fin a la misma, para saber si se trata de idénticas pretensiones".

Se considera

a) Como puede verse, el libelista fundamenta su pretensión de cumplimiento contractual en los artículos 254 del Código Contencioso Administrativo, 8º de la Ley 61 de 1921 y artículo 2º del Decreto 341 de 1960, todos los cuales afirma que fueron violados por cuanto no se hizo por escrito, no se pactó la cláusula de caducidad, no se prestó fianza de cumplimiento por el contratista, ni pública, ni privada.

Es decir, que es el mismo demandante quien se encarga de demostrar *la nulidad absoluta* del cuestionado contrato, en los términos del artículo 1741 del Código Civil, no obstante, lo cual, pretende su cum-

plimiento, con aplicación —así ha de entender— del artículo 1609 del mismo estatuto.

b) No es posible —repugna a la más elemental lógica jurídica— demandar el cumplimiento de un contrato y probar como *"causa para pedir"* la nulidad absoluta del mismo.

c) Y aunque en principio, el artículo 1746 del Código Civil, prevé como consecuencia de la nulidad del contrato la restitución de las partes al estado anterior, ello es sólo posible cuando no proviene la nulidad de causa u objeto ilícitos, pues en tales eventos, nada puede pedir quien haya intervenido en él (artículo 1525 Código Civil) y, además, la premisa y principal pretensión, en estos casos, es la de *nulidad absoluta* y, sólo consecuencia, la de restitución de lo dado, pagado o entregado (artículo 1646 del Código Civil).

d) En el Asunto *sub judice*, se demanda el cumplimiento del contrato absolutamente nulo y ya se dijo que ello no es posible.

e) Y el artículo 1747 del Código Civil, que hace excepción a las reglas dadas sobre la nulidad absoluta en concordancia con el artículo 1746 de la misma obra al permitir la restitución para evitar el enriquecimiento sin causa, sienta como premisa indiscutible la que se *declare la nulidad*, o lo que es lo mismo, que se *haya demandado o demostrado* esa *nulidad* y aquí nada de eso ha ocurrido.

f) Y no subsana —en lo más mínimo— las irregularidades sustanciales anotadas, la cita escueta que hace el libelo del artículo 8, de la Ley 153 de 1887, el cual unido el 4º de la misma ley, ha servido a la jurisprudencia nacional para elaborar y dar respaldo a la tesis del enriquecimiento sin causa a la acción *"in rem verso"*, pues aquí el enriquecimiento nace *"ex contracta"* y la respectiva acción *"in rem verse"*, surge precisamente por falta de otra acción o en subsidio de otra acción como lo han reconocido doctrina y jurisprudencia y, por lo mismo, es distinta a la "restitución" por "enriquecimiento " comprendido en el artículo 1747, norma que no condiciona la "repetición" al correlativo empobrecimiento de la otra parte, como sí resulta necesario a los ojos de la doctrina y la jurisprudencia, en el caso de la *"actio in rem verso"* por enriquecimiento torticero o sin causa que, como su nombre lo indica nace *"ex contracto"*, *"ex causa"*.

g) Y, lógicamente, como se desprende de los hechos 5º y 7º del libelo demandatorio, la paralización de las obras ocurrió el 6 de septiembre de 1973, por lo que cualquier acción extracontractual había caducado tres (3) años después, mucho antes del 25 de enero de 1978 en que se formuló la demanda que ha dado origen a este juicio y, por lo mismo, aún entendida así la súplica —que no lo fue— la acción estaría caducada.

h) La Sala no comparte la tesis de la fiscalía sobre la aplicación del Decreto Ley 150 de 1976, al presente caso, por las siguientes sucintas razones:

1. Porque lo que el decreto permite es la celebración *verbal* de contratos por cuantía inferior a $ 200.000.00 y no el fraccionamiento

de contratos por cuantías superiores. Si el contrato se hace *verbalmente* por cuantía superior a $ 200.000.00, es absolutamente nulo y con la invocación de tal estatuto, no puede pretenderse el pago hasta $ 2000.000.00, pues la nulidad es total, no parcial.

2. No puede aplicarse un estatuto legal de 1976, para decidir sobre *validez* o *invalidez* de un contrato celebrado, según la demanda en 1972.

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, SE DECLARA INHIBIDO para decidir sobre el fondo de las pretensiones deducidas en este juicio por INEPTITUD SUSTANTIVA DEL LIBELO inicial del litigio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, (salvó el voto); *Osvaldo Abello Noguera.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SALVAMENTO DE VOTO.

No repugna en ciertas hipótesis que se pida el cumplimiento de un contrato de obra ya ejecutada y se pruebe como causa para pedir la nulidad absoluta del mismo. Exigir en casos de emergencia la estricta aplicación de la ley es caer en aguillo de summun jus summa *inferior. Enriquecimiento sin causa. Vía de hecho contractual.*

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Proceso Nº 2403. Indemnizaciones. Actor: Gilberto Sánchez Díez. Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango.

No comparto la decisión mayoritaria contenida en el fallo de 13 de diciembre del año pasado, del cual fue ponente el doctor Valencia Arango.

Con todo respeto, manifiesto:

1) Estimo que la Fiscalía hizo un enfoque adecuado del problema, al reducir el asunto a un litigio sobre enriquecimiento sin causa. Y lo es porque se dan los presupuestos para la viabilidad de tal acción. Así:

a) Que con la ejecución de las obras por parte del señor Edilberto Sánchez D. se enriqueció injustamente la nación, puesto que esas obras entraron a su patrimonio sin que esta tuviera que hacer erogación alguna; b) Que a ese enriquecimiento no tenía derecho la entidad pública, ya que carecía de título legal para su adquisición; c) Que al enriquecerse la nación, sin título justificativo, el ejecutor de las obras se empobreció en un valor equivalente; y d) Que el señor Sánchez carece de todo otro recurso legal para obtener la prestación o el reembolso que se le adeuda.

Este requisito no fue analizado por la Fiscalía, pero también se da en el caso *sub judice*. Aparentemente la controversia es contractual y en este error incurrió la parte y la misma Sala. Pero fue que aquí no hubo contrato.

La Administración ante una situación de emergencia hizo una petición comedida al doctor Sánchez para que le prestara su colaboración, por estar éste en condiciones excepcionales para hacerlo. Por esa razón, nadie en ese entonces habló de las exquisiteces legales que rodean al contrato de obra pública y nadie pretendió ni pensó vincularse contractualmente. Por eso resulta injusto, monstruosamente injusto, que la misma administración que en horas de angustia pidió

ayuda y la encontró, trate ahora de escudarse en la ley de los contratos administrativos, que era en ese momento inaplicable por circunstancias excepcionales, para negarse a pagar.

La misma Nación al acudir al doctor Sánchez para que le ayudara a salir de la emergencia manifiestó con su conducta inequívocamente su voluntad de no celebrar un contrato. (No lo invitó a participar en una licitación, no le exigió garantías, no le impuso cláusulas penales etc. etc.). Solo le impuso una carga especial y con ello, rompió el principio de la igualdad frente a las cargas públicas, comprometiendo así su responsabilidad, no contractual sino extra contrato.

No tenía el demandante la acción contractual; y si pudiera hablarse de contrato más que nulo sería inexistente, dadas las omisiones que habría que anotar frente a uno de obra pública. Además, y aún aceptando la existencia del contrato, la acción se neutralizaría porque el principio *"nemo auditor"* que impide alegar la propia torpeza no puede predicarse solo del contratista. Aquí frente a la administración se daría con una mayor crudeza ya que para ésta su propia torpeza sería la única fuente de su enriquecimiento.

No es exagerado sostener que ante tales irregularidades, más que un contrato, en la práctica, se produjo una vía de hecho contractual, y así como los actos administrativos ostensiblemente ilegales son tratados como hechos para efectos de responsabilidad, igual calificación tratamiento puede darse a la situación controvertida.

2) No creo que pueda hablarse en esta controversia del artículo 1747 del Código Civil. Hoy no puede hablarse del Estado como un incapaz relativo. No dudo que las normas del Código Civil que desarrollan esa increíble asimilación (artículo 1745) estén derogadas. En pasada oportunidad sostuve;

"Hoy nadie discute la plena capacidad del Estado, la cual se gobierna por normas de derecho público y ni siquiera la incapacidad de las personas jurídicas privadas, sometidas a los derechos civil y comercial, subsiste en nuestro derecho (artículo 60 Decreto 2820 de 1974) En este sentido,el inciso 4º del artículo 1750 del Código Civil debe entenderse subrogado".

3) No repugna, en ciertas hipótesis, que se pida el cumplimiento de un contrato de obra ya ejecutada y se pruebe como causa para pedir la nulidad absoluta del mismo. Porque:

La nulidad absoluta puede pedirse por las mismas partes contratantes aunque sepan del vicio que la invalidaba (artículo 2º Ley 58 de 1936) y la nulidad pronunciada en sentencia da a esas partes el derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarian si no hubiese existido el contrato; claro está, sin perjuicios de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. Aquí el código remite al artículo 1625 del Código Civil.

Pero este extremo no puede interpretarse literalmente. En otros términos, no en todos los casos de nulidad por objeto o causa ilícita deberá negarse le repetición en la forma prevenida en el artículo 1746, porque la ley exige el presupuesto "a sabiendas" (artículo 1525 *ibídem*), este conocimiento de la ilicitud debe ser real. A este respecto Artur

Alessandri, en su obra "La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil Chileno - Imprenta Universitaria 1969, pág. 1096, sostiene:

"La expresión "a sabiendas" significa un conocimiento real y efectivo de la ilicitud del objeto o de la causa por parte del que cumpla la obligación. Es lo contrario, si bastara el conocimiento presumido que de la ley tiene toda persona, según el artículo 8º del Código Civil se refiere al chileno), este precepto en vez de ser la excepción, constituiría la regla general y tendría aplicación en todo caso de objeto o causa ilícita, ya que nadie podría alegar ignorancia de la ley y, por lo mismo, del objeto o causa ilícita de que adoleciera el acto o contrato".

Muestra lo anterior, entonces, que el "a sabiendas" requiere prueba adecuada y estaría su demostración en la parte demandada o excepcionante.

Ahora bien. La situación de emergencia que se presentó y que hizo al Estado pedir ayuda, permitía esta clase de aclaraciones previas? Estimo que no y debió fallarse a favor del demandante.

La tesis de las circunstancias excepcionales (especie de estado de necesidad) impuso que no se aplicaran las normas de la contratación administrativa y en esta oportunidad es inequitativo hacerlo. Exigir en casos de emergencia la estricta aplicación de la ley es caer en aquéllo de *summun jus, summa injurias.*

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá D. E., enero veintiuno de mil noveçientos ochenta.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — Naturaleza de la caducidad (exige que el contrato no haya terminado). La resolución del contrato no tiene operancia frente a los contratos de tracto sucesivo, sino en los instántaneos, exige que el contrato no haya terminado y la acción en estos casos se denomina resciliación o terminación.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., agosto nueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*).

Referencia: Expediente Nº 2317. Contratos.

En escrito de 4 de agosto de 1977 el doctor Julio César González A. mediante apoderado idóneo demanda a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia para que mediante los trámites del juicio ordinario se declare la nulidad de la Resolución Nº 004 de 21 de marzo de ese año y en su lugar se decrete la resolución del contrato GRC-D5-75 de 13 de agosto de 1975, se ordene la liquidación bilateral del mismo y se declare que no hay lugar al pago de la pena, ni a la indemnización de perjuicios, como tampoco a hacer efectivas las garantías. Además, que se declare que la entidad le adeuda parte de la obra ejecutada y los perjuicios por su incumplimiento más las costas.

Como hechos narra, en síntesis

a. Que el 13 de agosto de 1975 se celebró entre los Ferrocarriles Nacionales y el doctor Julio César González A. el contrato GRC-DS-74/75, para la reparación de la carrilera entre los kilómetros 580 y 666 de la línea Atlántico, Sección Segunda - División Santander.

b. Que el contrato señaló como término el de 100 días calendario, el cual por sucesivas prórrogas, debidas a incumplimiento de la entidad, se prolongó hasta el 6 de enero de 1977.

c. Que la entidad pública incumplió por no haber suministrado el contratista los materiales que debía entregar.

d. Que los Ferrocarriles entregaron ese material el 12 de mayo de 1975 y el anticipo sólo el 9 de enero de ese mismo año; circunstancias estas que quedaron consignadas en acta firmada por el interventor y el contratista.

e. Que debido a esas demoras éste tuvo que soportar serios aumentos en los costos de la obra.

f. Que el doctor González ante la imposibilidad económica de continuar la obra por los perjuicios sufridos, se dirigió a la entidad

solicitándole la liquidación bilateral del contrato con base en las razones mencionadas en el escrito de 31 de diciembre de 1976 y antes de vencerse la última prórroga. Escrito este que no tuvo respuesta alguna.

g. Que según lo estipulado la obra debía iniciarse el 24 de enero de 1976 y solo pudo hacerse el 15 de marzo, antes que la herramienta que debia suministrar la entidad le fuera entregada; incumpliéndose además por parte de la Empresa el parágrafo 2º de la cláusula 3ª, tal como quedó consignado en comunicaciones enviadas oportunamente a ésta.

h. Que el contratista, para cumplir lo de su cargo, otorgó todas las garantías exigidas por la ley y que los Ferrocarriles entregaron al doctor González, en calidad de préstamo, herramientas para la ejecución de la obra, algunas de las cuales se perdieron habiendo sido tasadas en la Resolución 004 en $ 61.620.86 con la inclusión de una planta eléctrica dañada por una locomotora de la misma parte demandada.

i. Que el doctor González A. se tuvo que ausentar de la región por el grave peligro que corría su vida ante las amenazas de muerte que recibió del personal que laboraba en la obra, descontento por el no pago debido al incumplimiento de los Ferrocarriles.

j. Que el contratista justificó la no terminación del contrato mediante comunicación de 31 de diciembre de 1976 al ingeniero técnico de los Ferrocarriles solicitándole la liquidación del convenio.

k. Que el contratista se sujetó al plan de trabajo acordado, pero la Empresa no cumplió lo convenido en las cláusulas 1ª y 3ª .

l. Que el contratista hizo varios reclamos, tal como se afirma en los hechos 13 y 14 del libelo.

m. Que debido al incumplimiento de la entidad el doctor González A. sufrió perjuicio por la suma de $ 896.312.76, según la discriminación que se hace en el hecho 15.

n. Que no obstante que el doctor González pidió repetidamente la liquidación del contrato, el señor gerente de los Ferrocarriles en vista de la suspensión de la obra, declaró caducado el contrato y ordenó hacer efectivas las garantías. Esta decisión se tomó en Resolución 004 de 21 de marzo de 1977 y fue mantenida, luego de la reposición estudiada, en la Resolución 018 de 10 de junio siguiente.

Normas violadas y concepto de la violación

De folios 310 frente a 311 vuelto se expone este aspecto de la controversia, en el orden siguiente: violación del contrato; perjuicios y cobro de lo no debido. Para el efecto se analizan los artículos 1602 y siguientes, 1546 y 1524 del Código Civil. Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal colaboradora la demanda debe prosperar, aunque parcialmente. Así, en síntesis y en apreciaciones que esta Sala comparte en su integridad, sostiene:

1º La nulidad de la Resolución 004 debe decretarse, puesto que esta decisión se tomó cuando ya el contrato había terminado por vencimiento del plazo pactado para la ejecución de las obras.

2º La resolución del contrato no puede prosperar, por similares razones, porque equivale a declararlo terminado. Además, la resolución en los contratos de tracto sucesivo no procede, puesto que para éstos la petición adecuada es la de terminación.

3º La liquidación es procedente y es aspiración justa que se acomoda no sólo a la declaratoria de nulidad de la resolución de caducidad, sino a las voces del contrato.

Visto lo anterior, se anota:

La caducidad de los contratos administrativos es una de las formas de terminación anormal o anticipada de los mismos. Mediante ella la administración les da por terminados anticipadamente, por incumplimiento del cocontratante o por cualesquiera otras causas de las estipuladas o de las que se entienden implícitamente contenidas en ellos.

Corresponde la caducidad al ejercicio de poderes exorbitantes de la administración en la esfera contractual. Por ella la administración, por sí y ante sí, mediante acto administrativo declara que el contratante ha incumplido y que la ejecución del contrato, en consecuencia, no debe continuar.

Pero como cesación anormal o anticipada que es, exige como presupuesto lógico que el contrato no haya terminado, bien por expiración del plazo convenido o por la ejecución de la obra.

En el caso *sub judice* el vencimiento del plazo contractual ya se había producido cuando la administración declaró la caducidad. Este extremo lo aceptan ambas partes y el mismo contratista así lo da a entender en el hecho 2º de su demanda que coincide con la consideración segunda del acto impugnado (a folios 10). En este hecho se acepta que el plazo inicial fue de 100 días (calendario) contados a partir del 1º de marzo de 1976; que luego se concedió una primera prórroga hasta el 5 de septiembre y más tarde una segunda hasta el 5 de enero de 1977. Y la resolución de caducidad lleva fecha de 21 de marzo del antecitado año y fue ratificada con posterioridad al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la misma.

La conducta de la administración, como se infiere con facilidad, no estuvo ajustada a la ley. Debió declarar terminado el contrato antes de la finalización de la segunda prórroga si estaba convencida, como parece darlo a entender, del incumplimiento del contratista y de su propio cumplimiento.

Las reflexiones que preceden muestran cómo la administración dictó un acto afectado de incompetencia *ratione temporis;* porque terminado el contrato por vencimiento del plazo la entidad contratante no tenía otro camino que el de liquidarlo. Así lo da a entender el convenio en cuestión, el cual en forma inequívoca dispone: "DECIMA. LIQUIDACION DEL CONTRATO. Terminado el contrato por cualquiera de las causas previstas en la cláusula anterior, se procederá a su liquidación definitiva mediante la elaboración de un acta por-

menorizada que suscribirán el Interventor y EL CONTRATISTA y que contendrá el detalle completo de la obra total ejecutada, durante todo el período de duración del contrato; los pagos parciales registrados y el saldo final mediante el cruce de cuentas correspondientes. Liquidado el contrato, cualesquiera de las partes pagará a la otra las sumas resultantes a su favor, teniendo en cuenta las estipulaciones consignadas en el mismo. Si la liquidación se originare en resolución del contrato por incumplimiento, en el día y hora que se le haya participado por escrito el CONTRATISTA para llevarla a efecto, el Interventor procederá a efectuarla en el estado en que se encuentren los trabajos objeto del convenio, siendo entendido que si el CONTRATISTA no firmara el acta pertinente o no se hiciere presente personalmente o a través de representante legal debidamente facultado para ello, la diligencia de liquidación se llevará a término de todas maneras. En este caso, el acta deberá ser firmada por el Interventor, un representante o delegado de la Auditoría Fiscal y dos testigos idóneos, dejándose constancia en el cuerpo del documento citado de los datos atinentes a la notificación hecha al CONTRATISTA para la práctica de la diligencia, las causas que la originaron y demás aspectos indispensables ...".

La petición sobre resolución del contrato no es procedente. Esta figura, que no tiene operancia frente a los contratos de tracto sucesivo, sino en los instantáneos, exige, como la caducidad, que el contrato no haya terminado, que esté en vigencia. La acción en estos casos se denomina técnicamente resciliación o terminación. Quizás el equívoco lo plantea el mismo contrato el cual en lugar de hablar de caducidad emplea en su cláusula 9ª el vocablo "resolución". Aquí existe un doble error: no es resolución sino caducidad y es medida dispuesta por la ley a favor de la administración, que le permite a ésta tomar su propia decisión ejecutoria sin tener que apelar a la jurisdicción. Y no es resolución porque el contrato de obra pública aquí cuestionado es de tracto o de ejecución sucesiva.

La liquidación será procedente, pero no podrá hacerla esta jurisdicción, como ya ha tenido oportunidad de decirlo en forma reiterada esta misma Sala. La administración, con base en la cláusula 10ª, procederá a efectuarla, siguiendo para el efecto el procedimiento indicado en la misma. Sólo así se podrá decidir quién debe a quién y cuánto. A este respecto la Sala comparte la siguiente apreciación de la vista fiscal: "En consecuencia, además de la nulidad de la resolución acusada, se debe ordenar por el Consejo de Estado que se proceda a la liquidación del contrato en la forma dispuesta en la misma convención, en la cláusula acabada de transcribir. En dicho acto se deberá establecer quién debe a quién y cuánto; allí tendrá que determinarse si hay lugar a hacer efectivas las garantías prestadas por la Compañía Seguros Patria S. A.; si hay lugar al pago de pena o de indemnización de perjuicios por alguna de las partes. Por esta razón no son procedentes los pronunciamientos por parte del Consejo de Estado, de los puntos impetrados por el actor en este sentido".

Por lo expuesto y de acuerdo con la colaboradora fiscal, 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:

1º Declárase la nulidad de la Resolución 004 de 21 de marzo de 1977 (confirmada el 10 de junio por la 018) dictada por la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia y relacionada con la caducidad del contrato GRC-05-074/75.

2º La mencionada entidad liquidará el contrato celebrado con el doctor Julio César González Arévalo de acuerdo con lo convenido en la cláusula 10ª del mismo.

3º Deniéganse las demás peticiones de la demanda.

4º La demandada deberá cumplir este fallo dentro de los términos indicados en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 9 de agosto de 1979.

Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — Poderes exorbitantes. En el principio, sólo pueden ejercerse por la Administración una vez se haya perfeccionado el contrato: LICITACION Y ADJUDICACION, en los contratos que requieran licitación, la adjudicación hecha por la Administración es irrevocable luego de la ejecutoria del acto que la dispone y es obligatoria tanto para la entidad pública como para el adjudicatario. Plazo para la celebración del contrato; extensión en el tiempo de las garantías para responder por la seriedad de la propuesta; razones exculpativas de la firma adjudicataria para no suscribir el contrato.

PODER. — La presentación del poder ante funcionario distinto de aquél a quien va dirigido no constituye falta de demanda en forma y no impide el pronunciamiento de fondo, cuando el auto de reconocimiento de personería no haya sido impugnado oportunamente. Caducidad de la acción.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., septiembre veintisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(*Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo*)

Referencia: Expediente Nº 1813. American Home Assurance Co. of New York y 1845 Industrias Ivor.

En escrito de 13 de mayo de 1973 la Compañía American International Underaritars de Colombia Ltda. (representante para Colombia de la firma American Home Assurance Company of New York) mediante apoderado idóneo solicita la nulidad de las Resoluciones 9603 de 20 de diciembre de 1964 y 1203 de 26 de febrero de 1975, expedidas por el Ministerio de Obras Públicas y como restablecimiento del derecho que se haga la declaración de que no se halla legalmente obligada a efectuar prestación alguna a favor de la Nación (Ministerio de Obras Públicas) en razón de la póliza de seguro de cumplimiento Nº AH-1.000-1716 del 26 de abril de 1974 y sus renovaciones AH A-1000-1509 del 30 de julio siguiente. AHA -1000-1540 del 8 de octubre y AHA -1000 del 25 del mismo mes.

Como hechos narra, en síntesis:

a. Que el Ministerio de Obras Públicas abrió la licitación internacional 010-1973 el 28 de diciembre de 1973, por medio de la cual solicitó propuestas para el suministro CIF —lugar de trabajo— y financiación de cuatro dragas hidráulicas de succión con cabezal cortador, completas y nuevas con sus equipos complementarios.

b. Que en cumplimiento del punto 17.1 de las condiciones generales de licitación la sociedad Industrias Ivor solicitó la expedición de póliza de cumplimiento para garantizar la seriedad de la propuesta, habiéndose expedido por la sociedad American Home Assuranse Company la póliza de seguro de cumplimiento AHA-1000 1716 de 26 de abril de 1974, vigente desde el 30 de abril de ese año hasta el 29 de julio del mismo.

c. Que Industrias Ivor presentó propuesta y se le adjudicó mediante Resolución 7478 de 25 de septiembre de 1974 el suministro de dos dragas con sus equipos complementarios por un valor CIF de US $ 3.075.048.00 más $ 34.919.671.00, adjudicación correspondiente a los grupos I y II de los pliegos.

d. Que la póliza otorgada fue prorrogada a petición del Ministerio, entre el 30 de julio y el 29 de septiembre de 1974 por haberse aplazado la adjudicación de la licitación.

e. Que mediante oficio DT-35845 de 30 de septiembre de 1974 el jefe de la División de compras del Ministerio de Obras comunicó a Industrias Ivor la adjudicación del suministro de los equipos mencionados solicitándole, además, que ampliara la póliza de garantía de seguridad de la oferta.

f. Que como consecuencia, la demandante prorrogó la vigencia entre el 29 de septimebre y el 28 de noviembre de 1974.

g. Que en la propuesta presentada por Industrias Ivor el 30 de abril de ese año se afirmó que los precios por ella ofrecidos permanecían iguales hasta el 30 de julio de ese año y se ajustarían, de no lograrse el perfeccionamiento del contrato en tal fecha, a razón del 1% mensual durante los siguientes 90 días o sea, hasta el 30 de octubre y quedarían sujetos a reconfirmación o renegociación si en esta última fecha no se hubiere perfeccionado el contrato.

h. Que la adjudicación del contrato se efectuó mediante Resolución 7478 de 25 de septiembre de 1974 del Ministerio de Obras Públicas que fue notificada e Industrias Ivor el 30 siguiente, quedando así establecido el acuerdo de voluntades entre las partes integrado por el pliego de condiciones y la propuesta presentada por Ivor, elementos que con la resolución constituyen los elementos fundamentales del negocio jurídico.

i) Que de conformidad con la ley el acuerdo de voluntades requería para su perfeccionamiento el cumplimiento de estas condiciones básicas:

Discusión y elaboración del documento contentivo de los elementos esenciales y accesorios del convenio, según el pliego y la propuesta; certificado de disponibilidad presupuestal; pago de timbres; y publicación del contrato en el Diario Oficial.

j. Que Industrias Ivor una vez recibida la minuta hizo algunas observaciones mediante oficio Nº 948 de 18 de octubre de 1974 y en el cual se sugieren modificaciones en las cláusulas 1, 3, 5, 6, 8, 11, 14, 15, 16, 19 y 23. Igualmente la adjudicataria informó al Ministerio la imposibilidad de obtener del Eximbank la aprobación del esquema financiero planteado en la propuesta, aprobación que en lo pertinente

condicionaba dicho aspecto de la misma (punto IV de la propuesta) y se le sometían los puntos que aparecen narrados en el hecho X. (a folios 37 Cuaderno Nº 1 proceso 1813).

k. Que Industrias Ivor adoptó todas las medidas encaminadas al perfeccionamiento del contrato dentro de los precios vigentes hasta el 30 de octubre de 1974, sin que se hubiera logrado el objetivo.

l. Que el 15 de noviembre de 1974 Industrias Ivor mediante carta dirigida al Ministerio de Obras señala que pasado el 30 de octubre reinició contacto con los proveedores nacionales y extranjeros, quienes manifestaron la imposibilidad de mantener los precios ante el alza mundial de los costos, y sugiere una actualización en la cuantía no inferior al 19.5% del valor total de la oferta de 30 de octubre.

m. Que el 28 de noviembre de ese año dio respuesta el señor Ministro indicando la imposibilidad de aceptar esa propuesta e insistiendo en la firma del contrato (oficio 6089) que ese mismo día a las 2.p.m. el señor Luis Orlando Molina, abogado del Ministerio, presentó a Industrias Ivor con la advertencia de que debía firmarse antes de las 5.p.m.

n. Que ante este hecho el representante de la firma pidió 10 días para proceder a la firma del contrato, previas algunas observaciones sobre las estipulaciones del proyecto.

o. Que el 29 de noviembre el señor ministro de obras mediante oficio 6101 se dirigió a Industrias Ivor y le aceptó la oferta de firmar dentro de los 10 días, siempre y cuando se propagara la garantía de seriedad.

p. Que habiendo cesado el amparo otorgado por la póliza inicial y sus prórrogas el 28 de noviembre de 1974, la ampliación del plazo para el perfeccionamiento del mismo que se pretendió conceder el 29 de noviembre no era vinculante para la parte actora, cuya responsabilidad cesó desde aquélla fecha.

q. Que no obstante, Industrias Ivor el 16 de diciembre se dirigió al Ministerio de obras, haciéndole el recuento de las diferentes actuaciones cumplidas en torno al asunto, manifestándole además su deseo de firmar el contrato "siempre que éste consulte con la realidad, tal como lo contempla nuestra oferta y como lo pudimos manifestar a usted oportunamente".

r. Que mediante Resolución 0603 de 20 de diciembre de 1974 el Ministerio declaró el incumplimiento de Industrias Ivor en la firma del contrato adjudicado dentro de la licitación internacional 010-1973.

s. Que notificada oportunamente de la aludida resolución, Industrias Ivor interpuso el recurso de reposición el cual fue decidido en forma adversa por Resolución 1203 de 26 de febrero de 1975, notificada el 12 de marzo siguiente.

Disposiciones violadas y concepto de violación

Se citan como violados por los actos administrativos impugnados los siguientes artículos: 16 y 20 de la Constitución Nacional en concordancia con el 66 del Código Contencioso Administrativo; 860 del

Código de Comercio en concordancia con los artículos 845, 846, 853, y 857; 1609 del Código Civil en concordancia con el artículo 1602, 1603, y 1608. De fls. 39 a 42 vuelto se analiza con amplitud el concepto de la infracción en tres cargos que llenan con creces las exigencias de la demanda en forma y que aportan argumentos serios a la solución de la presente controversia.

Durante el trámite de este proceso y mediante auto de junio 24 de 1976 se decretó la acumulación de éste con el Nº 1845, del cuál es parte actora la sociedad Industrias Ivor. Casa Inglesa Ltda.

En el último proceso referenciado se solicitó por la antecitada firma mediante apoderado idóneo la nulidad de las mismas resoluciones impugnadas por la Compañía aseguradora, se narran hechos similares, se citan las mismas normas violadas y se presentan iguales cargos. Esta coincidencia formal releva a la Sala de hacer la enunciación de los presupuestos fácticos y jurídicos de dicho libelo.

Cumplido el trámite de ley y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se entra a decidir, para ello, se considera:

Para el señor agente del Ministerio Público las pretensiones acumuladas no deben prosperar y la de Industrias Ivor (proceso 1845) ni siquiera debió ser admitida por falta del presupuesto procesal demanda en forma, ya que el poder conferido por su representante legal no fue presentado ante esta Corporación sino en la Notaría 8ª de esta ciudad, contraviniéndose así los artículos 65, 77 y 84 del Código de Procedimiento Civil; y porque la acción estaba caducada el día 12 de noviembre de 1975, fecha de la presentación de la demanda con el lleno de todas las exigencias legales, puesto que la de 11 de julio del mismo año no las llenaba.

Frente al primer proceso (el 1813) el señor fiscal comparte las razones expuestas por el Ministerio de Obras en la motivación de la Resolución 1203 confirmatoria de la 9603, cuando expresa que Fondo Vial sí elaboró oportunamente el contrato, con base en minuta presentada por Industrias Ivor y por la auditoría general ante el ministerio "y que era obligación de la mencionada sociedad estar pendiente del trámite de elaboración y legalización del contrato adjudicado y que si se le solicitó expresamente su firma, ello se hizo como constancia de que el Fondo Vial Nacional estuvo dispuesto a celebrar el contrato hasta el último día hábil garantizado por el adjudicatario".

Se extraña el mencionado funcionario en uno de sus apartes que la sociedad se hubiera negado a firmar después de haber manifestado por escrito estar dispuesto a hacerlo y su extrañeza llega al colmo ante la constancia dejada por Industrias Ivor el 28 de noviembre de 1974 y en la cual pedía que se extendiera el término para firmar por 10 días más y termina su vista el señor colaborador fiscal con la siguiente afirmación: "porque debe aceptarse que si la adjudicante no cumplió y se realizó el evento, o mejor, ocurrió el riesgo asegurado, y consecuencialmente nació el derecho a exigir la efectividad de la garantía de cumplimiento contenida en el contrato de seguro, que fue lo que hizo el Ministerio de Obras en la resolución cuya nulidad aquí se demanda".

Estima la Sala que el concepto que se deja sintetizado merece reparos. En primer lugar, la presentación del poder ante funcionario distinto de aquél a quién va dirigido no constituye falta de demanda en forma y no impide el pronunciamiento de fondo, cuando el auto de reconocimiento de personería no haya sido impugando oportunamente. Ha tenido ocasión esta misma sección de estudiar el punto en pasadas oportunidades. Así en fallo de fecha 22 de septiembre de 1978 de Seguros Patria, con ponencia del suscrito se sostuvo:

"Para la Sala esta informalidad no constituye causal de nulidad ni da pie para una decisión inhibitoria. Si bien es cierto el poder, tal como lo ordena el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil, debe presentarse como se dispone para la demanda en el artículo 84 *ibídem*, vale decir, personalmente por quien lo suscribe ante el secretario de la autoridad judicial a que se dirija, no es menos cierto que si esa presentación se hace ante notario o juez de la misma localidad y así lo acepta el despacho competente, por estimar que no existe duda sobre la autenticidad de la persona que lo confiere, sin que la parte opositora discuta mediante los recursos de ley esta admisión o reconocimiento, la informalidad queda saneada.

"Se hace esta afirmación con base en el numeral 7º del artículo 152 del citado estatuto, en armonía con su inciso final. El mencionado numeral acepta como causal de nulidad la indebida representación de las partes, pero agrega que en tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará "por carencia total de poder para el respectivo proceso".

"Nada permite pensar que esto fue lo que sucedió aquí. El poder existe y fue autenticado ante el juzgado 20 civil del circuito de esta ciudad, funcionario que por ley está facultado para el efecto. Su texto es comprensivo y completo, ya que da cuenta de la acción a seguir, indica las partes, señala el objeto y el alcance de la controversia, concreta las facultades del apoderado y lo identifica claramente.

"La presentación inadecuada máxime cuando esta inadecuación es sólo desde el punto de vista formal, no equivale a ausencia de poder. Fue ciertamente informal su aceptación, pero ésta debió discutirse en su oportunidad, mediante recursos, por la parte demandada o por el agente del Ministerio Público. Si no lo hicieron, no puede ahora revivirse su discusión porque las irregularidades procesales que no encajan en la enumeración taxativa hecha por el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil como constitutivos de nulidad, se entienden saneadas "si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este código establece".

En cuanto al segundo punto, o sea el de la caducidad de la acción, se anota: Aparece en el expediente que la resolución 1203, confirmatoria de la 9603, fue expedida el 25 de febrero de 1975 y notificada a Industrias Ivor. Casa Inglesa el día 12 de marzo siguiente. Lo que significa que cualquiera que sea el término de caducidad que se adopte para este tipo de controversias (4 meses, según el artículo 83 del C. C. A., o el de prescripción indicado en el Código Civil) la acción

fue instaurada en tiempo, ya que aparece en autos que la demanda se presentó el 11 de julio de ese año (a folios 36 vuelto del Cuaderno Nº 1 proceso 1845). El hecho de que su admisión se haya producido sólo el 1º de diciembre siguiente no varía el enfoque, porque el fenómeno de la interrupción lo produjo la demanda presentada oportunamente, no la admisión de la misma y menos su notificación. Y pese a lo sostenido por el señor Fiscal colaborador el libelo sí reunía todas las exigencias legales. La falta de la constancia de notificación de la resolución confirmatoria 1203 no contradice esta afirmación, ya que debió producir otro efecto diferente y nunca uno tan drástico. Así, el sustanciador, dentro de su lógica, tenía que ordenar que se subsanara esa omisión que no estaba en el libelo y no hacer un pronunciamiento escueto de inadmisión.

La idea precedente está en un todo de acuerdo con el inciso final del artículo 87 del C. C. A., que a la letra dice: "En el auto en que se niega la admisión de una demanda deberán expresarse los defectos que tenga, *y ordenarse su devolución al interesado para que los corrija*".

Fuera de la anterior y aunque las Resoluciones 9603 y 1203 forman un acto complejo, en estricta técnica el acto que tenía que demandarse era sólo el primero, puesto que el segundo se limitó a impartir, pura y simplemente, la confirmación de aquél. Además, dada la coincidencia no sólo formal sino también sustancial de las dos demandas, ningún obstáculo existe para su estudio como una sola unidad y con este alcance se tomará la decisión.

Hecha la advertencia que procede, se considera:

La administración en la esfera contractual posee prerrogativas que le permiten tomar decisiones unilaterales dotadas de ejecutoriedad; prerrogativas según las cuales, como afirma el profesor Dromi. "los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinadas en el contrato administrativo", ya que "es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares".

Estos poderes exorbitantes, ordinariamente contenidos en cláusulas inusuales en el contrato privado, que se justifican por la relación inmediata que existe entre el contrato y la satisfacción del interés general, se traducen en la práctica en la facultad que tiene la administración de expedir ciertos actos administrativos, que no difieren sustancialmente de los expedidos por la administración en campos diferentes al contractual. (así su fundamentación inmediata esté en el convenio en cláusula expresa o virtual), y por los cuales en determinadas hipótesis la administración puede modificar las situaciones jurídicas por su sola voluntad sin consentimiento del cocontratante. Así la administración puede declarar unilateralmente la caducidad o terminación del contrato, imponer multas o sanciones pecuniarias por incumplimiento, tomar medidas coercitivas provisionales para asegurar su cumplimiento, ejercer el poder de contralor que tiene para lograr su ejecución etc. etc.

La existencia de la decisión ejecutoria en el campo de los contratos administrativos (nota que en definitiva los caracteriza) está unáa-

nimente aceptada por la doctrina. Así, basta leer a Marienhof, ¡Dromi, Diez, Gordillo, Argañaraz, Sayaguez, Vedel, Ribero, Waline, etc. etc.

Pero estos poderes exorbitantes, en principio sólo pueden ejercerse por la administración una vez se haya perfeccionado el contrato. Se dice en principio, porque aún antes de ese perfeccionamiento puede la administración tomar ciertas medidas cuya explicación no estaría si no es en esos poderes y que corresponden a cláusulas inusuales del derecho común. Así se explica por qué la administración pueda sancionar, por sí y ante sí, al adjudicatario cuando ésta se niegue a suscribir el contrato dentro del término que se le haya señalado para el efecto, haciéndole efectiva la garantía de seriedad de la oferta; o devolver los depósitos de garantía a los proponentes no favorecidos, o declarar desierta una licitación etc. etc.

En este orden de ideas se observa que en la ley colombiana y concretamente para aquéllos contratos que requieren licitación, como el aquí estudiado, *la adjudicación hecha por la administración es irrevocable luego de la ejecutoria del acto que la dispone y es obligatoria tanto para la entidad pública como para el adjudicatario.* En otras palabras, hecha la adjudicación, la celebración del contrato no puede al arbitrio de las partes y el incumplimiento de cualquiera de éstas compromete su respectiva responsabilidad. De allí que efectuada la adjudicación tengan que someterse a los requisitos establecidos por la ley para el perfeccionamiento del contrato, so pena de comprometer su responsabilidad patrimonial. Entre estos requisitos u obligaciones está el de suscribir el contrato dentro del término que se haya señalado en el acto de adjudicación. Incumplimiento que le acarrea al cocontratante, como multa, la pérdida del valor del depósito o garantía constituido para responder por la seriedad de la propuesta; pudiendose exculpar sólo por fuerza mayor o caso fortuito. Este es el pensamiento de la legislación colombiana al respecto y tiene su consagración expresa hoy en el artículo 28 del Decreto 150 de 1978.

Tal como lo da a entender el acto administrativo impugnado ésto fue lo que dispuso el Ministerio de Obras en su Resolución 9603 de 20 de diciembre de 1974, luego de calificar el incumplimiento de la firma Industrias Ivor, cuando ordenó: "artículo 1º Declárase el incumplimiento de Industrias Ivor —Casa Inglesa— en la firma del contrato con el Fondo Vial Nacional, para la adquisición de dos dragas hidráulicas marca Ellicott, con destino a la ejecución de trabajos en los ríos Magdalena y Canal del Dique, contrato adjudicado dentro de la licitación internacional Nº 010 de 1973 del Ministerio de Obras Públicas. Artículo 2º Para los efectos pertinentes de las pólizas números F-10-0451, AHA-100-1716 de octubre 8 de 1974, renovación AHA -1000 y AHA-100-1716 de octubre 25 de 1974, renovación AHA-1000 notificar la presente resolución a American Home Assurance Company - New York N. Y.".

Para tomar la medida que se deja transcrita la administración en sus considerandos, luego de analizar la correspondencia cruzada entre las partes anotó:

"Que las anteriores observaciones de Industrias Ivor- Casa Inglesa carecen de fundamento dado que: 1. En comunicación Nº 902 de octubre 24, el adjudicatario manifiesta al Ministerio su intención de 'Mantenimiento del precio de los suministros, garantizado con Póliza de Seguros a satisfacción del Ministerio que será entregada de inmediato; 2. En comunicación de octubre 29, igualmente el adjudicatario expresa al Ministerio su disposición de celebrar y firmar el contrato dentro de los términos de la oferta, ofreciendo extender la garantía de seriedad hasta noviembre 28 de 1974, lo que en efecto hizo mediante prórroga hasta 28 de noviembre de 1974, renovación AHA-Nº 1000; 3. Que en consecuencia, los términos de la oferta se desplazaban hasta esta nueva fecha y obviamente el plazo de 30 de octubre, condicional para la reconfirmación de precios, quedaba sin efecto; 4. Que no es cierto que en los días 29 y 30 de octubre, por causa del Ministerio no se hubiera podido firmar el contrato; antes por el contrario, el Secretario General del Ministerio insistió a Industrias Ivor -Casa Inglesa. para la firma del contrato, el cual se encontraba listo y elaborado con base en la minuta revisada por la Auditoría General ante el Ministerio y el Fondo Vial en fecha 23 de octubre, lo que se constata en los archivos de esta dependencia y de la Oficina Jurídica del Ministerio. La intención del adjudicatario en el cumplimiento de sus obligaciones fue tan negativa que al no firmar el contrato se puso al margen de posibles conversaciones o intercambios de conceptos; 5. Que el ofrecimiento de Industrias Ivor Casa Inglesa para firmar actualmente el contrato no puede aceptarse, puesto que esta oportunidad terminó en noviembre 28 de 1974 y que posteriormente no se aprestó el adjudicatorio a prorrogar la garantía de seriedad de la propuesta".

Reflexiones que fueron ratificadas en el considerando 3º de la Resolución 1203, por medio de la cual no se repuso la 9603 de la siguiente manera:

'Que el Fondo Vial Nacional considera: 1º Que el adjudicatario en comunicación de octubre 24 de 1974, la número 982, manifestó que "Siendo nuestro deseo mantener invariable el valor propuesto, nos permitimos someter a consideración de ese Despacho: 1. Mantenimiento del precio de los suministros garantizando con póliza de seguros a satisfacción del Ministerio que será entregada de inmediato" 2. Nuestra disposición a firmar el contrato antes del 30 de este mes, siempre que la cláusula relativa a financiación se modifique en el sentido de permitir términos más realistas aceptables para el Ministerio, que se adapten a las condiciones imperantes en la casualidad en el medio financiero internacional". 2º Que posteriormente, mediante comunicación de octubre 29 de 1974, sin condición alguna Industrias Ivor —Casa Inglesa— manifestó al Ministerio que: "Por medio de la presente, procediendo en mi condición de Gerente y representante legal de "Industrias Ivor Ltda". adjudicataria de la licitación mencionada en la referencia, le manifiesta a usted expresamente que estoy dispuesto a celebrar y firmar el contrato adjudicado dentro de las condiciones y términos que contiene la oferta hecha por mi Compañía a su despacho el día 30 de abril de 1974. "Estoy en

capacidad, si así lo juzga el Ministerio, de extender la garantía de seriedad de la propuesta, aunque tiene una validez hasta el día 28 de noviembre de 1974, hasta la fecha que su Despacho lo considere prudente. "Por último le manifiesto señor Ministro, que quedo a su disposición para la celebración y perfeccionamiento del contrato en mención". 3º Que efectivamente el adjudicatario extendió la garantía de seriedad de su propuesta mediante certificado de renovación AHA-1000. la cual amparaba los términos originales de la oferta hasta noviembre 28 de 1974. 4º Que el Fondo Vial Nacional elaboró oportunamente el contrato, en base a la minuta revisada por Industrias Ivor —Casa Inglesa— y por la Auditoría General ante el Ministerio y el Fondo Vial, y que presentado en noviembre 28 de 1974 para la firma del adjudicatario, éste se negó a firmarlo manifestando simplemente que no había conocido con anterioridad su texto, situación que no es cierta. 5º Que era obligación de Industrias Ivor —Casa Inglesa— estar pendiente del trámite de elaboración y legislación del contrato adjudicado y que si se le solicitó expresamente su firma, ello se hizo como constancia de que el Fondo Vial Nacional estuvo dispuesto a celebrar el contrato hasta el último día hábil garantizado por el adjudicatario".

Planteado así el debate deben dilucidarse los siguientes puntos:

1º Plazo para la celebración del contrato.

2º Extensión, en el tiempo, de las garantías para responder por la seriedad de la propuesta.

3º Razones exculpativas de la firma Industrias Ivor para no suscribir el contrato.

El acto de adjudicación, contenido en la resolución 7478 de 25 de septiembre de 1974, aunque no señala el término para el perfeccionamiento del contrato, sí reenvía al señalado en la propuesta, al indicar que "cuando por causas imputables al Ministerio de Obras Públicas, los contratos respectivos no se perfeccionan dentro del plazo estipulado en las propuestas".

Como es lógico pensar el contrato de garantía respalda el cumplimiento de unas obligaciones dentro de un lapso dado y por un valor convenido o fijado previamente. De allí que para que surja su exigibilidad deberá establecerse el incumplimiento de la persona garantizada dentro del lapso prefijado para su cubrimiento, ya que de lo contrario la garantía no sería exigible y la responsabilidad por incumplimiento no podría deducirse sino mediante un proceso ordinario.

Aplicando estas ideas al caso concreto, debe estudiarse si la negativa de la firma adjudicataria a suscribir el contrato se produjo por causas injustificadas antes del 28 de noviembre de 1974 o si en esta fecha aún no estaba en mora de hacerlo, dadas las conversaciones que tenía entabladas con el Ministerio.

Muestra el aservo probatorio que mediante la póliza de seguro de cumplimiento AHA-1000-1716 la compañía American Home Assurance

garantizó la seriedad de la propuesta formulada por Industrias Ivor Ltda. en la licitación internacional Nº 010 de 1973, para el suministro de unas dragas al Ministerio de Obras Públicas, con vigencia del 30 de abril al 29 de julio de 1974 y por un valor de $ 2.000.000.00 (a folios 29 y siguientes del proceso 1813). Se estableció, además, que el contrato inicial, mediante endoso AHA-1000-1509, fue prorrogado por el período comprendido entre el 29 de julio y el 29 de septiembre de ese mismo año, quedando vigentes los demás términos y estipulaciones de la póliza original.

Igualmente está bien acreditado que por endoso AHA-1000-1540 se prorrogó nuevamente el contrato original por otros 60 días, comprendidos entre el 29 de septiembre y el 28 de noviembre del mencionado año de 1974.

Aquí cabe preguntar: En qué estado estaban las conversaciones iniciadas entre las partes a partir del acto de adjudicación contenido en la Resolución 7478 ?

Para responder adecuadamente este interrogante debe hacerse la historia de la situación frente a cada una de las partes.

En este orden de ideas, se observa:

1º La adjudicación se hizo el 25 de septiembre de 1974; hecho éste que motivó la primera prórroga del contrato de garantía del 29 de julio al 29 de septiembre, sin reparos por parte de Industrias Ivor. Como es obvio, el Ministerio en la resolución de adjudicación no hizo referencia a esta hipótesis, entre otras razones por que la decisión se tomó dentro de un término razonable, dada la importancia de la negociación. Ese acto administrativo, como tal, no tiene efecto retroactivo y su proyección hacia el futuro es evidente. De manera que a partir de su ejecutoria surgió la obligación de las partes de cumplir los requisitos para el perfeccionamiento del contrato y sólo el incumplimiento por parte del Ministerio a partir de esa fecha podía permitir el reconocimiento de los ajustes de precios previstos al efecto en las ofertas.

2º La licitante vencedora en su propuesta de 30 de abril expresó que su oferta era válida, sin ajustes, por un período de 90 días contados desde esa fecha. Pero esta situación, dado el evento narrado en el ordinal precedente, no le daba derecho a exigir de entrada los reajustes, que sólo tenían, en principio, como única causa, la culpa de la administración en el no perfeccionamiento del contrato.

3º La adjudicataria no demostró que a partir del acto de adjudicación y por la conducta culposa del Ministerio, el contrato no pudo perfeccionarse. Ni siquiera intentó su prueba.

4º La adjudicataria, tal como lo afirma en su comunicación 943 de 18 de octubre de 1979 (a folios 18 del Cuaderno Nº 1 proceso 1813) presentó un conjunto de observaciones a la minuta del contrato elaborado por el ministerio, lo que le quita piso a su afirmación posterior contenida en constancia de 28 de noviembre (cuaderno, oficio 274) de que no firmó el contrato porque sólo se le había presentado ese mismo día en las horas de la tarde.

5º Mediante oficio 982 de 24 de octubre de ese mismo año (a folios 28 cuaderno Nº 1, proceso 1813) Industrias Ivor manifiesta su deseo de firmar el contrato antes del 30 de octubre, siempre que la cláusula de financiación se modifique "en el sentido de permitir términos más realistas aceptables para el Ministerio que se adapten a las condiciones imperantes en la actualidad en el medio financiero internacional" y se abra una carta de crédito, conjuntamente con ese Ministerio "a fin de cumplir con las condiciones estipuladas por nuestros proveedores".

6º En oficio de octubre 29 (a folios 24 del mismo cuaderno), Industrias Ivor insiste en que está dispuesta a celebrar el contrato en los términos de la oferta de 30 de abril de 1974 y agrega que está en capacidad, si así lo juzga el Ministerio, de extender la garantía de seriedad hasta la fecha que este organismo fije, aunque la existente tiene validez hasta el 28 de noviembre.

7º En la constancia de 26 de noviembre de 1974, citada atrás, Industrias Ivor afirma que está dispuesta a celebrar el contrato dentro de los 10 días siguientes.

8º En oficio de diciembre 16 de 1974 la adjudicataria hace un recuento de todo lo acaecido e insiste nuevamente en que está dispuesta a celebrar el contrato, "siempre que éste consulte la realidad actual como lo contempla nuestra oferta".

Por su lado, la posición del Ministerio se explica así:

a. Mediante Resolución 7478 hizo la adjudicación a Industrias Ivor —Casa Inglesa— Allí mismo previó la posibilidad de reajustar en los términos de la oferta, siempre y cuando al no perfeccionamiento oportuno del contrato le fuera imputable.

b. La interpretación racional de este acto administrativo demuestra que la adjudicación se hizo con base en los precios contenidos en el pliego de cargos.

c. El Ministerio, luego del análisis de rigor, presentó al adjudicatario la minuta del contrato a principios de octubre de 1974. Se confirma este hecho con las observaciones que sobre dicha minuta hizo Industrias Ivor y que aparecen contenidas en el escrito de 18 de octubre.

d. Como se desprende igualmente del acervo probatorio el Ministerio, luego del estudio técnico, aceptó la mayoría de las observaciones, dejando a salvo aquéllas que por disposiciones legales y fiscales no podía variar (ver oficio 6101); y sobre la prórroga solicitada en la constancia de 28 de noviembre (ordinal 8º) la aceptó "siempre y cuando se prorrogue dentro de las condiciones de la oferta, la respectiva garantía de seriedad".

e. En los contratos administrativos, en los cuales se conocen previamente las bases de la negociación, es en la práctica la entidad pública la que impone sus términos; presentandose así una diferencia con el contrato privado de libre discusión. Por esta razón la doctrina mira los contratos de la administración como de adhesión. Muestra todo lo anterior que el Ministerio estaba en su derecho para exigir la suscripción del contrato dentro del plazo de cubrimiento de la ga-

rantía, la que cesaba el 28 de noviembre; o para permitir su suscripción posterior con nueva ampliación de la garantía; evento que no se dio, pese a las declaraciones de la firma adjudicataria.

En síntesis, Industrias Ivor, al no cumplir la condición impuesta para prorrogar el término de suscripción del contrato, nada puede alegar en su favor e incurrió en incumplimiento, puesto que debió suscribir el contrato a más tardar ese 28 de noviembre y no seguir discutiendo indefinidamente la minuta presentada. Y debió hacerlo en los términos originales porque ni alegó ni demostró que el no perfeccionamiento del contrato se produjo por culpa imputable al Ministerio; circunstancia esta última que era la única que le permitía alegar los reajustes según su oferta de 30 de abril.

Muestra la demanda que Industrias Ivor asumió una conducta equivocada frente a la adjudicación hecha por el Ministerio de obras. Y así fue como en lugar de discutir gubernativamente los términos del acto de adjudicación, es especial su ordinal 3º que sólo permitía reajustes por causas imputables el Ministerio en la demora en el perfeccionamiento del contrato, trató de hacer el debate en torno a la minuta misma, alegando el derecho a los reajustes con base en su oferta de 30 de abril. El silencio que guardó, frente a la Resolución 7478, hizo que esta resolución quedara en firme y por ende, obligatoria para las partes comprendidas en la misma.

Se refuerza la posición anterior con el concepto fiscal. Este funcionario estima que deben negarse las súplicas de la demanda, por cuanto la formulada por la compañía aseguradora no tiene respaldo, ni en la ley ni en los hechos debidamente acreditados.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Falla:

Deniéganse las súplicas de las demandas formuladas por American Home Assurance Company de New York y por industrias Ivor —Casa Inglesa— contra la Nación. (Procesos acumulados 1813 y 1845)

Cópiese, notifíquese, revalídese el papel común y devúelvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 20 de septiembre de 1979.

Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Osvaldo Abello Noguera.

ACCION CONTRACTUAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. (SALVAMENTO DE VOTO). — No tiene caducidad, y en lo tocante a prescripción de los derechos y obligaciones, está sometida al Código Civil; la nulidad absoluta 20 años (Ley 50 de 1936 artículo 2º); la rescesoria del particular, 4 años y la del Estado, 4 u 8 años(artículo 1750 del Código Civil) y la ordinaria, en general 20 años. Caducidad y prescripción.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expedientes Nºs 1813 y 1845. Actores: American Home Assurance Co. of New York e Industrias Ivor.

Con todo respeto me aparto de la sentencia anterior, en su parte motiva, por las razones que adelante expondré. En verdad, al discutir el proyecto de sentencia hubo unanimidad en relación con la parte resolutiva y, también en el sentido de que no se pretendía cambio alguno en la jurisprudencia de la Sala, más como no hubo acuerdo en la forma de aclarar ciertas expresiones que pueden crear confusión o equívocos, yo salvé el voto, para dejar constancia de que, no obstante que el fallo habla de similitud entre los actos contractuales de la administración y los actos administrativos, es decir, actos unilaterales y de que no se dilucida si hay caducidad o prescripción en el caso *sub lite*, quedan vigentes los siguientes criterios jurisprudenciales.

1) Conforme al artículo 73 ordinal 1º del Código Contencioso Administrativo se excluía toda controversia que verse sobre resoluciones "que tengan origen en un contrato", de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, dejándola en manos de la jurisdicción ordinaria;

2) El Decreto Ley 528 de 1964, por su artículo 30 (ordinales 1º y 2º) adscribió a esta jurisdicción especial el conocimiento de "las controversias relativas a contratos administrativos" de la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías, establecimientos públicos y sociedades de economía mixta.

3) Por tanto, las controversias sobre contratos de derecho privado, celebrados por la administración, corresponden a la justicia ordinaria (artículo 16, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil).

4) Por contrato administrativo, dada la ausencia de una definición legal y de la imposibilidad que se ha observado hasta ahora, para que la jurisprudencia siente un criterio claro y definido al respecto, se recurre para distinguir esta clase de convenciones, a los criterios

legal y doctrinal, este último como subsidiario de aquel. Así, los contratos de construcción de obra, prestación de servicios y explotación de un bien del Estado, en los cuales se debe estipular necesariamente la cláusula de caducidad son administrativos por determinación de la ley, lo mismo que los contratos de arrendamiento de los bienes inmuebles municipales (artículo 207 del C. de R. P. y M.). Por su parte, por vía de doctrina (artículos 32 y 36 del Decreto Ley 3130 de 1968), los que consagran cláusulas exorbitantes del derecho privado o los que tienen por objeto "la ejecución misma del servicio (J. Rivero, Droit Administratif, pág. 101; A. de Laudadero, Droit Administratif Special, págs. 37 a 39; E. Sayagues Lasse, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, págs. 536 y 590, como ocurre frecuentemente en las convenciones interadministrativas.

5) En resumen, hasta la vigencia del Decreto Ley 528 de 1964, era claro que toda controversia contractual en que fuera parte del Estado, era de competencia de la justicia ordinaria, tratárase de acciones recisorias o de nulidad absoluta o, lo que es lo mismo, de acciones constitutivas o declarativas y, por lo mismo, bien que la discusión versara sobre nulidad relativa o absoluta, la competencia estaba determinada por el artículo 40 del anterior Código de Procedimiento Civil, Ley 105 de 1931, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 67 de 1936.

En este régimen, la prescripción de las acciones estaba sujeta a las reglas del Código Civil, 20 años para la acción de nulidad (artículos 2º Ley 50 de 1936) 4 u 8, según el artículo 1750 del Código Civil para las acciones Rescisorias según los ejerza el particular o el Estado en este último caso, según las circunstancias configurativas del vicio;

6) Pero lo anterior, referido a la prescripción, fenómeno del derecho sustancial no puede aplicarse a la caducidad fenómeno puramente procesal, que no existía para las acciones contractuales mientras eran de conocimiento de la justicia ordinaria y que no podían sujetarse a normas del Código Contencioso Administrativo cuando el artículo 73, ordinal 1º de este estatuto las excluía expresamente;

7) Cuando el Decreto Ley 528 de 1964, que no regula íntegramente la materia y, por lo mismo no deroga la legislación anterior sino en cuanto expresamente lo diga o por su contenido se cree la contradicción, deroga el ordinal 1º del artículo 73 y adscribe "las controversias contractuales administrativas" a esta jurisdicción (artículos 30 ordinal 1º y 32 ordinales 1º y 3º) no modificó el régimen expuesto en el Código Contencioso Administrativo, en relación con la acción pública de nulidad, ni con la caducidad de las acciones, por lo que, dentro de su ordenamiento ni cabe la acción pública de nulidad del artículo 66, ni cabe la caducidad del artículo 83 del mismo estatuto frente a las acciones contractuales;

8) Tanto los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo, como el artículo 83 del mismo estatuto al hablar de la caducidad hacen referencia a actos administrativos, hechos u operaciones administrativas, fenómenos que tienen en común la unilateralidad de la actuación del Estado, el ejercicio de su potestad administrativa, de su imperio, bien distinto a lo que sucede con los actos o los hechos, realizados para perfeccionar un contrato administrativo, para cumplirlo o hacerlo cumplir, para terminarlo o declarar su incumplimiento,

gestiones en las cuales aunque utilice cláusulas exorbitantes, siempre actúa la administración en virtud de derechos y obligaciones contractuales, actos bilaterales o en función de los mismos;

9) Los literales a y b) del artículo 30 del Decreto Ley 528 de 1964, distinguen para efectos de atribuir la competencia, entre *"controversias contractuales" y "controversias extracontractuales"* y sólo en relación con estas últimas el artículo 28, *ibídem*, creó la institución de la caducidad con término de 3 años.

Y mal podría decirse, que para los contractuales la caducidad es la de 4 meses, artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, porque:

a) Ya se vio que tales controversias estaban excluidas de la reglamentación legal de dicho estatuto (artículo 73, ordinal 1º);

b) Que hasta 1964, tales controversias eran de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, sin necesidad de impugnar resoluciones ni someterse a caducidad alguna;

c) El Decreto Ley 528 de 1964, sólo cambió la competencia, adscribió su conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero sin cambiar su régimen jurídico sustancial;

d) Repugnaría que las controversias extracontractuales tuvieran caducidad de 3 años y las contractuales, caducidad de 4 meses.

10) Por tanto, mientras la acción indemnizatoria extracontractual, por hechos u operaciones administrativas (la directa del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo), tiene caducidad de 3 años conforme al artículo 28 del Decreto Ley 528 de 1964, la acción contractual contencioso-administrativa, no tiene caducidad, y en lo tocante a prescripción de los derechos y obligaciones, está sometida, como ya se vio, al Código Civil; la nulidad absoluta, 20 años (Ley 50 de 1936 artículo 2º); la rescisoria del particular, 4 años y la del Estado, 4 u 8 años (artículo 1750 del Código Civil) y la ordinaria, en general, 20 años;

11) Ya se dijo que los contratos administrativos no pueden ser impugnados con la acción pública de nulidad o contencioso objetivo del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo y se explicó esto porque excluidos por el artículo 73 ordinal 1º del Código Contencioso Administrativo el Decreto Ley 528 de 1964, no modificó esta situación;

12) Pero, en cambio, si cabe contra esta clase de contratos la acción de nulidad absoluta del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, alegable por los contratantes, por el Agente del Ministerio Público en "interés de la moral o de la ley" o "por todo el que tenga interés en ello" y esta acción es bien distinta a la consagrada por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que corresponde a cualquier ciudadano en defensa altruista del derecho objetivo.

(Sentencia, noviembre 18 de 1976, expediente Nº 1817, Actor: Francisco Dávila Riascos; sentencia febrero 17 de 1977, expediente Nº 1775, Actor: Instituto Colombiano de Seguros Sociales; sentencia

de julio 19 de 1979, expediente Nº 2514, Actor: Municipio de Santa Marta; Auto de julio 12 de 1979, expediente Nº 2705, actor: José Manuel Baute, todas con ponencia del suscrito Consejero).

Bogotá, D. E., septiembre 26 de 1979.

Jorge Valencia Arango.

CAPITULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL



EXPROPIACION. INDEMNIZACION. — El Contencioso Administrativo ante un proceso expropiatario no consumado. La inmovilización de un patrimonio y su limitación así sea para fines específicos de beneficio colectivo, no puede prolongarse indefinidamente, sin que el grave perjuicio sufrido por el particular se vea justamente compensado. Es indudable que tal comportamiento asume características de reprochable abuso de poder, como manifestación dañosa de la actividad pública, pues el propietario ve colocada su propiedad en verdaderas condiciones de anormalidad e inferioridad ya que al no poderse oponer a la expropiación, ni tampoco exigirla, no le queda otro camino que demandar la recuperación indemnizatoria integral a fin de lograr el restablecimiento del equilibrio económico perturbado. Incompetencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de controversias sobre el dominio y de procesos de ocupación permanente de la propiedad inmueble. Teoría de la expropiación indirecta. Expropiación regular. Diferencia entre el fenómeno jurídico de la expropiación y el procedimiento para decretarla. La indemnización por los perjuicios causados al expropiado por la falla de la Administración configurada por la mora injustificada para consignar el valor de la indemnización fijada en el juicio de expropiación y que constituye a no dudarlo, abuso del derecho de litigar, inaceptable siempre pero con mayor razón si se predica del Estado, si es materia propia de esta jurisdicción.

La devaluación de la suma señalada como indemnización entre la ejecutoria del auto que la fijó y la fecha de su consignación es la que debe reconocerse a título de perjuicio por la falla de la Administración.

Interpretación de la demanda. Clasificación de la acción. Del contexto de la demanda, se desprende inequívocamente que el actor al censurar el irregular proceder de la Administración, por los hechos y omisiones allí esquimatizados; reclama la reparación directa en forma de indemnización. Es por lo tanto comprensible que la acción se vea respaldada por el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, pues ésta no se hace depender de un acto producido por la Administración, cuanto de un hecho llevado a cabo por la misma.

Procedibilidad de la Acción ante la jurisdicción contenciosa Derechos y obligaciones correlativas para las partes intervinientes en el proceso de expropiación.

Tiene el particular demandado que someterse al querer unilateral de la Administración esperando indefinidamente a que se le consigne a su favor el monto de la indemnización para luego proceder a la entrega material y jurídica del bien ex-

propiado? Esta cuestión no ha tenido antecedentes jurisprudenciales que enmarquen una situación similar, pero es lo cierto que si la ley calla y la jurisprudencia no ha creado una doctrina que le de claridad al asunto, no por ello es dable deducir que el perjudicado con la intervención pública pueda quedar sin indemnización cuando la lesividad ha surgido, se ha demostrado el perjuicio y el nexo causal comprobado.

Imposibilidad de un proceso de ejecución. La tasación judicial pronunciada en juicios de expropiación no presta mérito ejecutivo. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Fuentes. Criterio jurisprudencial. Consideraciones hechas en base a la sentencia de octubre 28 de 1976 con ponencia del Consejero Jorge Valencia Arango. Expediente 1482.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., julio diecinueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango*)

Referencia: Expediente Nº 2267. Actor: Juan E. Mesa Saldarriaga.

El ciudadano, JUAN E. MESA SALDARRIAGA, mayor y vecino de Medellín, por medio de apoderado, demandó al municipio de Medellín, ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, a efecto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que el municipio de Medellín ha incumplido la sentencia dictada en el proceso de expropiación de la faja de terreno de propiedad de Juan E. Mesa Saldarriaga;

b) Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se condene al municipio de Medellín a pagar al suscrito demandante JUAN E. MESA SALDARRIAGA la suma de DOS MILLONES DE PESOS ($ 2.000.000.00) MONEDA LEGAL, como indemnización de perjuicios por los daños causados, en los cuales se incluyen los perjuicios tanto de orden material como moral, el daño emergente y el lucro cesante".

Como hechos expresó:

"*Primero.* Soy dueño de un inmueble situado en este municipio, concretamente en esta ciudad, Plaza Principal de 'El Poblado', Calle 9ª con la carretera 'El Poblado-Zúniga'.

"*Segundo.* En demanda de fecha el día veinte de octubre de mil novecientos setenta y uno, el señor Personero de Medellín se expresó así en el hecho primero: 'El Municipio de Medellín está ejecutando el plan de obras públicas distinguido con el Nº 246, que decretó la Junta Directiva del Departamento de Valorización por medio de la Resolución Nº 21, de 31 de julio de 1962".

"*Tercero.* 'Que con destino a la ampliación de la carretera 'El Poblado-Zúñiga, Esquina de la calle 9ª, el Municipio necesita adquirir la faja de tierra cuya expropiación 'demando', conforme al hecho 2º de la citada demanda.

Cuarto. El municipio de Medellín demandó que se apartara de mi propiedad, mediante expropiación de la faja de tierra que se delimita así: 'Por el norte, en dos metros con cincuenta centímetros (2.50 Mts.), con la Plaza de El Poblado, calle 9ª; por el sur, en un metro con ochenta centímetros (1.80 mts) con una vía pública; por el oriente, con cuarenta y dos metros con sesenta centímetros (42.60 mts), costado izquierdo de la faja, con la carretera de El Poblado-Zuñiga; y por el occidente o costado derecho, en cuarenta y dos metros con ochenta centímetros (42. 80 mts.), con la restante de la propiedad de que es apartada la faja de tierra".

"*Quinto.* Con la demanda formulada el 22 de octubre de 1971 por el representante legal del Municipio de Medellín, se acompañó copia auténtica de la Resolución Nº 102 de agosto 18 de 1970 por la cual el señor alcalde de Medellín obrando en el ejercicio de las facultades legales, declaró de utilidad pública y decretó en consecuencia su expropiación con destino a la ejecución del plan de obras dstinguido con el Nº 246, previamente decretado por el Departamento Administrativo de Valorización del dicho municipio mediante la Resolución Nº 21 del 31 de julio de 1962, relativo dicho plan al ensanche de la vía pública que de la Plaza de la fracción de El Poblado de este distrito, esquina de la calle 9ª, conduce al Pasaje Zuñiga del mismo, faja de terreno a que ya se hizo referencia de propiedad del suscrito demandante.

"*Sexto.* Fueron muchas las visitas que el suscrito hizo a las Oficinas del Departamento de Valorización del Municipio de Medellín, y muchas las conferencias que tuve oportunidad de celebrar con los Funcionarios Públicos de este Organo de la Administración Pública, sin que se hubiese podido llegar a un acuerdo amigable, por razón de adquisición del inmueble, como lo confiesa el señor Personero al exponer el *hecho* 3º de la demanda.

"*Séptimo.* El señor Juez Quinto Civil de este Circuito, en sentencia del 23 de febrero de 1972, decretó la expropiación de la faja de terreno a que se refiere el *hecho cuarto* de la presente demanda descrita en el literal a) de la demanda del Municipio, fallo que fue confirmado por el H. Tribunal Superior de Medellín según providencia del 18 de noviembre de 1972, en *razón de consulta* puesto que no hubo recurso de apelación.

"*Octavo.* A falta de un entendimiento amistoso con los representantes legales del Municipio de Medellín y Departamento Administrativo de Valorización, mi posición fue la de someterme al trámite indicado ante la justicia ordinaria, para conseguir por este medio un amparo justo y equitativo a mis derechos.

"*Noveno.* Vino entonces el avalúo, de las indemnizaciones en cumplimiento a las sentencias debidamente ejecutoriadas, y los señores peritos le fijaron un valor total de $ 337.912.00 por concepto del terreno, la edificación y los perjuicios, y el señor Personero Municipal como representante legal del municipio de Medellín propone 'OBJECION POR ERROR GRAVE' al dictamen en mención.

"*Décimo.* En el nuevo dictamen los expertos justipreciaron el monto de la indemnización que se debe pagar por el terreno y la edificación a expropiar y perjuicios en general en el valor de SETECIEN-

TOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS ($ 774.192.00) M. L.

"*Undécimo.* El Juzgado del conocimiento desató el incidente, negó, mejor, declaró no probadas las objeciones propuestas por el municipio de Medellín y estimó que el demandante debe cubrir al demandado como consecuencia de la expropiación decretada en su contra, la suma de $ 568.312.00 moneda legal, providencia que le fue notificada al señor Personero Municipal personalmente el día diez (10) de diciembre de 1973, y contra la cual no se interpuso recurso alguno.

"*Duodécimo.* Hasta el momento de presentar esta demanda, el Municipio de Medellín no ha cumplido la pretensión básica solicitada en el libelo demandatorio de fecha 20, de octubre de 1971 ni mucho menos ha cumplido las consecuencias de la expropiación decretada en el fallo dictado el día 23 de febrero de 1972 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, debidamente confirmado por el señor, perdón, confirmado por el Honorable Tribunal Superior de esta ciudad.

"*Décimo tercero.* En el Departamento Administrativo de Valorización, organismo este del municipio de Medellín, se me informó que el municipio, ya no tenía ningún interés en la faja de terreno que fue objeto de la expropiación, y que por tanto, así se daba por terminado o clausurado el litigio.

"*Décimo cuarto.* La omisión en el incumplimiento de las obligaciones contraídas por conducto de la justicia ordinaria y de parte de este organismo del Estado me ha ocasionado gravísimos perjuicios no solamente en el campo material sino desde el punto de vista moral, lo cual le impone al municipio de Medellín la obligación al resarcimiento.

"*Décimo quinto.* Desde el momento de la expedición de la Resolución 21 de fecha 31 de julio de 1962, es decir, desde hace más de *catorce años*, el Departamento de Valorización del Municipio de Medellín, limitó el libre goce de la propiedad, pues al decretar el 'ensanche de la vía pública' en el sector de la carretera El Poblado-Zúñiga, con la calle 9ª, no se podía ni construir ni reformar ni intentar ninguna clase de obra en el inmueble de mi propiedad porque tal organismo público *negaba* toda licencia.

"*Décimo Sexto.* A raíz de la expedición de la Resolución Nº 102 de agosto 18 de 1970 de la Alcaldía, de Medellín, obrando en ejercicio de las facultades legales que para el caso le confieren las disposiciones de la Ley 1ª de 1943, el problema se agudizó más, porque se declaró de utilidad pública y se decretó en consecuencia la expropiación de la faja de terreno, y esta disposición del municipio de Medellín está vigente, y por lo tanto, existe una situación sin solución y contra derecho, que genera graves perjuicios por la entidad de derecho público que los está ocasionando.

"*Décimo sexto.* Existe, pues, y está vigente una resolución del municipio de Medellín que declara de utilidad pública y decreta la expropiación de una faja de terreno, de mi propiedad, y existe también una sentencia judicial que decreta la expropiación del inmueble, entonces, existe una limitación al derecho de la propiedad en su forma plena, por cuanto judicialmente se autorizó la expropiación por motivo de utilidad pública, en el terreno restante no permite al municipio

de Medellín hacer ninguna obra, y tampoco se ha cumplido el pago de las indemnizaciones.

"*Décimo séptimo.* El municipio de Medellín, bien directamente o por medio de su Organismo Oficial llamado Departamento Administrativo de Valorización terminó o suspendió definitivamente el plan de obras Públicas distinguido con el Nº 246, que decretó la Junta Directiva por medio de la Resolución Nº 21 de 31 de julio de 1962, y por lo tanto, el municipio incumplió la expropiación y al consecuente pago de la indemnización con relación al suscrito demandante, formalizados en las providencias de los Jueces Civiles.

"*Décimo octavo.* El daño o perjuicio puede ser material o moral; es el primero cuando afecta el patrimonio de una persona y comprende el daño emergente y el lucro cesante, y el perjuicio moral es el que mira a los sentimientos personales de la víctima, que no se localiza en el plano patrimonial, sino en el de los afectos, pero en cambio sus consecuencias sí repercuten en las actividades de una persona y por eso pueden estimarse en dinero, como es el caso del suscrito que viene pendiente del trámite de un proceso expropiatorio desde hace más de diez años, desde el año de 1962, diálogos, esperanzas, definiciones, preocupaciones, inversiones, pleitos, etc., todo lo cual constituye un perjuicio moral, el que está obligado a resarcir la persona que los motiva, como es el Municipio de Medellín respecto del suscrito demandante.

"*Décimo noveno.* Desde el día que el municipio de Medellín demandó la expropiación, hace ya más de tres años, hasta la fecha, el precio de la propiedad inmoviliaria ha subido considerablemente, lo mismo que el valor de los materiales de construcción, así como también los costos de mano de obra, es decir que el avalúo comentado en el *hecho décimo* de esta demanda ya tiene hoy un monto substancialmente mayor.

"*Vigésimo.* Peritos de la capacidad e idoneidad de los doctores SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, RENAN TORO AGUDELO y D. LUIS ALVAREZ QUINTERO, dictaminaron al hablar del inmueble que se 'trata de una esquina comercializada, en un punto privilegiado dentro del perímetro urbano del Barrio de 'El Poblado' al hablar de su situación, y que en cuanto a su destinación 'en el lote total funcionan actualmente siete (7) locales establecimientos comerciales acreditados según puede apreciarse por la concurrencia de los mismos', razones estas que hacen que todos los días aumenten de precio las propiedades en ese sector.

Se señalaron como disposiciones violadas las siguientes: artículo 30 de la Constitución Nacional y artículo 2341; del Código de Procedimiento Civil.

Tramitada la primera instancia el *a quo* dictó sentencia el 15 de marzo de 1977, por medio de la cual denegó las súplicas del libelo inicial del litigio.

Por apelación interpuesta por la parte demandante, llegaron los autos a esta corporación donde el recurso ha sufrido el trámite de ley, se practicaron las pruebas pedidas, se presentaron los alegatos de las

partes y el 16 de febrero pasado quedó el negocio en estado de recibir sentencia, la que procede a dictarse, previas las siguientes consideraciones:

El concepto fiscal

El señor Fiscal Segundo de la Corporación, doctor GILBERTO GARTNER POSADA, conceptúa que la sentencia apelada debe ser confirmada, por las siguientes razones:

"..... .....

Consideraciones de la fiscalía

Se pretende mediante la presente demanda que se declare que el Municipio de Medellín ha incumplido la sentencia dictada en el proceso de expropiación de la faja de tierra de propiedad del actor y que en consecuencia se condene al pago de dos millones de pesos.

Sin embrago, se observa que en el curso del período probatorio de la segunda instancia se arrimó al proceso un certificado del señor Juez Quinto Civil del Circuito de Medellín, cuyo texto es como sigue: "Que el día 19 de agosto de 1975, el municipio de Medellín, consignó, en el Banco Popular, a órdenes del Juzgado, la suma de $ 588.312.00 M. L. según título número 2436854". y que "por oficio Nº 1068 de 1969, de septiembre 26 de 1976, se le entró (sic) al señ.or JUAN ESTEBAN MESA SALDARRIAGA, el título Nº 2436854, por la suma de $ 588. 312.00 M. L.".

En presencia de dicha prueba no puede afirmarse que el municipio haya incumplido con la obligación impuesta en la sentencia de expropiación de consignar a órdenes del Juzgado el valor de la indemnización. Claro que dicha consignación a favor del Juzgado se hizo cuando ya se había presentado la demanda ante lo contencioso administrativo, pero de todas maneras tiene la virtualidad de dejar sin piso la afirmación del actor del incumplimiento del municipio porque no hay prueba de que dicha consignación debía hacerla dentro de determinado plazo.

Sólo quedaría por analizar si el mero hecho de no haberse operado el depósito de dicha consignación, inmediatamente después de quedar ejecutoriada la sentencia de expropiación, es motivo de indemnización de perjuicios para el expropiado.

Para dilucidar este punto basta con tener presente las diferentes etapas que deban cumplirse en el proceso de expropiación que, como se ve no culmina con la sentencia. En efecto disponen los artículos 454 a 458 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:

"ARTICULO 454. *Sentencia y Notificación*: Vencido el término de traslado el Juez dictará sentencia, y si decreta la expropiación ordenará cancelar los gravámenes embargos e inscripciones que recaigan sobre los bienes.

La sentencia se notificará personalmente, pero si ello no fuere posible dentro de los tres días siguientes a su fecha, la notificación se hará por edicto que se fijará por un día en la Secretaría.

455. *Recursos*

La sentencia que deniegue la expropiación es apelable en el efecto suspensivo; la que la decreta en el devolutivo.

456. *Avalúo y entrega de los bienes*

El Juez designará peritos que estimarán el valor de la cosa expropiada y separadamente la indemnización a favor de los distintos interesados. En firme el avalúo y hecha por el demandante la respectiva consignación, se procederá así:

1º Se entregarán al demandante los bienes expropiados; en el acta de la diligencia se insertará la parte resolutiva de la sentencia y se dejará testimonio de haberse consignado el monto de la indemnización.

2º Ejecutoriada la sentencia que decrete la expropiación, se registrará junto con el acta de entrega, para que sirvan de título de dominio al demandante, y se librarán al registrador los oficios de cancelación.

3º Cuando en el acto de la diligencia se oponga un tercero que alegue la posesión material o derecho de retención de la cosa expropiada, la entrega siempre se efectuará; pero se advertirá al opositor que puede presentarse al proceso dentro de los diez días siguientes a la terminación de la diligencia, a fin de que mediante incidente decida si le asiste o no el derecho alegado.

Si el incidente se resuelve a favor del opositor, en el auto que lo decida se ordenará a los mismos peritos que avalúen la indemnización que le corresponde, la que se pagará de la suma consignada por el demandante. El auto que resuelva el incidente es apelable en el efecto diferido.

457. *Entrega anticipada de inmuebles*

La entrega de los inmuebles podrá hacerse antes del avalúo, cuando el demandante así lo solicite y consigne a órdenes del juzgado, como garantía del pago de la indemnización, una suma igual al avalúo catastral vigente más un cincuenta por ciento.

458. *Entrega de la indemnización*

Registradas las sentencias y el acta, se entregará a los interesados su respectiva indemnización, pero si los bienes estaban gravados con prenda o hipoteca, el precio quedará a órdenes del juzgado para que sobre el puedan los acreedores ejercer sus respectivos derechos, en proceso separado. En este caso las obligaciones garantizadas se considerarán exigibles, aunque no sean de plazo vencido.

Si los bienes fueren materia de embargo, secuestro o inscripción, el precio se remitirá a la autoridad que decretó tales medidas; y así estuvieren sujetos a condición resolutoria, el precio se entregará al interesado a título de secuestro, que subsistirá hasta el día en que la condición resulte fallida, siempre que garantice su devolución en caso de que aquélla se cumpla.

El auto que resuelva estas situaciones, es apelable".

En este proceso no aparece la constancia, que acredite que como consecuencia de la sentencia de expropiación, se realizó la diligencia de entrega, en donde deba dejarse testimonio de haberse consignado el monto de la indemnización, lo que indica que el actor en este proceso, continuó, al menos hasta la presentación de la demanda, disfrutando de la posesión del bien expropiado, por lo cual no hay lugar a deducir ningún perjuicio. No acreditó que cómo consecuencia del presunto incumplimiento por parte del Municipio de Medellín, no sólo se le despojó del goce de la propiedad sino que tampoco tuvo la oportunidad de beneficiarse del monto de los perjuicios ordenados consignado por el Juzgado del conocimiento. Es decir no acreditó que por no haber recibido el dinero de la indemnización, sufrió un perjuicio mayor al beneficio recibido con el goce que por el mismo tiempo tuvo de la propiedad.

En cuanto a los perjuicios por el mayor valor comercial que hoy tiene el inmueble, alegados por el abogado del actor, se observa que en esta etapa del conflicto no es de recibo dicha pretensión, pues esa es cuestión que debe quedar definida en el proceso de expropiación, perdiendo, posteriormente, toda oportunidad de discusión sobre indemnizaciones por otros conceptos.

En fin, la fiscalia considera que la sentencia de primer grado debe confirmarse, pues ella negó las pretensiones de la parte actora, y esa resolución es la pertinente en el presente negocio".

Consideraciones de la Sala

Dados los hechos expuestos en el libelo y la cita de los artículos 1621, 2341, 2346, 2347, 2348 y 2356 del Código Civil y los artículos 65, 66, 67 y 69 del Código Contencioso Administrativo, lo primero que resultaba necesario al juzgador era determinar, mediante interpretación lógica-jurídica, la clase de pretensión deducida por el actor, es de simple nulidad, si de plena jurisdicción frente a un acto administrativo o directamente por hechos, omisiones u operaciones administrativas y, en el fondo, si la pretendida indemnización era la de derecho privado o la de derecho público, por su clara naturaleza administrativa.

Sobre este aspecto, la Sala comparte integralmente el análisis hecho por el *a quo* y lo transcribe así: " .....

"a) *Interpretación de la demanda. Clasificación de la acción.*

Es incuestionable que el libelo iniciado incurre en algunos equívocos e impropiedades de tipo jurídico y procesal que hacen imperioso delimitar su verdadero ámbito y demarcar, con precisión, la clase de acción contenciosa que se ha intentado a fin de integrar acertadamente la concepción jurídica del problema que se plantea.

Al igual que las normas jurídicas, las demandas judiciales deben ser objeto de interpretación por parte del fallador cuando presentan confusiones, aparentes contradicciones, o disparidades conceptuales, etc. O sea que es deber del sentenciador fijar su verdadero sentido y

la intención exacta del autor de la demanda, sin que por ello pueda decirse que está dentro de las facultades del juzgador el alterar la sentencia del libelo, o que pueda sustituir sus propósitos a los del actor.

De suerte que la demanda misma debe desentrañarse en su conjunto en atención a que la intención del actor este muchas veces contenida no solo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho". (Corte Suprema de Justicia. Casación agosto de 1940).

Adoptando un criterio de exégesis rigorista, se comprende la glosa del mandatario judicial de la entidad demandada, al tachar de inepta la demanda, pues es relievante que el actor se apoya indiscriminadamente en normas legales disímiles, de manejo jurídico bien diferente, cuando estructura el basamento legal de su pretensión y enfoca un tratamiento de derecho al relato de los fundamentos fácticos.

Pero es lo cierto que el estudio global del escrito iniciador revela explícitamente y de manera indudable el propósito de su autor y en forma tan clara que encauzar su pensamiento por derroteros diferentes a los allí consignados, sería distorsionar gravemente la inteligible narración de los hechos y la finalidad específica y concreta allí estampada.

El particular demandante ha entablado una acción contenciosa de indemnización, fundada sustancialmente en la falta de actividad de la administración municipal y a consecuencia de la cual se han infringido —al decir del actor— serios perjuicios que deben resarcirse o sea que es restablecimiento del derecho, traducido en la indemnización, el que ha pretendido el accionante y dentro de la concepción jurídica, jurisprudencial y doctrinaria del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

En una demanda de esta naturaleza bien se comprende que no se requiere ejercitar conjuntamente la acción de nulidad pues basta accionar directamente contra la administración para obtener el pago indemnizatorio conforme a los lineamientos de la norma acabada de citar.

En manera alguna puede pensarse que se trata de una acción de nulidad o contencioso objetivo a que alude el artículo 66 del mismo estatuto y a pesar de que el actor lo señale como uno de los fundamentos de su pretensión. Mal podría tener cabida la restauración de la legalidad, cuando precisamente invoca un interés particular que ha sido presuntamente lastimado por un acto o un hecho injurídico e imputable a la administración, con el objetivo concreto de un resarcimiento pecuniario.

Tampoco habría lugar a imaginar sensatamente que el actor intentó dirigir sus aspiraciones por los derroteros que se delimitan en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, ya que si es cierto que se trata de una acción de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, —que busca el restablecimiento del derecho, esta sólo es viable contra el acto administrativo escrito, o por las operaciones administrativas originadas en una decisión escrita, situaciones que no se insinúan en el relato de los hechos esquematizados por el libelista. Aquí no se censura ningún acto u operación administrativa propiamente

dicha y menos que el acto u operación se hubiera exteriorizado por escrito pues en tal caso se haría indispensable el agotamiento gubernativo, o la manifestación expresa o tácita de la administración. El artículo 67 se refiere es a los actos de la administración que sean susceptibles de publicación o notificación, es decir este artículo estructura la noción de la responsabilidad del Estado por el acto administrativo escrito, lo cual difiere y en mucho, de los hechos a que se relaciona el artículo 68 del mismo código.

Pero cabalmente, del contexto de la demanda, materia de análisis, se desprende inequívocamente que su autor al censurar el irregular proceder de la administración por los hechos y omisiones allí esquematizados, reclama la reparación directa en forma de indemnización. Es por lo tanto comprensible que la acción se vea respaldada por el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, pues esta no se hace depender de un acto producido por la administración, cuanto de un hecho llevado a cabo por la misma.

b) *Procedibilidad de la acción ante esta jurisdicción*

Dilucidada la cuestión puramente interpretativa de la demanda, precisado su verdadero sentido y la intención exacta de su autor, lo mismo que demarcado el tipo de acción que se adivina en la narración de los hechos, entra el Tribunal en un somero análisis de su procedencia.

Para lo anterior aparece igualmente imprescindible adoptar una posición depurativa de los fundamentos fácticos de la acción por cuanto que el demandante incorporó, indistintamente, aspectos de una controversia meramente civil, de efectos jurídicos patrimoniales de derecho privado, que emergen directamente en forma inmediata del problema indemnizatorio discutido en el proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria, con otra faceta de marcado fundamento publicista que es, precisamente, la que compete a esta jurisdicción.

Pues bien: se relata en los hechos y se verifica en las copias de las providencias judiciales arrimadas al proceso, que la sentencia de expropiación proferida a favor del municipio de Medellín y en contra del señor Juan E. Mesa Saldarriaga, se ejecutorió, lo mismo que la providencia que desató el incidente sobre regulación del monto de la indemnización reconocida al particular expropiado.

Ahora en acatamiento de los términos de las decisiones jurisdiccionales aludidas y conforme lo prescribe el artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, surgieron derechos y obligaciones correlativas para las partes intervinientes en el proceso: para la entidad municipal el derecho a solicitar la entrega real y material de la propiedad, objeto del desapropio, a cambio de la previa consignación a órdenes del juez, del monto del valor del inmueble y de la indemnización pertinente. Para el particular afectado, el derecho a reclamar y recibir la suma que le hubiera correspondido y la obligación de hacer entrega material del objeto expropiado.

"No se presentaría dificultad alguna si la entidad expropiante, ante la renuencia del particular en hacer entrega del inmueble, solicita del juez la entrega material y jurídica del objeto de la *litis*, pues ella podría verificarse directamente por el funcionario, una vez se hubiere

depositado el precio del bien y el valor indemnizatorio. Pero el asunto asume visos de indiscutible complicación cuando, como el caso *sub judice*, la sentencia no se acató, justamente por la omisión del Municipio en depositar la suma de dinero determinada en el proceso.

"Se pregunta, entonces, si es jurídicamente razonable que el valor de la cosa expropiada y la indemnización misma deben subsistir en forma inmodificable a partir de la ejecutoria del auto que las fije y de manera indefinida, así la entidad demandante prolongue en un tiempo ilimitado su decisión de incorporar al uso público el inmueble objeto del fallo?

O dicho en otros términos: el particular demandado tendrá que someterse ¿al querer unilateral, omnímodo y arbitrario de la administración, esperando indefinidamente a que se le consigne a su favor el monto de la indemnización, para luego proceder a la entrega material y jurídica del bien expropiado?

Tal evento constituiría una situación aberrante: Cada día que transcurre se hace menos real la indemnización, pues el tiempo sólo se encargará de envilecer los precios. Habría un notorio desequilibrio económico en perjuicio del propietario. El expropiado sufriría una afectación incompatible con el principio de la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas. No se presentaría una reparación integral. La indemnización sería ilusoria, irreal e inoportuna. El pago no sería conmutativo y la misma expropiación vendría a convertirse en un acto verdaderamente confiscatorio.

"Desafortunadamente la hipótesis que se plantea no tiene una regulación específica en la legislación colombiana y a pesar de que su ocurrencia experimenta situaciones conflictivas de diario acaecer en los despachos judiciales con más frecuencia de la que se cree, los estrados judiciales se ven atiborrados de procesos de expropiación en donde se pregona una urgente e inaplazable necesidad de adquirir con prontitud un bien inmueble para afectarlo al servicio público y sin embargo la entidad expropiante, en forma inexplicable y por demás censurable, retarda la consumación del proceso al omitir consignar las sumas de dinero señaladas judicialmente como justiprecio del desapropio.

"Y no es propiamente que la legislación civil haya dejado de lado los principios que informan la naturaleza de la expropiación, pues la reglamentación de la misma ha tenido en cuenta los intereses públicos que de carácter urgente se persiguen. La brevedad del procedimiento expropiatorio está preconizada con mayor rigidez en el actual Código de Procedimiento Civil, donde la filosofía de su tramitación impide la utilización de cualquier término dilatorio que la haga de difícil o tardía culminación.

Basta observar, por vía o ejemplo, que de acuerdo con el artículo 452 de dicho estatuto, el traslado de la demanda puede hacerse en la forma señalada por el artículo 87 del Código. No se permiten excepciones de fondo, tal como lo dice el artículo 453 *ibídem*, y las previas tampoco tienen cabida. En cuanto a la notificación de la demanda se refiere, basta que este acto procesal no se haya podido realizar transcurridos dos días del auto admisorio, para hacerlo por edicto, sin ne-

cesidad de la demostración, así sea sumaria, de que la parte demandada se esconde, o se ignore su paradero. La sentencia en el evento de ser apelada, lo será en el efecto devolutivo.

También sucede algo similar en legislaciones como la uruguaya, Mejicana, Argentina, Francesa y Española, en donde se han diseñado las normas de la expropiación con procedimientos de marcada prontitud y notoria rapidez, adoptándose, inclusive, una intervención jurisdiccional muy excepcional y eso para algunos casos de disparidad en el monto indemnizatorio.

Sin embargo de lo anterior y de la abundancia de previsiones que contemplan, por ejemplo, en países como España, no se escapan circunstancias entorpecedoras, e imputables a la administración, que tornan el proceso expropiatorio en francamente lerdo y excesivamente prolongado.

Esto ha motivado la crítica de los expositores de Derecho Administrativo que no vacilan en catalogar tal proceder como abiertamente lesivo de la juridicidad, desestimatorio del derecho de propiedad y de todas las formas como un abuso de la administración.

En algunos países el asunto ha asumido características de tal gravedad que es bien llamativo el caso traído por el Profesor Pedro Guillermo Altamira cuando relata que en Francia se llegaron a expropiar castillos, en las últimas décadas, fundándose en una ley de expropiación que databa del siglo XVIII, la cual autorizaba la iniciación de ese procedimiento.

Esta indiscutiblemente, constituye una situación sintomática, si no de orden administrativo, si de abuso de la administración. El propietario no puede estar permanentemente sometido a la amenaza de una expropiación que no sabe, a ciencia cierta, si llegará a consumarse. Verdad es, como lo decía Ihering, que "Sin la expropiación la propiedad sería una maldición para la sociedad", pero también es de elemental sensatez que el Estado así actualice una manifestación de su derecho de soberanía, debe racionalizar la ejecución de las obras de tal manera que en su planeación delimite el tiempo de su desarrollo, evitando que el desequilibrio económico en las relaciones con sus asociados se profundice por su propia culpa o por la deliberada intención de sus agentes.

Las legislaciones Argentina y Española, preveen la tardanza de la iniciación del proceso expropiatorio en un ciclo determinado a partir del acto administrativo de declaratoria de utilidad pública, reputándose abondonada la expropiación si durante ese lapso no se han iniciado las gestiones subsiguientes al fin adivinado en el acto que autoriza, abriéndose el campo al resarcimiento indemnizatorio. Si en el caso *sub lite* se observa la conducta asumida por el Municipio de Medellín en relación con el inmueble del señor Mesa Saldarriaga puede afirmarse que sin lugar a dudas, se pretende entronizar la abierta desnaturalización al Instituto de la expropiación en una inexplicable demora por consumar el desapropio. No es comprensible que la dejadez administrativa revierta en un atropello para el administrado".

Se pregunta entonces si la propiedad del expropiado quedará a la libre voluntad del expropiante? El ente expropiador decidirá si paga

o no el justiprecio de la indemnización señalado desde hace varios años? Quedará a su libre albedrío juzgar sobre la conveniencia o no de consumar la expropiación?

Es incuestionable que la legislación colombiana acuse manifiestos vacios que obligan a recurrir a las normas de la hermenéutica, a fin de desatar conflictos como el de autos. Y si se aprecia que la cuestión sometida a este juicio no ha tenido antecedentes jurisprudenciales bien delimitados que enmarquen una situación similar, debido precisamente a la incuria de los presuntos afectados en provocar la actividad jurisdiccional, se comprende la dificultad de su solución y la penuria de su respaldo doctrinario que puede asumir este fallo. Pero es lo cierto que si la ley calla y la jurisprudencia ni ha creado una doctrina que dé claridad al asunto, no por ello es dable deducir que el perjudicado con la intervención pública puede quedar sin indemnización cuando la lesividad ha surgido, se ha demostrado el perjuicio y el nexo causal comprobado.

Las respuestas que surgen de los interrogantes apuntados atrás, no inciden en su totalidad, en el análisis siguiente. En este punto es, forzosamente, en donde la actividad depurativa a que se hizo alusión anteriormente debe desplegarse con sumo cuidado y sin que por ello pueda decirse que está ante un examen bizantino sin secuelas jurídicas de relievancia.

Es el actor del presente juicio el que involucra dos aspectos indemnizatorios cuya competencia no es dable juzgar en su totalidad a esta jurisdicción. Pues bien: el uno comprende el "equivalente económico" (para usar terminología empleada por Legón, citado por Altamira) que abarca el precio o valor de la cosa expropiada y la referente a los años o perjuicios derivados de la expropiación o precio de la reposición; el otro hace relación propiamente a la indemnización por el retardo imputable a la administración en llevar a cabo la expropiación o en consumar la misma.

No se remite a duda alguna que el primero de los renglones acabados de mencionar escape al conocimiento del Contencioso Administrativo. Basta simplemente considerar que él hace referencia a un asunto eminentemente patrimonial de la esfera del derecho privado, pues el problema se concretaría a una posible controversia sobre aspectos puramente económicos que surgen como secuela directa e inmediata del proceso judicial expropiatorio y que de seguro debe discutirse dentro del mismo expediente. Todo se traduciría en sencillas medidas de reajuste pericial en el precio del inmueble afectado y en el valor de los daños y perjuicios.

Ni la legislación colombiana, ni los procesalistas patrios acometen el estudio de las complicaciones que pueden aflorar en la eventualidad de la inoportunidad de la consignación del pago que debe hacer el ente expropiante a órdenes del funcionario judicial que decretó la medida.

Administrativistas foráneos como Sayagües Laso, Altamira, García Oviedo y Gabino Frage emprenden disertaciones no sólo de momento en que debe fijarse la indemnización, sino de aquel en que debe hacerse el pago pues no siempre el momento en que se determina la indemnización coincide con el de la transferencia de la propiedad y

aún puede precederla como sucede por ejemplo, con la entrega anticipada a que se refiere el artículo 457 del Código de Procedimiento Civil Colombiano.

En españa, verbigracia, es procedible que el justiprecio se efectúe de nuevo dentro del mismo expediente administrativo, realizándose una tasación acorde al momento del pago y llevada a cabo por el jurado de expropiación. Sinembargo dentro del transcurso de los seis meses siguientes a la determinación del justo precio, es obligatorio el pago, so pena de que ese guarismo devengue intereses legales a favor del expropiado.

"En Uruguay se contempla en la misma constitución situación parecida al decir de Sayagües Laso, debe recurrirse a normas procesales de la legislación civil, que en esfuerzos interpretativos, ha dado lugar a jurisprudencias contradictorias.

De todas maneras cree la Sala que esta faceta indemnizatoria que plantea la demanda y que bien pudiera llamarse de "actualización del precio y del avalúo de los daños y perjuicios ya fijados judicialmente", es una cuestión que surge directamente del expediente expropiatorio seguido ante la jurisdicción ordinaria y de su exclusiva competencia. El contencioso administrativo desbordaría su propia competencia si entrara en el examen de este aspecto de la controversia".

"c) *Imposibilidad de un proceso de ejecución*

En este momento del estudio de la *litis* es desde luego lógico inquietarse por la inocuidad de un proceso de esta naturaleza si a primer golpe de vista se presenta la procedibilidad de una acción compulsiva en contra del ente expropiante que obstinadamente se niega a consignar los valores a que judicialmente se le condene como "compensación" por el desapropio. Es entonces obvio que si realmente ello fuera así, una acción indemnizatoria como la que se ha intentado no tendría razón de ser y caería por su base. No podría prosperar, ni siquiera iniciarse, dado que la inercia de su titular, su abulia o falta de gestión no puede verse cohonestada con un desempeño judicial en un proceso de conocimiento, cuando debió recurrir a uno de ejecución

"Dicho en otros términos. Es viable comprometer a la administración en un proceso de conocimiento si el particular tuvo expedita una acción compulsiva ¿de fácil ejecución? Tiene mérito ejecutivo la tasación judicial pronunciada en juicios de expropiación?

Cree el Tribunal que la legislación colombiana no da margen a pensar en la viabilidad de una ejecución en contra de la entidad pública expropiante y con base en la sentencia que la decretó. A ello conducen los razonamientos subsiguientes:

Conforme al artículo 488 del Código de Procedimiento Civil pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que emanen de una sentencia de condena proferida por el juez o Tribunal de cualquier jurisdicción.

Evidentemente el fallo de expropiación constituye una sentencia de condena en contra del particular expropiado, pero al mismo tiempo configura una condena a la entidad pública en cuanto a esta se le

obliga a pagar el monto del valor del inmueble y el precio de los daños y perjuicios.

De otro lado, la exigibilidad, como requisito de la ejecución no, resulta tan obvia de la sola sentencia y del auto que fija el equivalente económico o indemnización, así estas providencias se encuentren ejecutoriadas no esten sujetas a impugnación alguna.

La exigibilidad dice relación a la facultad de pedir que tiene el acreedor y a la obligación actual de pagar, en un momento dado, que tiene el deudor. Desde el inicio de este fallo se dijo que de la sentencia de expropiación surgen obligaciones correlativas para las partes; a cargo del particular hacer entrega del bien expropiado y la que gravita en la entidad pública, efectuar el pago del equivalente económico o indemnización. Pero es bien claro que la exigibilidad de la última depende de la primera en el sentido de que el particular no puede exigir a la entidad el pago para sí del precio de la indemnización, por cuanto que la entrega del dinero respectivo está supeditado a circunstancias que solo es posible advertir al momento de llevarse a cabo la entrega del bien expropiado.

Es cierto que inicialmente la primera obligación corre a cargo de la entidad pública en el sentido de que ésta debe cubrir, previamente a la entrega del bien, el valor indemnizatorio. Pero también es sabido que el cuantum del equivalente económico no ingresa directamente y en forma inmediata al patrimonio del particular. En otras palabras: el ente público expropiante está obligado a pagar el precio de la indemnización, antes de la entrega, pero mediante consignación a órdenes del juzgado que conoce del proceso de expropiación y a fin de que, una vez cumplida la entrega del bien, se disponga de ese guarismo en la forma prevista en el artículo 458 del Código de Procedimiento Civil.

Puede resultar, entonces, que alguna parte de ese monto indemnizatorio corresponde a un tercer poseedor ocupante del bien, a un arrendatario por escritura pública, a un usufructuario, a uno que tenga derecho de uso y habitación, inclusive a aparceros o cultivadores precarios, a un acreedor hipotecario y, de todas maneras, a quien esté en las circunstancias previstas citadas en el artículo 458.

No aparece muy certero predicar la personería sustantiva del expropiado en un proceso compulsivo, vistas las circunstancias acabadas de señalar. No se sabe a ciencia cierta si él es el acreedor de la totalidad de la indemnización. Basta la sola eventualidad prevista en el artículo 456 numeral 3º del Código de Procedimiento Civil, para negar el planteamiento.

Quiere decir lo anterior que el propietario expropiado no está dotado de la capacidad jurídica suficiente para ser el receptor de la indemnización o equivalente económico, o por lo menos de su totalidad.

Necesariamente por estas razones apenas sí enumeradas, está previsto en la legislación colombiana que aunque la entidad pública pasa con la obligación de consignar el precio del valor de la cosa expropiada y el justiprecio de los daños y perjuicios, antes de efectuarse la entrega del bien objeto de la medida, no por ello el titular del inmueble o poseedor inscrito puede recibir dichos valores, pues el

dinero allí depositado está sujeto a ser repartido en los eventos aludidos procedentemente.

En resumen, la exigibilidad de la obligación a cargo de la entidad de derecho público se ve seriamente resentida a manos del expropiado, de allí que no procede la ejecución.

Si las motivaciones esbozadas no aparecieran de recibo considera esta Sala que existen otras razones que dan más firmeza a la aserción central.

En tratándose de la expropiación, el particular debe someterse el acto del imperio de la administración que pretenda el desapropio. El administrado tiene capacidad jurídica para impedir o siquiera entorpecer el ejercicio de la soberanía del poder que viene a ser el fundamento de este Instituto . La acción expropiatoria es privativa del Estado y sólo a él le compete determinar la oportunidad de su ejercicio, siendo extraño a la voluntad del expropiado fijar el momento de su culminación. No se puede obligar al Estado a expropiar. El particular no puede, en modo alguno, exigir la expropiación. Estos son principios rectores de la Institución y que se ponderan por los tratadistas en derecho público.

Canasi, citado por Altamira, dice que indudablemente el Estado es quien elige el momento de expropiar. El expropiado siempre está en actitud pasiva y solo tiene el derecho a la indemnización.

En este orden de ideas, pregonar la procedibilidad del proceso de ejecución en contra del ente expropiante sería impeler indefectiblemente al Estado a que consume y lleve a efecto una expropiación, convirtiéndose así la decisión expropiatoria en un acto sometido al querer del administrado, cosa verdaderamente aberrante.

De otro lado y como último argumento de la tesis que se viene sosteniendo, se tiene que en los casos de expropiaciones incoadas por la Nación o Institutos Descentralizados del mismo orden, habría imposibilidad de adelantar procesos compulsivos dados los claros términos de los artículos 336 del Código de Procedimiento Civil y 43 del Decreto 3130 de 1968.

Se presentaría entonces la curiosa situación de que la consumación de la expropiación sólo sería viable a nivel departamental o municipal como que si el Instituto mismo de la expropiación estuviera regido por distintos principios según fueren interesados la Nación o sus entidades descentralizadas y los otros entes a nivel regional....” (Termina la cita de la sentencia del *a quo*).

Y no es óbice para la acertada conclusión del *a quo*, la cita que hace el libelista de los artículos del Código Civil, consagratorios, en su orden, de la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, por el hecho ajeno y por las actividades peligrosas, antitécnico aún en el estricto campo del derecho privado, pues por su peculiar naturaleza se repelen entre sí, no son acumulables y es ostensiblemente desacertada su cita frente a la presunta responsabilidad del Estado, derivada, según reiterada jurisprudencia de esta corporación de los artículos 16 y siguientes de la Constitución Política y no del Código Civil.

"..... .....

La Sala ha considerado conveniente, dado el planteamiento jurídico de la demanda, el compendio de la jurisprudencia nacional sobre las fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado, a efecto de hacer un análisis de la situación actual de dicha jurisprudencia con el fin de presentar esquemáticamente lo que es y ha sido el criterio jurisprudencial de la corporación, al respecto, para decidir conforme a él, el asunto *sub judice,* o para hacer, si se viere necesario los replanteamientos correspondientes.

'De ahí que a manera de resumen, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

"A) La responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser estudiada y decidida a la luz de las normas del C. C., y se abandona por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales para encontrar en dicho estatuto, mediante inteligentes y sutiles teorías, las fuentes del derecho positivo, determinantes de la responsabilidad estatal, en materia extracontractual sus modalidades y alcances.

"Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política, especialmente en las que conforman el Título Tercero del dicho estatuto, que trata 'de los Derechos Civiles y Garantías Sociales', constitutivos del objetivo fundamental de la organización de la Nación como estado de derecho y de sus autoridades como personeras del mismo, guardianes de su integridad y ejecutoras de aquellos ordenamientos tutelares de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, fines justificativos de la organización y funcionamiento del Estado y del sometimiento del conglomerado humano a sus poderes exorbitantes. Y entre tales normas, la jurisprudencia ha hecho rendir, mediante profundo análisis de su contenido filosófico, jurídico y político, todas sus consecuencias a las previsiones contenidas en los artículos 16, 20, 21, 29, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51, que aparecen hoy, por reiteradas decisiones de la corporación, como soportes jurídicos principales de la responsabilidad extracontractual de la Administración lo mismo que sus desarrollos legislativos contenidos en el Código Contencioso Administrativo tales como los artículos 62 y ss. 67, 68 y 69, entre otros; las normas del Decreto Legislativo 528 de 1964, artículos 20, 28, 30, 32 entre otros, además de las leyes especiales sobre la materia.

"B) Entre los casos en que se configura la responsabilidad del Estado, fuera del contrato, sus categorías y modalidades, pueden deducirse, de las comentadas decisiones de esta corporación, las siguientes:

"..... .....

"2. *Responsabilidad por 'falta o falla del servicio'* ".

Cuando el Estado, en desarrollo de sus funciones incurre en la llamada "FALTA O FALLA DEL SERVICIO", o mejor aún falta o falla de la administración, trátese de simples actuaciones administrativas, omisiones, hechos y operaciones administrativas, se hace responsable de los daños causados al administrado. Esta es la fuente común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere:

a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración.

b) Lo anterior implica que la Administración ha actuado o ha dejado de actuar por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano.

c) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a indemnización.

Obvio, habrá casos de concausalidad, bien entre la falla y la culpa de la víctima, entre la falla y el hecho de un tercero o aún entre la falla y la fuerza mayor o el caso fortuito en los cuales la responsabilidad del Estado quedará limitada en la proporción en que su falta o falla sea reconocida como causa eficiente del daño sufrido, presentándose entonces, la figura conocida en el derecho, como "compensación de culpas" o repartición de responsabilidades.

El Estado se exonera de toda responsabilidad, cuando demuestra como causa del daño, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, pues en el fondo lo que acredita es que no hay relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño causado.

También se exonera de toda responsabilidad, cuando el daño es causado por el agente administrativo, en actos fuera del servicio o sin conexión con él y cuando la causa del daño es la falta personal del agente, difícil de definir y de determinar doctrinaria y jurisprudencialmente, encontrándose, hasta ahora sólo ejemplos, como los de aquellos casos en que el agente actúa por motivos pasionales". .... (Sentencia de octubre 28 de mil novecientos setenta y seis, Consejo de Estado; Consejero ponente: Jorge Valencia Arango. Expediente 1482. Actor: Banco Bananero del Magdalena).

Y a pesar de lo anterior, la Sala considera acertada la interpretación de la demanda hecha por el Tribunal, por cuanto desde hace varios siglos se logró, como positivo avance, superar el estadio en el cual al juez no sólo debían darse los hechos sino también el derecho, para consagrar como verdad la condenada en la máxima latina *"jura novit ciria"*, el derecho nunca es nuevo para el juez, trátese del invocado o del negado por el demandante o de otro no mencionado.

Y este principio general, rige en las controversias contencioso administrativas a que se refiere el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo y a las contractuales, o sea fin a todas aquellas distintas a las acciones de impugnación (de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho) por cuanto en ellas la violación de cada norma jurídica es causal de nulidad del acto y por ende, *causa petendi*, por sí sola suficiente para fundamentar una pretensión de

nulidad y, en tales condiciones, la invocación, por el juez, de una norma jurídica distinta a la invocada, implicaría *demanda oficiosa*, violación del antiquísimo, principio de *"Gemo judex sine libelo"*, propio de las *jurisdicciones rogadas* y no oficiosas, y en fin fallo *"extra petita"*.

Y ya sobre la naturaleza de la pretensión indemnizatoria deducida en el juicio y el análisis de los hechos y omisiones que le sirven de fundamento, dice la sentencia apelada: "....

"d) *El contencioso administrativo ante un proceso expropiatorio no consumado*

Sentada la tesis de la imposibilidad jurídica de una acción compulsiva que presione la consumación de la expropiación y delimitado el campo indemnizatorio del derecho privado en las situaciones que emergen directamente del expediente expropiatorio, queda por examinar el aspecto más relievante para efectos de este proceso cual es el indemnizatorio por la inercia u omisión de la administración relatada en los hechos de la demanda y concretada especialmente, entre otros, en los siguientes:

"Décimo Quinto. Desde el momento de la expedición de la Resolución Nº 21 de fecha 30 de julio de 1962, es decir, desde hace más de *catorce años*, el Departamento de Valorización del Municipio de Medellín, limitó el libre goce de la propiedad, pues al decretar el 'ensanche de la vía pública' en el sector de la carretera El Poblado-Zúñiga, con la calle 9ª, *no se podía ni construir ni reformar ni intentar ninguna clase de obra en el inmueble de mi propiedad, porque el Organismo Público* negaba toda licencia". (Se subraya).

"Décimo Sexto: A raíz de la expedición de la Resolución Nº 102 de Agosto 18 de 1970 de la Alcaldía de Medellín, obrando en ejercicio de las facultades legales que para el caso le confieren las disposiciones de la Ley 1ª, de 1943, el problema se agudizó más, porque se declaró, de utilidad pública y se decretó en consecuencia la expropiación de mi faja de terreno, y esta disposición del Municipio de Medellín está vigente, y por lo tanto, *existe una situación sin solución y contra derecho, que genera graves perjuicios por la entidad de derecho público que los está ocasionando"*. (Subrayas fuera del texto).

Décimo sexto (sic). Existe, pues, y está vigente una resolución del Municipio de Medellín que declara de utilidad pública y decreta la expropiación de una faja de terreno de mi propiedad, y existe también una setencia judicial que decreta la expropiación del inmueble, entonces existe una limitación al derecho de la propiedad en su forma plena, por cuanto judicialmente se autorizó la expropiación por motivos de utilidad pública, en el terreno restante no permite el Municipio de Medellín hacer ninguna obra, y tampoco se ha cumplido el pago de las indemnizaciones". (Subraya el Tribunal).

Bien sabido es que la expropiación se construye sobre la base de la existencia de una indemnización que proporcione al particular una reparación por el perjuicio sufrido, pues si la expropiación implica una limitación al derecho de propiedad ejercida por el Estado como manifestación de su soberanía, es apenas natural que sea el mismo Estado quien provea lo necesario para resarcir el daño causado.

Las legislaciones modernas se inclinan por considerar la expropiación como una institución regida por el derecho público, siendo su principal fundamento la satisfacción del interés general. Inclusive la estructura misma de la concepción indemnizatoria surge de la relación Estado particular, en donde el primero preconiza el interés público al afectar un interés particular. La simple consideración de que el proceso expropiatorio debe estar precedido de un acto administrativo de declaratoria de utilidad pública, delimita el carácter jurídico de la misma.

Los móviles específicos del Instituto, la oportunidad del ejercicio de la acción expropiatoria y su naturaleza intrínseca son otras tantas razones para aseverar que ella pertenece al derecho público.

Las doctrinas Alemana e Italiana le dan carácter esencialmente publicista a esta Institución. D. Alessio, citado por Altamira, dice que "así, pues el acto de expropiación es un negocio jurídico de derecho público, unilateral en cuanto a la voluntad operante, pero bilateral en cuanto a sus efectos dado que por él nacen derechos y deberes no sólo para el expropiante sino también para el expropiado". Mayer, traído por el mismo actor, afirma categóricamente que "la expropiación pertenece al derecho público desde el principio hasta el fin, y comprende sus efectos, puesto que no hacen más que formar parte integrante de la expropiación ...".

Finalmente Oyhanarte, mencionado también por Altamira, enfatiza sobre la concepción eminentemente publicista de la Institución y el carácter igualmente público de la indemnización: "... la expropiación tiene una acepción genérica: comprende todo sacrificio particular o daño especial inferido al dominio privado en beneficio del interés colectivo. Esta noción genérica "presupone una actividad" originaria de la lesión privada y hace surgir la consiguiente responsabilidad indemnizatoria el Estado, y su fundamento jurídico, dice, reside en el principio de "igualdad ante las cargas públicas". Luego la indemnización a cargo del expropiante es siempre la forma jurídica de efectivisar su responsabilidad por un acto lícito. Si resulta la incorporación de un bien del sector de la economía privada al de la economía pública, el Estado desecha la compraventa —procedimiento de derecho privado— y opta por la expropiación —procedimiento de derecho público— su opción produce un efecto jurídico que va más allá de las simples alteraciones procesales. La declaración de "utilidad pública" de un bien determinado, o la individualización del mismo en caso de calificación genérica, funciona como verdadero acto condición. Y conforme a la definición que se jése "de acto condición" que es "una manifestación de voluntades que tiene por objeto jurídico, colocar a un individuo en una situación jurídica general, o de regularizar el ejercicio de un poder legal "... El acto declarativo de utilidad pública en el procedimiento de expropiación, es la condición para que el poder legal del legislativo pueda ejercerse regularmente. A partir del instante en que acaece este "acto condición", el objeto expropiado y los derechos de los sujetos de la relación expropiatoria quedan adscritos a un reglamento o estatuto público. Ninguna dificultad jurídica puede nacer al margen del mismo. Al desestimar la vía del derecho privado, el Estado decide mantenerse en la esfera del derecho admi-

nistrativo; y se mantiene íntegramente". (Cita de Altamira. Ob. mencionada. Pág. 773. Se subraya).

Se ha querido resaltar el carácter publicista del Instituto expropiatorio con las opiniones de los autores atrás referidos, para poner de bulto que si bien en la legislación colombiana el proceso de expropiación, a sí se inicie con la expedición de un acto administrativo, tiene un trámite delineado dentro de una concepción predominantemente civilista, no todas las escuelas que de él puedan derivarse caen dentro de la esfera privativista tal cual es el caso del asunto *sub lite*. Aquí es donde esa relación jurídica Estado particular aparece más ostensible y de caracteres más definidos. El Estado, como gestor de los intereses públicos, como protector de la propiedad privada y ejerciendo su poder de soberanía, tiene como tal la obligación imperiosa de guardar el equilibrio económico en la relación con sus asociados y conforme al principio de la igualdad de las cargas públicas de los particulares en frente al Estado. No aparece permisible de un estado de derecho pregonar el ejercicio de la soberanía estatal sin que aparezca, de inmediato, un resarcimiento pecuniario a favor del administrado que ha sido menguado en sus propios intereses. Si realmente hay un daño particular irrogado por el Estado en beneficio colectivo, la indemnización no es más que la forma jurídica de efectivizar esa responsabilidad, ella viene a constituir la reparación integral al desequilibrio económico provocado con un acto del Estado.

La esquematización del problema así planteado lleva a la conclusión de que es viable jurídicamente la existencia de dos acciones diferentes y al mismo tiempo contínuas que puedan incoarse en forma independiente ante dos jurisdicciones distintas y en donde se persiguen fines totalmente disímiles. La acción ante el contencioso administrativo nada tiene que ver con la que puede surgir dentro del expediente seguido ante la justicia ordinaria, pues allí tal como se dijo, el problema se reduce a una simple actualización del valor indemnizatorio. De todas maneras la cuestión patrimonial de derecho privado es si se quiere incidental, la ante el contencioso es autónoma. El *petitum* procedible en ambas es diverso. La acción contenciosa no incide en la civil.

"De manera que la acción está circunscrita únicamente a un debate indemnizatorio en donde la omisiva conducta del ente expropiante en consumar la transferencia de la propiedad particular al dominio público le ha acarreado menoscabo económico al demandante.

"Es el caso de la competencia a que hace relación el artículo 32, ordinal 2º, literal f) del Decreto 528 de 1964 al señalar "Las actuaciones, omisiones y vías de hecho, que comprende todas las fuentes de responsabilidad administrativa aludidas en los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo.

"Y en verdad que contemplada la forma como se describen los hechos originarios de esta demanda, es factible suponer el acaecimiento de perjuicios al propietario expropiado. La conducta de la administración puede llevar a una real congelación del inmueble o sea inmovilizarlo comercialmente, pues es de imaginar que nadie se aventuraría a verificar transacción alguna sobre un lote de terreno sometido

a semejante limitación y más si en relación con dicho bien se ha terminado procesalmente —que no efectivamente— la expropiación. Una administración medianamente organizada impediría la concesión de una licencia de edificación sobre un lote en donde se proyecte la construcción o ampliación de una vía pública. Igualmente, y como lo dice Altamira, los derechos del propietario "pueden verse restringidos, porque es difícil —por ejemplo— arrendar en condiciones razonables un inmueble, si el arrendatario no tiene certeza de que su localización será bruscamente interrumpida por una expropiación decretada hace varios años". (Ob. cit. pág. 798).

"Es que, ciertamente, el particular no puede quedar librado a la voluntad del expropiante para que este señale la época de llevar a cabo la expropiación, como tampoco el momento mismo de pagar las indemnizaciones pertinentes, sin que ello acarree una responsabilidad al ente expropiante.

"En Uruguay, tal como se expresó anteriormente, una norma constitucional, inciso 3º del artículo 32, establece que "se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieren en razón de la mora, se consume o no la expropiación". Esto, dice Sayagües Laso, fue establecido en la reforma constitucional de 1934 y luego pasó a la constitución vigente.

"Dice el mismo autor que 'La disposición ha originado dudas en cuanto al ámbito de su aplicación y a la necesidad de la intimación judicial para que el expropiante incurra en mora. Sobre este último punto consideramos preferible la opinión de que no se requiere intimación judicial previa, porque en virtud de la naturaleza del procedimiento la administración incurre en mora por el solo hecho de no cumplir los plazos que la ley fija... Toda expropiación necesita cierto tiempo para cumplirse y la ley fija plazos para muchos de sus trámites. Por consiguiente mientras la administración actue con diligencia normal y cumpla los plazos establecidos, no existirá mora en el inciso 3º del artículo 32 será inaplicable. Esto no *excluye, como es lógico, la indemnización de los perjuicios que la tardanza normal del procedimiento origine al expropiado, porque de lo contrario la indemnización no sería justa .. Por tanto, el ámbito de aplicación del inciso se reduce a los casos en que la demora excesiva de la administración origina perjuicios especiales al expropiado...*". (Suyagües Laso Ob. Cit. Págs. 351 y 352. Las subrayas no son del texto).

"Podrá pensarse que en Colombia sea indispensable, como requisito previo a la acción contenciosa, provocarse la expedición de un acto gubernativo ante la aparición de un hecho omisivo, de una abstención, de un dejar de hacer de la administración?

"El desarrollo jurisprudencial del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo y las actuaciones de competencia a que se refiere el artículo 32 del Decreto 528 antes citado, dan lugar a pensar que no es necesario.

"En un asunto de rasgos un tanto parecidos al que ahora es materia de estudio, el Consejo de Estado profirió un extenso fallo que sirve en esta ocasión al Tribunal para dilucidar la cuestión. En providencia de fecha 24 de junio de 1965 con ponencia del H. Consejero

doctor Alejandro Domínguez Molina y que corre publicada en los anales de esta Corporación Nºs. 407, 408, 1965 páginas 441 y ss., se dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

"....Esta misma Sala tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la responsabilidad por omisión en un caso similar al de autos. En efecto, en sentencia de fecha 7 de marzo de 1963 proferida en el juicio adelantado por Cecilia Insignares de Carbonell contra el Municipio de Barranquilla, por indemnización de perjuicios causados por reiterados actos de omisión al demorar la resolución sobre las peticiones para obtener la licencia para construir en un lote de su propiedad, se dijo con ponencia del H. Consejero Rojas Arbeláez: 'Efectivamente de los documentos presentados y de la narración relativa a los hechos se comprende con claridad que la demandante vincula el derecho al hecho jurídico de la omisión administrativa que da lugar al resarcimiento de perjuicios al tenor del artículo 68 de la Ley 167 de 1944: *La abstención o no hecho de la administración se convierte en un hecho para el administrado, del que pueden provenir daños patrimoniales* como ocurre en el caso de autos en que la renuencia de la Alcaldía a resolver sobre la petición de licencia para edificar privó a la demandante de los ingresos que le hubiere producido la edificación. La constitución por otra parte consagra para los ciudadanos el derecho de obtener pronta resolución a sus peticiones, en atención precisamente a que las resoluciones tardías o la omisión en producirlas puede perjudicar gravemente al peticionario. *Los hechos, pues, a que se refiere el artículo* 68 *antes citado, no son sólo los positivos sino también los negativos*". (Se subraya). A renglón seguido se agrega: 'Lo expuesto permite concluir que la acción ejercitada en la demanda que es objeto de este fallo, no ha sido equivocada por cuanto *la indemnización de perjuicios se basa en una omisión y como lo dijo la Sala en la sentencia citada, los hechos a que se refiere el artículo* 68 *del Código Contencioso Administrativo, 'no son sólo los positivos sino también los negativos'*. (Se subraya).

"Más adelante al hablar sobre la prescripción de la acción se expresó 'Ahora bien, los perjuicios que cause la obtención u omisión de un deber no se producen siempre en forma instántanea, pues, cuando se trata de bienes jurídicos no susceptibles de destrucción o de disminución, los efectos nocivos de la omisión no surgen ni se agotan en un instante, porque ella apenas viene a ser un obstáculo en el disfrute de tales bienes. *Después de la lesión que se realiza en el primer momento, la violación del derecho y el daño o perjuicio consiguiente, se renuevan continuamente, mientras dura o permanece el estado de abstención u omisión, en relación con tal clase de bienes jurídicos*". **(Subraya la Sala).**

"Lo transcrito en los párrafos anteriores clarifica la tesis de que el menoscabo patrimonial privado puede ser derivación de omisiones de estricto derecho administrativo y a medida que la conducta de la administración no se hubiere exteriorizado en un acto de tal naturaleza. De allí que no pueda hablarse de agotamiento de la vía gubernativa y menos de recursos ya que estos se interponen contra los actos y los actos no surgen cuando la administración se abstiene de crearlos, precisamente, por su proceder negligente y francamente omisivo. Es la tesis de censurar la inercia, de impugnar la falta de

actividad, de reprochar la resistencia pasiva de la administración que con su proceder ofrece a los administrados un espectáculo desolador de desmoralización y que bien puede conducir a la paralización del efecto de una decisión judicial.

"De todas formas la inmovilización de un patrimonio y su limitación, así sea para fines específicos de beneficio colectivo, no puede prolongarse indefinidamente, sin que el grave perjuicio sufrido por el particular se vea justamente compensado. Es indudable que tal comportamiento asume características de reprochable abuso, de poder, como manifestación dañosa de la actividad pública (por omisión), pues el propietario ve colocada su propiedad en verdaderas condiciones de anormalidad e inferioridad ya que al no poderse oponer a la expropiación, ni tampoco exigirla, no le queda otro camino que demandar la recuperación indemnizatoria integral a fin de lograr el restablecimiento del equilibrio económico perturbado". (Termina transcripción del análisis del *a quo*).

La Sala ha querido transcribir y comentar las consideraciones hechas por el *a quo*, ponencia del Magistrado Jaime Ossa Arbeláez, como estímulo a quienes no se arredraron ante la falta de doctrina y jurisprudencia sobre el caso planteado, al parecer el primero traído a los estrados judiciales, sino que hicieron valiente y apreciable esfuerzo como el que se deja transcrito, al cual vale la pena hacerle las siguientes precisiones:

a) Dada la forma antitécnica e injurídica como el actor "amontona" hechos atinentes a presuntos perjuicios, sin delimitarlos, individualizarlos, sin explicar cómo sucedieron y en que forma se deben avaluar, y lo que es peor, sin un intento serio en la primera instancia por demostrarlos, el *a quo* llegó a la conclusión de que los pretendidos eran "futuros", *"no probados"* y *continuos*, al parecer permanentes y posteriores al fallo, por lo que absolvió, por falta de pruebas y advirtió sobre los efectos de la cosa juzgada frente a los perjuicios futuros.

b) Si bien es cierto que la demanda habla de las trabas al goce del derecho de propiedad desde 1962, (hecho quince del libelo) y dice que *"no se podía ni construir ni reformar ni intentar ninguna clase de obra en el inmueble de mi propiedad, porque tal Organismo Público NEGABA toda licencia"*, no está claro que la demanda pretenda en este proceso tal indemnización, la que más bien parece dirigida a obtener los perjuicios recibidos a partir del proceso de expropiación.

Empero, si hubiera de entenderse que los abarca o contiene, tal pretensión deberá ser rechazada o desestimada, pues en tal caso ni era imprescindible incoar la acción de plena jurisdicción del artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, para demandar la nulidad del acto administrativo que NEGARA la licencia y la consiguiente reparación de los perjuicios y, como se ha visto, ni se indicó tal acto administrativo, ni se afirmó siquiera su nulidad.

c) Ahora bien, si lo que pudo suceder, contrario al hecho afirmado, fue que la administración no se pronunció, la acción sería la del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, o directa, como la que a base de interpretaciones del juzgador se ha dado por incoada en este proceso, pero ni se ha afirmado que se llevó al organismo com-

petente solicitud de licencia, ni menos se ha probado, por lo que tampoco en este aspecto puede ser acogida la pretensión resarcitoria.

d) También se habla de que la faja de terreno que le quedó al demandante, consumada la expropiación, es inutilizable y así quedó demostrado con probanza decretada en esta instancia. En efecto, dice el Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos de Medellín en oficio Nº 04818 de diciembre 6 de 1977, en respuesta al oficio Nº 796 de este despacho:

"En respuesta al oficio de la referencia y dentro del proceso ordinario Indemnizaciones Nº 2267, instaurado por el señor JUAN E. MESA SALDARRIAGA, me permito informar:

a) Que la ampliación de la Avenida Poblado-Zúñiga entre las calles 8ª y 9ª costado occidental, se halla suspendida, debido a que posterior a la decretación y distribución de la obra, el Departamento de Planeación varió la sección de la vía en ese punto, aumentando considerablemente el ancho de la zona pública. Por lo tanto dicha obra no podrá ser ejecutada dentro del plan Nº 246 y sólo se puede llevar a cabo incluyéndola en un plan futuro.

"b) 1. Proyecto Nº 1-73-2, Acta- Informe Nº 9 del Comité de Proyectos Viales de diciembre 13 de 1972, página 3, reza: 'Para acomodar el proyecto vial a las secciones existentes en el terreno y poder dar alineamientos en el sector, la Oficina de Planeación, por intermedio del doctor José Leonidas Ruiz, presentó un proyecto que contempla la sección en la Avenida 'Poblado-Zúñiga', en el sector comprendido entre la calle 11 y Q. 'La Presidenta', anulando en lo pertinente, los proyectos 21-68-8 y 15-72-2. La sección aprobada, queda así: Dos calzadas laterales de 10.50 mts. cada una; prados públicos laterales de 2.00 mts. cada uno; andenes de 2.00 mts. cada uno; zona verde central de 4.00 mts. Además, antejardines de 6.00 mts., cada uno".

"2. En el Comité de Proyectos Viales, Acta- Informe Nº 6 de 1976, página 6, tema 9, a la letra dice: 'El Departamento de valorización mediante el memorial referido solicita a la Honorable Corporación un concepto sobre la utilización de una faja de terreno ubicada en la Avenida Poblado entre calles 8ª y 9ª, costado occidental, proponiendo la disminución del antejardín en base al ya definido paramento hacia el sur. El Comité, en consideración con la solicitud propuesta y constatando la conformación del citado paramento dispuso aprobar el proyecto presentado para la carrera 43A entre calles 8ª y 9ª. Además, se *solicitó a la H. Junta la congelación de la estrecha faja que queda, la cual sólo debería usarse integrada a los lotes contiguos.*

"En la propiedad del señor Mesa Saldarriaga, se presenta que el área que resta después de cumplir el alineamiento, no es útil para construcción, ya que tiene un centro de aproximadamente 2.80 mts. de fondo y 42.27 mts. de frente, según datos tomados de plano Nº 246-4933 de Valorización Municipal, el cual se anexa para mayor información".

No cree, sinembargo, la Sala, que esta situación haya sido planteada en el libelo como *causa petendi* de la indemnización, por la imposibilidad para construir en la faja de terreno restante, por cuanto tal hecho sólo fue conocido con posterioridad a la presentación del

libelo, según lo expresa el apoderado del actor, en su alegato de conclusión.

"Desde otro punto de vista, encontramos que el Municipio de Medellín expropió una faja de la propiedad del Sr. Mesa Saldarriaga, dejándole a él otra faja completamente improductiva, faja que no podrá ser construida debido a no reunir las dimensiones exigidas por los organismos de planeación del municipio de Medellín, según lo señala documentos allegados al proceso en esta segunda instancia.

"Es evidente que dentro del proceso expropiatorio Civil el señor Juan Mesa S. no podía solicitar mayor indemnización que la de la faja que se le expropiaba, ni tampoco podía conocer que en la faja que quedaría de su propiedad, no podría reconstruir, ya que esto no lo supo hasta ser imposibilitado por las respectivas autoridades para ello".

Ahora bien, si hubiera sido realmente propuesta, habría habido necesidad de declararse inhibido para conocer de ella, por cuanto va envuelto en la controversia así planteada, el derecho de dominio.

En efecto, lo que se afirma es que por un acto de la administración —la expropiación— la faja de terreno restante es inútil, no puede explotarse, no puede construirse, es decir, que el derecho de propiedad ha sido conturbado o ilegalmente obstaculizado, en forma que *su goce* y *uso,* se ha hecho imposible definitivamente.

En realidad lo que se acredita es que la expropiación ha debido ser total y así seguramente se hubiera planteado en el referido proceso, de haberse conocido tal circunstancia, pues sobre tales supuestos la indemnización no podía ser justa y plena sino ponderando la imposibilidad de *gozar, usar* o *explotar* la faja restante.

Pero ante la imposibilidad de haber discutido tal situación en el proceso de expropiación, por ser, para entonces, desconocida para las partes, queda abierta para el ciudadano perjudicado la jurisdicción ordinaria para discutir las graves limitaciones al derecho de propiedad, *permanentes,* pues no se trata de reconocer el lucro cesante de la faja inaprovechable, que ya se sabe que será eterno, sino de resolver sobre el derecho de propiedad *cercenado, mutilado* definitivamente por un acto de la Administración.

Por una sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, bien discutible por su aspecto jurídico, pero obligatoria, se determinó que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no puede conocer de controversias sobre el dominio ni de procesos de ocupación permanente de la propiedad inmueble.

"Y debe observarse, en primer lugar, que así en la teoría jurídica general como en la que directamente se desprende de la Constitución Colombiana, se destacan nítidamente, con perfiles definidos, las materias de que deben conocer las diversas jurisdicciones especiales y la jurisdicción ordinaria: prescindiendo del derecho penal, la materia sobre que la justicia ordinaria tiene el poder jurídico de ejercerse su función está plasmada en las tres grandes instituciones que constituyen el derecho privado: la familia, la propiedad privada y el contrato (Derecho Civil y Derecho Comercial); la justicia administrativa tiene,

por definición, como ámbito propio, el formado por el conjunto de reglas a que está sometida la actividad del Estado, la actividad de la administración en general, así como la jurisdicción especial del trabajo debe estar circunscrita a las relaciones del trabajo y sólo a ellas.

"Ya la Corte Plena, en sentencia de 20 de febrero de 1941, destacaba los rasgos esenciales de la jurisdicción contenciosa administrativa, desde el punto de vista constitucional:

"De acuerdo con las atribuciones que el Consejo de Estado señala el artículo 137 de la Constitución, le corresponde actuar como Cuerpo Supremo Consultivo del Gobierno en asuntos de Administración. Acorde con la noción y significación jurídica de la justicia administrativa, destinada a buscar un control de la legalidad de los actos de la administración estatal, sus órganos jurisdiccionales, dentro de nuestro sistema constitucional al respecto, forman en realidad un poder independiente y especial, integrado por entidades distintas de la administración misma y de las que otorgan la justicia ordinaria propiamente dicha. (G. J. Nº 1066, pág. 658).

"Pero no todos los actos de la administración caen bajo el control de la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo. Como en todas las materias del derecho, especialmente del derecho público, la doctrina ha ido lentamente aquilatando la noción fundamental que sirva para distinguir entre la diversa calidad de actos administrativos, los que por su naturaleza deben caer bajo la jurisdicción de lo contencioso y aquellos que deben atribuirse a la justicia ordinaria. Unas veces la distinción se basaba en el carácter de las reglas del derecho que regía el acto cumplido por la administración otras veces, teniendo en cuenta como criterio sustancial la noción de servicio público, se ha afirmado que los litigios relativos a la organización y funcionamiento de los servicios públicos deben ser, en principio, de la competencia del juez administrativo, en tanto que a la justicia ordinaria corresponden los que tienen origen en la actividad administrativa que se ejerce fuera de estos servicios públicos.

"En todo caso, la doctrina tiene admitido que no todo acto de la administración, por el solo hecho de serlo, deba caer bajo la jurisdicción administrativa, sino que hay algunas contenciones a que da origen la actividad administrativa que son de la competencia de la justicia ordinaria.

"A esclarecer el punto contribuye de otro lado, la naturaleza jurídica del recurso contencioso, que no es otra cosa que la revisión jurisdiccional de un acto administrativo. 'En efecto —dice Fernando de Velasco— la cualidad característica de la jurisdicción contencioso radica en ser sustancialmente crítica y revisora; lo que significa que su omisión se reduce y concreta a examinar las decisiones, acuerdos y otros actos administrativos que se dictan en la vía gubernativa, para mantenerlos, revocarlos, anularlos o modificarlos' ". (Derecho Administrativo II pág. 405).

"Ahora bien, las disposiciones acusadas contemplan dos clases de daños que se ocasionan o pueden ocasionarse en la propiedad privada con motivo de trabajos públicos; el daño acompañado de la ocupación transitoria o el simple daño sin ocupación de la propiedad damnifica-

da. Este aspecto de las normas del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, fue excluido expresamente en la demanda y por consiguiente no es objeto de estudio en la presente sentencia. Y el daño que se ocasiona por la ocupación permanente de la propiedad privada y su consiguiente incorporación material al patrimonio público 'desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño', caso en el cual, según el artículo 269 acusado, la indemnización comprende 'el pago de lo que valga la parte ocupada'. Por este sólo aspecto han sido acusadas las normas del citado Capítulo XXII.

"Esta última tiene como antecedente inmediato lo dispuesto en la Ley 38 de 1918, cuyo artículo primero es del tenor siguiente: 'De las expropiaciones así como de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la Nación cuando hayan redundado en provecho suyo' ".

"En la exposición de motivos con que el Consejo de Estado acompañó el proyecto que vino a ser la Ley 167 de 1941, refiriéndose a la Ley de 1918, se dice que 'la jurisprudencia del Concejo expuesta en diversos fallos, unas veces reconoce en aquél fenómeno una ocupación de hecho, y otras una expropiación, sin que falte el caso en que la clasifique de expropiación de hecho. También la Corte Suprema de Justicia, en muchas doctrinas, ve en el hecho de que se trata un caso de expropiación especial' ".

"Según los términos de la exposición de motivos, se pensó que quitándole a la figura jurídica consagrada en la Ley de 1918 el nombre de expropiación, aunque se conservara la sustancia de ella, al fenómeno en sí mismo habría de variar, visto a la luz de los principios constitucionales correspondientes. Avanzado más, en la misma exposición de motivos se trata de justificar la disposición del artículo 269, equivalente al 1º de la Ley de 1918, diciendo que por ser frecuente en la práctica administrativa el caso de que los trabajos públicos de grande interés se paralicen o suspendan mientras se cumple el proceso judicial de la expropiación o se adquieren la propiedad del inmueble que se necesita, lo que entraña un grave perjuicio para los intereses sociales, se explica suficientemente que la ley prevea la posibilidad de las ocupaciones de hecho o de daños y la forma adecuada para repararlos, por medio de procedimientos rápidos.

"Tal como en la práctica se ha dado aplicación al citado artículo 269, acaso inspirándose las autoridades administrativas en el pasaje transcrito de la exposición de motivos, en el que se contempla un modo de proceder del Estado para adquirir la propiedad privada, distinto del predeterminado por la Constitución Nacional. El artículo 269 contiene, en verdad, una implícita permisión a la inobservancia de la norma constitucional contenida en los artículos 30 y 33 de la Carta. Las leyes que reglamentan la expropiación regular, por el contrario, son una explícita constricción a la observancia de la norma constitucional.

"La ocupación de la propiedad privada por vías de hecho, con ocasión de trabajos públicos, que produce como resultado su anexión al patrimonio público 'desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño', es en sí mismo un acto irregular expresamente prohibido por la Carta en sus artículos 30 y 33, según los cuales, aún en tiempo de

guerra, la propiedad inmueble 'sólo puede ser temporalmente ocupada' y cuando por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, ella deba incorporarse al patrimonio público, es indispensable el trámite legal previo, que brinda a la administración medios expeditos, en casos de urgencia, para entrar en inmediata posesión del inmueble.

"Excepcionalmente, en caso de guerra, puede no ser previa la indemnización, pero aún entonces es necesario que la expropiación sea decretada. Sin mediar ésta, la ocupación de la propiedad inmueble sólo puede ser temporal. Es, pues, manifiesto en el Estatuto el celo porque la propiedad privada no se ocupe de hecho, y tan sólo permita que ello se haga transitoriamente durante el Estado de guerra.

"Todo esto significa que cuando la ejecución de obras de interés público o social requiere la aplicación a ellas del inmueble de la propiedad particular es indispensable que proceda a la expropiación. El artículo 269 consagra un modo de constreñir al propietario para que haga en favor de la administración la transferencia de su propiedad, 'otorgando el correspondiente título traslaticio de dominio' como secuela de una forma de posesión permanente, expresamente prohibida por la Carta, y mediante un juicio ante el contencioso administrativo y pago posterior, con violación de la garantía de la expropiación por sentencia judicial e indemnización previas.

"Por otra parte, en el fondo, cuando la ocupación de hecho de la propiedad privada da origen, conforme al artículo 269 acusado, a la condena en perjuicios a cargo de la administración, entre los cuales perjuicios deben incluirse 'el pago de lo que valga la parte ocupada', se contempla la figura, artículada ya en la ley de 1918, que los expositores han llamado expropiación indirecta, no autorizada en derecho colombiano sino prohibida expresamente en él.

"La expropiación por causa de utilidad pública —dice Hauriou— es una operación por la cual el Estado procede a la adquisición forzada, mediante indemnización, de terrenos o edificios que son necesarios para uso público o para los servicios públicos. Hay lugar a distinguir la expropiación directa, que es el procedimiento organizado expresamente para obtener la expropiación del bien, y la expropiación resultante de procedimientos que no han sido organizados expresamente (vías de hecho) o de eventos fortuitos. La teoría de la expropiación indirecta es la siguiente: todas las veces que de hecho, en el curso de una operación administrativa cualquiera, la administración se apodera de un terreno perteneciente a un particular, resultando de ello para el propietario una desposeción a la vez definitiva por parte de la administración, las reclamaciones de indemnización son de la competencia del Poder Judicial" (Droit Administratif, págs. 425-441).

"Hay expropiación indirecta cuando en el curso de una operación administrativa regular, la administración se apodera del terreno de un particular sin usar el procedimiento de expropiación y sin estar por otra parte, legalmente autorizada para ello, mediante una ocupación definitiva que realiza una desposesión total del particular. Hay pues en primer lugar, una transferencia definitiva de la posesión, que se cumple sin poder legal o reglamentario, es decir, por vía de hecho, y en segundo lugar, una trasferencia de propiedad al mismo tiempo

que una condena de indemnización hecha por el Tribunal Civil. La expropiación indirecta es una toma de posesión que finaliza, a continuación de una intervención judicial *expos facto*, en una transferencia de propiedad" (Ch. Blavoet, Des Atteintes a la Proprieté Administratif, pág. 459; Hauriou, pág. 752; Barthemy, pág. 698).

La expropiación regular en sí misma, es el fenómeno jurídico en virtud del cual se opera la transferencia de la propiedad privada en favor de la administración, como consecuencia de la primacía del interés público o social sobre el interés particular; mediante la indemnización a que tiene derecho el propietario según el artículo 30 de la Carta. La indemnización comprende no sólo el valor de la propiedad expropiada, sino "todos los perjuicios que por la expropiación misma se ocasionen en el patrimonio del expropiado en forma que, por una parte, no constituya para él pérdida alguna, ni por otra sea fuente de ganancia. La indemnización debe reparar en toda su extensión el perjuicio causado al propietario; a éste no debe pagársele más ni concedérsele menos que el perjuicio efectivamente sufrido por él". (Sentencia de la Corte Plena. G. J. Nº 2140, pág. 328).

"El fenómeno jurídico de la expropiación no puede confundirse con el procedimiento para decretarla, que es previo en la expropiación regular, y *ex pos facto* en la indirecta, como consecuencia del principio fundamental según el cual ningún acto individual del Estado es posible si carece de fundamento legal. En uno y otro procedimiento se ventilan o discuten cuestiones de fondo: el dominio del expropiado, el valor de la indemnización en la expropiación indirecta, y además, las circunstancias determinantes de la primacía del público, en el caso concreto del propietario en la expropiación regular.

"La expropiación como procedimiento, es un acto complejo que se desarrolla en diversos períodos: el primero de estos es la declaración legislativa, abstracta, general, impersonal, que consagra la primacía del interés general, que da asidero y base legal al segundo período: mediante la cual ésta decide adquirir los bienes necesarios para la obra que dio origen a la declaración de utilidad pública.

"La función jurisdiccional del Estado, no se ejerce si no en los períodos subsiguientes, para decretar la expropiación misma, o sea, la transferencia forzosa de la propiedad y establecer el cuantum de la indemnización a que tiene derecho el propietario. La calidad intrínseca del acto de jurisdicción, no se establece científicamente hablando, sino por la naturaleza del derecho que está en juego en el procedimiento de la expropiación.

"Se observa en primer lugar, que la administración, aún cuando haya sido hecha por la ley la declaración de utilidad pública, no tiene necesariamente que acudir al procedimiento coactivo de la expropiación. Utiliza este procedimiento cuando el propietario, por cualquier circunstancia, no consciente voluntariamente en el traspaso de la propiedad, bien porque de él se pretenda más de lo que aquél crea justo, bien porque haya desacuerdo en el monto de la prestación que deba recibir como equivalente, de parte de la administración. Pero si el acuerdo se produce o a él se llega entre la administración y el propietario, queda por lo mismo descartado el procedimiento expropiador y el acto de transferencia de la propiedad se realiza mediante un con-

trato puro y simple de compraventa civil, en que para nada interviene siquiera la noción de servicio público.

"La cuestión sustancial, de fondo, no cambia el hecho de que, a falta de acuerdo entre la administración y el propietario, deba aquella acudir al procedimiento jurisdiccional para obtener el mismo resultado del contrato: la transferencia de la propiedad mediante el pago de la indemnización correspondiente. Sólo que en este caso, la prestación conmutativa a cargo de la administración no juega como precio de la cosa adquirida, sino como indemnización, de todos los perjuicios que se causan al propietario.

"Para constituir el dominio público —dice Bonnard— la administración puede adquirir propiedades privadas por los procedimientos ordinarios. Pero estos procedimientos basados en el consentimiento del particular, son a veces insuficientes, porque la administración puede encontrarse frente a una negatividad del particular, aunque ella tenga necesidad y a veces urgencia de la adquisición. Ha habido pues, necesidad de establecer en favor del dominio público, modos especiales de adquisición que tiene como característica comportar una cesión forzada de la propiedad privada.

"Se puede definir la expropiación como un acto por el cual el Estado impone a un particular la cesión de una propiedad inmoviliaria con un fin de utilidad pública, mediante justa y previa indemnización y según un procedimiento especial.

"Se encuentra en ella, como en el contrato de venta, una trasferencia de la propiedad y un precio pagado. Pero la diferencia con la venta consiste en que la transferencia de la propiedad no es voluntaria y en que el precio no es libremente acordado sino impuesto al particular.

"La expropiación constituye un ataque grave a la propiedad privada. Así ella ha sido organizada siguiendo un procedimiento destinado a asegurar fuertes garantías a la propiedad privada, de manera de evitar los abusos. La protección esencial resulta de la intervención de las autoridades judiciales en este procedimiento (Droit Public. pág. 294. Droit Administratif, pág. 499 y ss.).

"De la misma naturaleza sustantiva del derecho de cuya transferencia se trata que es el dominio, se desprende que el procedimiento de la expropiación no constituye una función administrativa, atribuida impropiante a la justicia ordinaria, sino al ejercicio de una verdadera función jurisdiccional en que no está en juego, no se cuestiona o discute la legalidad o ilegalidad del acto concreto del Gobierno que ordena proceder a la expropiación, para mantenerlo, anularlo o modificarlo. El objeto del procedimiento y consecuencialmente, la naturaleza de la función se hallan lógicamente y necesariamente determinados por la calidad del derecho sustantivo en juego: la propiedad privada, de la cual se admite sin disidencias de opinión, que la justicia ordinaria es su guardián frente a todo posible ataque de parte de la administración pública.

"En Francia, cuyo derecho civil y administrativo es la fuente próxima e inmediata del derecho colombiano en ambas materias, 'los Tribunales Judiciales, lo mismo que el Consejo de Estado y los Tribunales de Conflictos, declararon a lo largo del siglo XIX que la autori-

dad judicial es competente para conocer de las acciones de daños y perjuicios intentada por los particulares, sea en razón de daños de toda clase causados en forma permanente a su propiedad, es decir, provocando 'una modificación' 'perpetua de la propiedad'; sea más tarde, bajo la influencia del Consejo de Estado y del Primer Tribunal de Conflictos, en razón sólo de la aprehensión por la administración de toda o parte de una propiedad, de una toma de posesión y de una ocupación, aún temporal, de una propiedad, a condición de que ella constituya para el particular una desposesión efectiva de toda o parte de su propiedad'. Finalmente, el Tribunal de Conflictos en 1940 (Arret Scheneider & Ca.), consagró inequívoca y formalmente el principio básico en las jurisdicciones anteriores, de que 'la protección de la propiedad privada entra esencialmente en las atribuciones de la autoridad judicial', (Chapus, Responsabilité Publiqué et Responsabilité Privé, pág. 158-161).

Por otra parte, el dominio del expropiado, sea en la expropiación regular o en la acción del artículo 269, no ejerce en la *litis* función del presupuesto procesal, sino presupuesto de la acción, según la diferencia que entre las dos nociones ha señalado reiteradamente la Corte, a saber:

"Los presupuestos procesales no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio bien sea en forma favorable o desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la legitimación en causa atiende a que el sentenciador puede proveer en sentido —favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas. Sin la titularidad así entendida es posible que la acción prospere (legitimario *ad causam*) aunque para el fallo adverso se entienden plenamente reunidos los presupuestos procesales esto es: a) demanda formalmente admisible, b) competencia del juzgador; c) capacidad para ser parte, esto es, capacidad general en derecho; y d) capacidad para obrar procesalmente, o sea capacidad de ejercicio (*legitimatio ad procesum*) (Gaceta Judicial Nº 2147, pág. 924).

"Así en el caso del artículo 269 acusado, son estos los presupuestos de la acción: que el actor, como en la acción reivindicatoria, sea el verdadero propietario y que la administración sea la poseedora de la cosa. Porque si bien es cierto que la administración no se ampara o no debe ampararse en la presunción de propiedad que se deriva de la posesión actual, no es menos cierto que a falta de la plena prueba de la propiedad en el actor, la sentencia deba ser absolutoria, de la misma manera que en la acción de dominio. La única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el citado artículo 269, está en que no se pide la restitución, sino el resarcimiento de perjuicios en toda la extensión que comporta el concepto de expropiación, como ya se ha visto.

"Siendo esto así, tratándose de una acción *ex dominum* con motivo de una verdadera expropiación no por irregular e injurídica menos evidente, la 'sentencia judicial' que debe decidir esta clase de litigios no puede ser la pronunciada por ninguna jurisdicción especial, si-

no por la llamada justicia ordinaria. En otros términos: el Art. 30 de la Constitución exige sentencia de la justicia ordinaria en todos los casos de expropiación de la propiedad privada.

"De todo lo expuesto se concluye que el artículo acusado es violatorio de los artículos 30 *y* 33 *de la Constitución, en cuanto, por una parte, permite implícitamente la ocupación definitiva de la propiedad privada por la administración, y por otra, atribuye, lo mismo que los artículos* 261 *a* 268, *a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el conocimiento de las acciones por indemnización de perjuicios, por ocupación permanente de la propiedad privada con ocasión de trabajos públicos".* (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 20 de junio de 1955. G. J. T. LXXX, Nºs 2153-2156).

De ahí que no se tengan en cuenta ni la inspección judicial (folio 56, cuadreno Nº 2) ni el dictamen pericial (folio 60, cuaderno Nº 2), pruebas practicadas en esta segunda instancia y que se refieren a la faja restante, una vez consumada la expropiación y que no puede ser utilizada para construcción sino mediante la adición de los lotes interiores colindantes, según el oficio del Departamento de Planeación de Medellín que quedó transcrito atrás, pues ello sólo puede discutirse en juicio ordinario ante los jueces civiles.

e) Tampoco puede tomarse como perjuicio, lucro cesante, la renta de los locales que existian en el predio original, ni lo que pudiera producir el lote total, por cuanto como aparece demostrado en autos, el demandante gozó de los correspondientes arrendamientos de los locales hasta la fecha de la entrega, la cual se practicó bien avanzado el presente proceso.

f) Queda, pues, en claro, que el valor de la indemnización total por el bien expropiado, no puede ser otro que el señalado por el juez de la expropiación mediante el cumplimiento de los trámites procesales previstos para tales juicios por el Código de Procedimiento Civil.

Empero, la indemnización por los perjuicios causados al expropiado, por la falla de la Administración configurada por la mora injustificada para consignar el valor de la indemnización fijada en el juicio de expropiación y que constituye, a no dudarlo, abuso del derecho de litigar, inaceptable siempre, pero con mayor razón si se predica del Estado, si es materia propia de esta jurisdicción.

Y la Sala considera que a ella quiso referirse el actor, en los hechos 10, 11 y 19, del libelo inicial del litigio y que dicen:

"Décimo. En el nuevo dictamen los expertos justipreciaron el monto de la indemnización que se debe pagar por el terreno y la edificación a expropiar y perjuicios en general en el valor de SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS ($ 774.192.00) M. L.

"Undécimo. El Juzgado del conocimiento desató el incidente, negó, mejor, declaró no probadas las objeciones propuestas por el Municipio de Medellín y estimó que el demandante debe cubrir al demandado como consecuencia de la expropiación decretada en su contra, la suma de $ 588.312.00 moneda legal, providencia que le fue notifi-

cada al señor Personero Municipal personalmente el día diez (10) de diciembre de 1973, y contra la cual no interpuso recurso alguno.

"*Décimo noveno.* Desde el día que el Municipio de Medellín demandó la expropiación, hace ya más de tres años, hasta esta fecha, el precio de la propiedad inmobiliaria ha subido considerablemente, lo mismo que el valor de los materiales de construcción, así como también los costos de mano de obra, es decir, que el avalúo comentado en el *hecho décimo* de esta demanda ya tiene hoy un monto substancialmente mayor.

Obra al folio 25 v. y ss. del cuaderno número dos, copia del auto de diciembre 4 de 1973, del Juzgado 5º Civil del Circuito de Medellín, que fue el del conocimiento del juicio de expropiación, y por tal providencia se decidió sobre las objeciones propuestas por el Municipio de Medellín, demandante, al dictamen de los peritos sobre la indemnización debida y se fijó ésta definitivamente, en la suma de $ 588|312.00, que ha debido ser la consignada inmediatamente quedó ejecutoriado dicho auto.

No fue así, sinembargo. Al folio 37 del mismo cuaderno número dos, obra el certificado de Juez y secretario, según el cual, el Municipio de Medellín consignó, a órdenes del Juzgado, el título Nº 2436854, del Banco Popular, el 19 de agosto de 1975, por la suma de $ 588.312.00, que era la señalada por el Juzgado como indemnización debida al expropiado.

Es, pues, la devaluación de dicha suma, entre la ejecutoria del auto que la fijó y la fecha de su consignación, la que debe reconocerse a título de perjuicio por la falla de la Administración. No se modifica el valor de la indemnización, no se controvierte la decisión del juez de la expropiación, simplemente, se actualiza dicha suma para mantener la equidad de la reparación indemnizatoria. Y ya se dijo que por no haber prueba de que dejó de recibir los arrendamientos, antes de la entrega, no puede hablarse de lucro cesante, pues la entrega se realizó cuando ya estaba en curso este proceso.

Pero, acreditada en el incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, la suma actualizada que ha debido consignarse el 19 de agosto de 1975, para que la indemnización hubiera sido justa, la diferencia entre ésta y la consignada, si devengará intereses comerciales corrientes desde el 19 de agosto de 1975 hasta cuando se verifique el pago.

Las anteriores son las bases que se tendrán en cuenta para la liquidación de la condena en el incidente respectivo.

No hubo siquiera un intento de acreditar la acusación de perjuicios morales, objetivados o subjetivos, por lo que tampoco prospera esta petición.

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, REVOCA, en todas sus partes el fallo apelado y, en su lugar,

Resuelve:

Primero. Condénase al Municipio de Medellín a pagar en abstracto, los perjuicios materiales causados al demandante, señor JUAN E. MESA SALDARRIAGA, de condiciones civiles conocidas en este proceso, por razón de la mora en la consignación de la suma señalada como indemnización dentro del juicio de expropiación adelantado por el Municipio de Medellín en el Juzgado 5º Civil del Circuito de dicha ciudad contra el demandante en este juicio.

El monto de los perjuicios se establecerá en el incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil y sobre las bases dadas en esta sentencia.

Segundo. DENIEGANSE las restantes súplicas del libelo inicial del litigio. Devuélvase los atuos al Tribunal de origen.

Revalídese el papel común utilizado.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Jorge Dangond Flórez, Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango, Mario Delgado Echeverry, (Conjuez, ausente por justa causa).

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día diecinueve de julio de mil novecientos setenta y nueve.

DESCONCENTRACION DE FUNCIONES. ISS. — El Decreto 1650 de 1977 en sus artículos 47, 49, 57 y 61 consagró una clara desconcentración de funciones; así el Instituto tiene su sede principal en Bogotá, pero también domicilios especiales en otras ciudades del país donde funcionan gerencias seccionales encargadas, fundamentalmente, de dirigir, coordinar y vigilar la acción administrativa del Instituto en la respectiva área y cumplir las demás funciones indicadas en el artículo 65 ibídem. Descentralización y Desconcentración. Diferencias. Competencia de los Tribunales Departamentales para conocer de las demandas contra las Seccionales Departamentales del ISS.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., septiembre veintisiete de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*)

Referencia: Expediente Nº 2732. Indemnización. Actor: Bernardo Herrera Camacho.

Para resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de mayo 3 del presente año proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, se considera:

Mediante ese proveido el mencionado Tribunal inadmitió la demanda que contra el Instituto de los Seguros Sociales instauró el señor Bernardo Herrera Camacho, por considerar que éste es un establecimiento público del orden nacional con sede en Bogotá y que, por ende, el conocimiento de la controversia estaría a cargo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, "tal como se deduce de lo previsto en el numeral 18 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de lo señalado en el artículo 282 del Código Contenciso Administrativo".

Para esta Sala no asiste la razón al *a quo*, tal como pasa a explicarse: Si bien es cierto a partir del Decreto 1650 de 1977 las Cajas Seccionales del Instituto perdieron su personería jurídica con miras a su unificación nacional, no lo es menos que en el mencionado ordenamiento se consagró una clara desconcentración de funciones, tal como lo dan a entender sus artículos 47, 49, 57 y 61. Así, el Instituto tiene su sede principal en Bogotá, pero también domicilios especiales en otras ciudades del país donde funcionan gerencias seccionales encargadas, fundamentalmente, de dirigir coordinar y vigilar la acción administrativa del Instituto en la respectiva área y cumplir las demás funciones indicadas en el artículo 65 *ibídem*. Esas gerencias están bajo la dirección de un gerente designado por el director general y que es el ordenador del gasto en la respectiva seccional.

Se dice que en este caso se cumplió una auténtica desconcentración administrativa por cuanto se operó un traslado de competencias del poder central no hacia entidades o funcionarios descentralizados, sino a sus agentes localizados en las secciones, y para la atención de necesidades o servicios de carácter nacional.

Como se observa no es una típica descentralización, ya que en este fenómeno el traspaso de competencias del poder central hacia las comunidades locales se cumple, a través de la ley, para la gestión autónoma de los intereses locales. (Jaime Vidal Perdomo).

La reforma judicial de 1964 pretendió buscar en la función jurisdiccional igualmente esa desconcentración. Aunque no se lograron los fines deseados por el legislador, sí se dieron algunos pasos de avanzada sobre todo para la solución de los asuntos de carácter nacional. De allí que sea exagerado pensar que en casos como el aquí tratado y por referirse a un establecimiento público que tiene cobertura en cuanto a sus actividades en casi todo el territorio nacional, el factor determinante de la competencia, a más del objetivo de la cuantía, sea el domicilio del demandante, tal como lo da a entender el Decreto 1819 de 1964, en su artículo 3º

La solución propuesta tiene grandes ventajas para la correcta marcha del proceso, toda vez que el debate podrá cumplirse en el lugar de los acontecimientos, la que favorecerá ampliamente la inmediación probatoria.

Empero, aunque el trámite deberá cumplirse en el Tribunal de Santander, ya que los hechos se imputan al Instituto de los Seguros Sociales, Seccional de ese departamento, la demanda tendrá que notificarse al director general del aludido establecimiento público en su sede de éste en Bogotá. Tendrá que hacerse ésto, por carecer hoy las seccionales de personería jurídica.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera ,

Resuelve:

1º Revócase el auto de mayo 3 de 1979. En su lugar, se dispone:

2º Admítese la demanda formulada por el señor Bernardo Rafael Herrera Camacho, mediante apoderado idóneo, por reunir las exigencias legales.

3º Notifíquese al señor fiscal del Tribunal y al Director General del Instituto de los Seguros Sociales. Esta última notificación se hará por la Secretaría de la Corporación, antes de la devolución del expediente.

4º Comuníquese al señor Ministro de Salud.

5º Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para los efectos del ordinal 3º del artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

6º Tiénese al doctor Henry Salom Cáceres como apoderado del señor Bernardo Herrera Camacho, en los términos del memorial poder que obra a folio 1.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 20 de septiembre de 1979.

Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. PERJUICIOS. — Indemnización debida o consolidada y futura. Para determinar la indemnización debida se aplican las tablas de matemáticas financieras sobre la base de una devolución anual del 18% o del 1½ mensual y un interés técnico del ½% mensual. Perjuicios morales subjetivos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., noviembre veintidós de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango*)

Referencia: Expediente Nº 2155. Actor: Marina del Socorro Echeverry Vda de Cárdenas.

La señora Marina del Socorro Echeverry vda. de Cárdenas, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos Jaime Yuri, Fabio Camilo y Vilma Aidé Cárdenas Echeverry, por medio de apoderado y en escrito presentado a esta Corporación el 8 de septiembre de 1976, demanda a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) a efecto de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. La Nación colombiana es responsable, de responsabilidad administrativa, por los perjuicios sufridos por la señora Marina del Socorro Echeverry viuda de Cárdenas y sus hijos menores Jaime Yuri, Fabio Camilo y Vilma Aidé Cárdenas Echeverry, a causa de la captura ilegal y posterior muerte violenta de su esposo y padre señor Luis Carlos Cárdenas Arbeláez, en hechos protagonizados por miembros del Ejército Nacional, pertenecientes al B2 de la Cuarta Brigada, con sede en Medellín, el día 15 de octubre de 1973.

"Segunda. Como consecuencia de la anterior declaración, se condena a la Nación colombiana a pagar a los damnificados dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las siguientes sumas de dinero:

"a. El valor de los perjuicios materiales, en sus elementos daño emergente y lucro cesante, consolidados y futuros, demostrados en el proceso.

"b. Los perjuicios morales, a razón de cincuenta mil pesos m. l. ($ 50.000.00 m. l.) para cada uno de los reclamantes.

"c. Pagará la Nación intereses corrientes sobre las sumas liquidas de las condenas a los demandantes, desde el día 16 de octubre de 1973 hasta cuando cancele en su totalidad las obligaciones principales impuestas en esta providencia".

Como hechos, expone el libelo, los siguientes:

"Primero. El día 15 de octubre de 1973, Luis Carlos Cárdenas Arbeláez, Vicepresidente del Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia, entraba y salía de esa sede gremial, ocupado como de costumbre, en resolver los problemas de sus afiliados.

"Segundo. Faltando unos veinte o veinticinco minutos para la seis de la tarde de ese día, una voz preguntó telefónicamente por Luis Carlos, quien se hallaba laborando en la Cooperativa situada en la misma sede del Sindicato. Pasó al teléfono, escuchó lo que se le decía detrás de las líneas y luego salió, como si fuera a cumplir una cita, después de decirle a la señorita Celina Echevarría U., secretaria de la organización, y a otros compañeros: 'ya vuelvo'.

"Tercero. Faltando aproximadamente cinco minutos para las seis p.m., la misma voz se dejó oir nuevamente para sostener este breve diálogo con la secretaria:

"Señorita, Luis Carlos...?

"No. El salió. No acabó de conversar pues con Ud.?

"Con carro o sin carro?

"A pie, porque el carro está aquí estacionado.

"Bueno, gracias (El interlocutor colgó).

"Cuarto. Luis Carlos Cárdenas Arbeláez venía prestando sus servicios al Departamento de Antioquia desde el 1º de septiembre de 1960. Era quien manejaba el carro del que se servia el Sindicato, el cual dejó ese 15 de octubre, con las portezuelas ajustadas y los vidrios bajados, estacionado al frente del Sindicato dando una apariencia de que su conductor regresaría pronto.

"Quinto. Después de salir a cumplir presumiblemente una cita, no se sabe con quien, fue aprehendido por elementos del B2, el soldado Otilio Gaviria Betancur y el sub-teniente Horacio Rivera Zambrano, quienes lo conducían por la calle Colombia hacia las instalaciones de la Cuarta Brigada, según se dice, en un carro de servicio público tipo taxi.

"Sexto. A la altura del puente Colombia, unos 60 metros más allá de la glorieta, en plena pendiente del puente, en dirección hacia la Cuarta Brigada, el carro que conducía a los miembros del ejército ya mencionado y a Luis Carlos Cárdenas A., paró, no se sabe por qué razón.

"Séptimo. En este momento, Luis Carlos salió corriendo y detrás de él, disparándole, iban los miembros del B2.

"Octavo. Talvez porque le iban disparando, Luis Carlos fue a refugiarse al parqueadero Autoaristi, donde sin lograr ponerse a salvo fue muerto por el soldado Otilio Gaviria B., en circunstancias que toda la ciudadanía calificó como crudo asesinato, pues se ha dicho que le disparó estando ya rendido en el suelo.

"Noveno. Posteriormente, sin haber expirado, todavía, fue conducido a las instalaciones de la policlínica del Hospital San Vicente de Paúl, en donde murió a consecuencia del tiro mortal disparado por el miembro del B2.

"Décimo. Tan conmovedora fue su muerte, que la Asamblea de Antioquia fue escenario de un amplio debate promovido por diputados de todos los sectores políticos, quienes repudiaron las circunstancias que rodearon su muerte.

"Décimo Primero. Y amplios círculos de la ciudadanía y de las organizaciones sindicales también la repudiaron.

"Décimo Segundo. Al día siguiente de su muerte, el señor Comandante de la Cuarta Brigada, dio a la prensa dos boletines informativos, los números 39 y 40 de 16 de octubre de 1973, en los cuales justificaba la muerte de Luis Carlos Cárdenas. Pero sus declaraciones y sus justificaciones se quedaron solitarias ante la avalancha de indignación social.

"Décimo Tercero. Al hacer la necropsia del cadaver de Luis Carlos Cárdenas, los expertos legistas dictaminaron una supervivencia de 34 años sobre los 36 vividos hasta la hora de su muerte, seis y cuarenta minutos de la tarde aproximadamente del día 15 de octubre de 1973.

"Décimo Cuarto. Luis Carlos Cárdenas había contraído matrimonio con la señora Marina del Socorro Echeverry, el 18 de octubre de 1963, en el municipio de Segovia, Departamento de Antioquia.

"Décimo Quinto. Del matrimonio formado por los esposos Cárdenas-Echeverry, nacieron, y aun viven, los menores Jaime Yuri, Fabio Camilo y Vilma Aidé.

"Décimo Sexto. Como trabajador del Departamento de Antioquia desde hacía 13 años, devengaba un salario diario básico de $ 53.90 y un salario promedio real de $ 80.00 aproximadamente. Todo lo que obtenía como contraprestación del servicio a la entidad departamental, era destinado en su integridad a la manutención de la familia, pues él era su único sustento.

"Décimo Séptimo. Al morir, su esposa e hijos quedaron en el más absoluto abandono económico y han logrado subsistir gracias a la colaboración de familiares y amigos.

"Décimo Octavo. La Nación no ha indemnizado todavía a mis poderdantes los perjuicios sufridos por la muerte de su esposo y padre".

Como normas violadas se citaron los artículos 16, 20, 23, 24, 26, 28 y 29 de la Constitución Política; 68 del Código Contencioso Administrativo, 171 y 362 del Código Penal, 2341 y 2356 del Código Civil, 28 y 30 del Decreto Ley 528 de 1964, 426 a 428, 433, 439 y 355 del Código de Procedimiento Penal, 519 y 575 del Código de Justicia Penal Militar.

En los apartes principales sobre el concepto de violación de las normas citadas, dice el libelista:

"Esta separación de la responsabilidad administrativa de la responsabilidad penal y civil, es un valioso aporte de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en Colombia y sus logros constituyen un verdadero orgullo nacional. Evita esta separación el peligro de que en muchos casos la impunidad penal conduzca a la impunidad administrativa, sobre todo en estos tiempos de inseguridad ciudadana.

"Cuarta. En el caso concreto de la captura de Luis Carlos Cárdenas, por graves indicios que constituyen las llamadas de que se habló en los primeros hechos de la demanda, cabe decir que ella tuvo características de verdadera celada. Porque además, con ello se violaron todas las normas del procedimiento, puesto que estuvo ayuna de las formalidades legales prescritas en las citadas normas del estatuto penal adjetivo. Si se trataba de capturarlo, por qué no se recurrió al procedimiento adecuado que era el allanamiento de la sede sindical, de su residencia o de su lugar de trabajo?. Inclusive, una duda asalta mi mente: tienen los miembros del B2 de la Cuarta Brigada y en general, los organismos de inteligencia del Ejército, funciones de policía judicial?

"Quinta. Luis Carlos Cárdenas no estaba huyendo de la justicia, ni se le había requerido formalmente para que se presentara ante autoridad alguna, ni se encontró en condiciones de flagrancia ni su captura se había requerio publicamente, por los cuales motivos no podía ser aprehendido por cualquier persona, y mucho menos por miembros del ejército disfrazados de civil.

"Sexta. Durante todo el día 15 de octubre de 1973 y durante todos los días que figuró como lider sindical, estuvo pendiente de las necesidades de sus compañeros. Tenía su casa y su lugar de trabajo, y sin embargo no se recurrió a capturarlo legalmente, si tal orden existió, sino que se recurrió a un método abiertamente ilegal, como fue, según se deduce de las llamadas telefónicas a todas luces sospechosas, valerse o hacerse pasar por amigo de la víctima, como 'carnada'. Porque la hora y la forma de las llamadas, especialmente de la segunda, la hora de su muerte, las circunstancias, como quedó el carro que conducía, la advertencia de que regresaría pronto dada a sus compañeros cuando salió como a cumplir una cita y la distancia de la sede sindical al puente Colombia, lugar donde fue herido, son circunstancias estrechamente entrelazadas que constituyen una cadena de indicios graves en contra de quienes lo conducían a la Cuarta Brigada como miembros que eran del ejército. Las llamadas fueron el comienzo de la *falla del servicio* que culminó con la muerte de la víctima.

"Séptimo. Si a lo anterior agregamos la posible incompetencia de una entidad o de unos agentes para llevar a cabo la captura o aprehensión, la omisión de conducir bajo todas las seguridades requeridas (esposado, custodiado por más hombres, en un carro adecuado, etc.) a un personaje como Luis Carlos Cárdenas, peligroso en sentir del señor comandante de la Cuarta Brigada como lo dijo en los boletines informativos a que se hizo referencia, habremos completado la cadena de violaciones de la ley que en este lamentable caso se presentó.

"Octava. La muerte de Luis Carlos Cárdenas tuvo como origen antes que nada el conjunto de errores y arbitrariedades de los dos ya nombrados militares sin descartar al propio Comando de la Cuarta Brigada.

"Novena. De otro lado, si no existe en Colombia la pena de muerte, y el legislador no puede imponerla en ningún caso, al tenor del artículo 29 de la Constitución Nacional, por qué le disparaban a matar los señores del B2 mientras corría a refugiarse en Autoaristi?. Porqué dos miembros del ejército debidamente armados, le dieron muerte cuando estaba tendido en el suelo desarmado e indefenso?

"Décima. Luis Carlos Cárdenas A. no había sido indagatoriado. Sin embargo, el señor Comandante de la Cuarta Brigada el día siguiente de su muerte, omitió los comunicados 39 y 40 en donde lo calificaba de delincuente peligroso, enlace guerrillero. No implica ella aunque fuera muerto, una condena *a priori,* esto es, anterior a todo proceso?.

"En resumen, los procedimientos que se emplearon con Luis Carlos Cárdenas fueron violatorios de las normas citadas, de principio a fin: desde las sospechosas llamadas telefónicas tendientes a sustraer al lider de su sede sindical, hasta los boletines informativos publicados por el señor Comandante de la Cuarta Brigada al día siguiente de su muerte. Y posiblemente hasta el proceso penal contra el soldado Otilio Gaviria, en el cual actuó como Juez de primera instancia el propio Comando de la Cuarta Brigada. Y como parte.

"Décima Primera. Lo cierto es que con las acciones y comisiones de los miembros del ejército en contra de Luis Carlos Cárdenas Arbeláez, se ha producido objetivamente un perjuicio. Y como lo dijera el H. Consejo de Estado en abril 28 de 1967, en apartes de un fallo que tuvo como ponente al honorable Magistrado Carlos Portocarrero Mutis, 'Por constituir el uso de la fuerza de un procedimiento preventivo de carácter excepcional, le basta a quien reclama la indemnización de perjuicios demostrar las lesiones que le causó la policía para que quede demostrado el error de conducta en que esta incurrió. Incumbe por tanto a la entidad pública a *cuyo cargo está la prestación del servicio* demostrar, para eximirse de responsabilidad, las circunstancias de hecho que hicieron necesario el uso de la fuerza para la conservación del orden, *y la adecuación de aquella al fin perseguido*'. (Cita de Juan Carlos Esguerra Portocarrero en 'LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO PUBLICO', Litovisión, Bogotá, 1972, página 184. Subrayas fuera de texto).

Tramitado el juicio en la forma prevista por la ley sin que se observe causal de nulidad que afecte lo actuado y encontrándose en estado de recibir sentencia desde el 14 de agosto pasado, se procede a dictarla previas las siguientes consideraciones:

El concepto fiscal

La Doctora Edné Cohen Daza en su concepto de fondo, expone:

"En el expediente abunda prueba tendiente a establecer los hechos ocurridos el día 15 de octubre de 1973. Hay declaraciones de varios testigos que coinciden en circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre la manera como sucedieron los hechos (folio 36 y ss. Cuaderno Nº 3). No hay duda respecto a que la muerte de Luis Carlos Cárdenas fue a consecuencia de los disparos que le proporcionó el soldado Otilio Gaviria Betancur, a folio 31 del cuaderno Nº 3 existe el certificado del Hospital Universitario de San Vicente de Paúl a donde fue conducido la víctima y en el cual se dice que el paciente fue herido de bala y que por esa causa murió. Existe también constancia de que Otilio Gaviria Betancur y Horacio Rivera Zambrano eran miembros del Ejército (fl. 62 Cdno. Nº 3). Hay constancia oficial de la misión que se les encomendó a estos dos sujetos, a folio 63 Cuaderno Nº 3 se lee: ". . . . . Los dos militares antes nombrados en traje de civil conducían a las instalaciones de la Brigada al particular Luis Carlos Cárdenas Arbeláez el día 15 de octubre de 1973. . . .".

"Más aún el soldado Gaviria Betancur en la diligencia de indagatoria confesó ser el atuor de la muerte de Luis Carlos Cárdenas.

"Vistos así los hechos resta ahora analizar las circunstancias en que ocurrieron y determinar sí la actitud de la víctima justificó la conducta del victimario caso en el cual podría pensarse en la exoneración de responsabilidad.

"Todas las pruebas tendientes a demostrar lo acurrido lo llevan a uno al convencimiento total de que el soldado Gaviria B. abusó de sus funciones en la ejecución de la misión que se le confió. La reacción que tuvo frente a la huída del detenido fue indudablemente a más de cruel e inhumana, desproporcionada. El detenido no portaba ninguna arma estaba ya en el suelo completamente indefenso cuando fue asesinado. Sobra decirlo pero la misión encomendada a los dos sujetos del Ejército no fue la de matar al detenido.

"Las autoridades están instituidas para salvaguardiar la vida, honra y bienes de las personas. El empleo de las armas por parte de los sujetos autorizados para ello no debe entenderse que sea para abusar de ellas y en forma arbitraria e irresponsable disparar a matar a ciudadanos indefensos.

"En un estado de derecho existen los procedimientos previamente establecidos para realizar este tipo de detenciones y acusaciones si fuere el caso. Y no se ha establecido que Luis Carlos Cárdenas haya sido citado en forma legal para alguna diligencia judicial, ni sindicado de ningún delito. Se observa que tendenciosamente el mismo sub-teniente que había intervenido en la captura de Luis Carlos Cárdenas se encargó de dar a la opinión pública unos comunicados sobre presuntas actividades ilegales del líder sindical.

"El hecho de que en primera instancia, por razones que esta Fiscalía no comparte y que no es del caso analizar se haya resuelto sobreseer definitivamente al soldado Gaviria Betancur del delito de homicidio no compromete no obsta para que se declare la responsabilidad de la Nación por la actuación de uno de sus agentes, quien como ya fue dicho desbordó con su proceder las funciones que deben ejercer aún en estos casos los miembros de las fuerzas públicas.

"Respecto a la calidad de peticionaria de la esposa de Luis Carlos Cárdenas está acreditada en el expediente. También lo está la de sus hijos menores con los registros notariales aportados posteriormente, ya que los que se acompañaron a la demanda no eran los que en estos casos exige la ley (folios 182 y ss. Cuaderno Nº 3).

"Al folio 152 del cuaderno Nº 3 existe dictamen pericial para la determinación de los perjuicios solicitados.

"Por todo lo anterior esta Fiscalía encuentra probados todos los elementos que se exigen para declarar la responsabilidad de la Nación por la muerte de Luis Carlos Cárdenas y condenarla al pago de los perjuicios que se probaron en el curso del juicio".

Para resolver se considera

Obran en el proceso, las siguientes probanzas:

1) Declaraciones de los testigos Celina Echavarría Usuga, José de Jesús Urrego Urán (Cuaderno Nº 3 folios 131 a 134), sobre los hechos sucedidos minutos antes de la muerte de Luis Carlos Cárdenas Arbeláez:

a) *Celina Echavarría Usuga*: "CONTESTO: Lo conocí por ahí unos doce antes de la muerte, lo conocí en esta forma porque él trabajaba como conductor de obras públicas departamentales y yo soy la secretaria del Sindicato del Departamento desde hace 23 años, entonces él entró a trabajar al Departamento hace unos 16 años y como se afilió al sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia, ya tuve oportunidad de tratarlo con más frecuencia y máxime que él al poco tiempo de estar afiliado al Sindicato como socio, pasó a ser directivo del Sindicato. Distinguiéndose como un gran líder sindical, puesto que se preocupaba mucho por los problemas de los socios y los trabajadores en general. Cuando el día 15 de octubre de 1973 en que él falleció, estaba como conductor de un pick-up que tiene asignado el Sindicato por el Departamento según convención colectiva de trabajo celebrada. El día 15 de octubre de 1973, en que mataron al señor Luis Carlos Cárdenas Arbeláez, llegó a la oficina del Sindicato, que queda en la calle 51 Nº 55-82 a eso de las 9 de la mañana estuvo un rato ahí, yo tenía unos cheques para mandar firmar por otros directivos que trabajan en el Taller de Obras Públicas Departamentales, entonces le pedí el favor a él que me los hiciera firmar y me los regresara a la oficina. El me los trajo antes de salir a almorzar; ya más o menos no hubo más funcionamiento, salí a almorzar y él volvió por ahí a las 2 o 3 de la tarde; se estuvo por ahí o no recuerdo si en ese

intervalo saldría a hacer alguna vuelta. Un poco antes de las 5 salió para el Hospital de San Vicente, a llevar a un compañero a visitar a la mamá cuando él estaba por allá en el hospital, como a las 5¼ ó 5 y 20, lo llamó una persona por teléfono yo dije que no estaba; por ahí a las 5½ regresó él y al momentico de haber llegado, lo volvieron a llamar persona de voz masculina, pero que no se identificó. En ese momento estaba en la oficina contigua a la mía que es donde funciona la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Trabajadores Departamentales; entonces lo llamé y él paso al teléfono, no supe qué hablarían porque no puse atención; entonces él salió y me dijo hasta luego Celina; por ahí faltando 20 ó 15 para las 6 lo volvió a llamar la misma persona, y digo la misma persona porque lo identifiqué por la voz; me dijo señorita Luis Carlos?. entonces yo le respondí. No, ahora que usted lo llamó ahí mismo salió; entonces me preguntó él se vino en el carro o salió a pie; entonces yo le dije no sé espere un momentico yo miro, entonces realmente me asomé por la ventana y vi que el pick-up estaba estacionado en la puerta entonces volví le dije al señor que estaba en el teléfono. El se fue a pie porque el carro está acá estacionado, me dijo gracias y colgó. Entonces yo a las 6 me fui para la casa y el carro quedó cuadrado ahí y Luis Carlos no había regresado.....".

b) *Jesús Urregó Urán*: "A Luis Carlos lo mataron el 15 de octubre, él estaba visitando a un compañero en el Hospital San Vicente, llegó por ahí a las 5½ de la tarde al Sindicato, recibió una llamada telefónica, entonces salió; como él iba a regresar a una hora, entonces no movió el carro de ahí de donde lo tenía cuadrado. Durante la hora no regresó, pasó el tiempo así; se llegaron las 8 de la noche, las 9 de la noche, las diez y él no apareció. Como el Sindicato se cierra a las 10 de la noche, los últimos compañeros que quedaron en el Sindicato fue Mario Suaza, Martín Julio Restrepo y mi persona. Al tiempo de ellos salir, entonces me encargaron ellos a mi del carro diciéndome que vigilara el carro, mientras Luis Carlos llegaba. Bueno yo me puse a vigilar el carro y el compañero Luis Carlos no apareció. El dejó el carro en estas condiciones, la portezuela abierta o sea sin seguro, con los vidrios bajados, entonces yo viendo que él no aparecía, dentré un cojín que tenía en el asiento y vigilé el carro por ahí hasta las 12 de la noche; me acosté a dormir un rato luego me volví a levantar a las 3 de la mañana y yo seguí levantado poniéndole cuidado al carro. Bueno nosotros vinimos a darnos cuenta a las 6 de la mañana que llegó Dn. Mario Suaza recibió una llamada telefónica le dijeron que si era verdad que habían matado al compañero Luis Carlos Cárdenas; entonces él no dio respuesta, porque tampoco sabía; ya siguieron llamando al Sindicato para confirmar si era verdad que habían matado a Luis Carlos Cárdenas....".

2) Declaraciones de Hernán Gallego, Alvaro Zuleta Jaramillo, (Cuaderno Nº 3, folios 138 a 147 y 110) Gonzalo Pérez Maya (101), Luis Arturo García Correa (105), Ulpiano Rúgeles (107), Juan Ricardo Vásquez Restrepo (113) y la indagatoria del Soldado Atilio Gaviria Betancourt (96), sobre la forma como sucedieron los hechos en que perdió la vida Luis Carlos Cárdenas Arbeláez:

a) *Hernán Gallego*: "Un día de fines del año de 1973 cuya fecha no recuerdo, me encontraba de servicio en la Glorieta de Colombia en ese entonces pertenecía al Tránsito de acá de Medellín; y era más o menos la hora de las 6.20 de la tarde de ese día, ese lugar y en esa hora es de mucha congestión de vehículos; se paralizó el tránsito de oriente a occidente, me fui a ver qué sucedía ya que alcancé a ver un taxi de servicio público estacionado en la mitad de la calzada del puente de Colombia o sea la calzada norte del puente de Colombia; me fui acercando al vehículo vi que un señor que se encontraba en el sardinel del centro estaba con otro, lo empujó y salió corriendo hacia el norte; otro se encontraba en el sardinel derecho donde termina la calzada pues ya me llamó la atención por lo que éste había empujado al otro y había salido corriendo. El que se encontraba al frente, sacó el revólver, le hizo dos o tres disparos al que huía; él siguió corriendo y se pasó la calzada luego siguió hacia el norte corriendo, yo saqué el revólver, en la creencia de que se trataba de un atraco, cuando saqué el revólver me dijo el que habían acabado de empujar ese es un detenido que se me fugó, yo seguí detrasito del que hizo los disparos pues ya salía a colaborarle a él, porque inclusive él de afán sacó el carnet y me lo mostró; lo primero que vi fue cuarta brigada pero no le paré muchas bolas. El muchacho Cárdenas que iba corriendo adelante, entró al garaje Aristi se resguardó en la parte izquierda entrando, el que venía del B-2 que lo venía siguiendo siguió y avanzó después de entrar por ahí unos 5 metros; miró que adelante no estaba y luego miró hacia atrás, lo vio en la parte izquierda de la entrada del garaje y ahí lo localizó, ya avanzó nuevamente con el revólver en la mano. El señor Cárdenas puso las manos en aptitud defensiva y él le disparó, le pegó un tiro en la frente, él cayó al suelo, echando sangre; eso fue una cosa así rápida salí a la calle y cogí un taxi subimos el herido y lo llevamos a policlínica. Los dos agentes del B-2, le ayudaron a subir al herido al carro, y me acompañaron con el herido hasta la policlínica, en el trayecto se identificaron y pude observar y hasta lo anoté que uno era subteniente del B-2 de la Cuarta Brigada del otro no recuerdo si era un cabo o un simple soldado, y éste fue el que le pegó el tiro. Llegamos a la policlínica, le alzaron en una camilla y se lo llevaron para dentro; por ahí a unos cinco minutos salieron y me dijeron que ya se había muerto. Cuando los hechos se sucedieron en el garaje Aristi, éstos fueron presenciados por los trabajadores de dicho garaje, eran unos 4 ó 5 y éstos a la vez le gritaban a los agentes del B-2 asesinos y personalmente tuve temor de que hubiera alguna reacción popular o mejor una reacción violenta de los trabajadores del garaje que habían presenciado el hecho de los agentes del B-2 a quienes les habían gritado asesinos y de allí mi mayor premura de conducir al herido a la policlínica. Posteriormente me llamaron a un juzgado de la brigada a declarar allá y ahí narré lo que acabo de decir aquí. Como hecho curioso dejo constancia de que el día de la reconstrucción de los hechos, no fui llamado a participar en esta diligencia. *Yo no recuerdo ni supe el nombre del agente del B-2 autor del disparo al occiso de ese día y posteriormente supe que el herido llevaba por nombre el de Luis Carlos Cárdenas Arbeláez. Puedo asegurar que el señor Luis Carlos Cárdenas no portaba arma y su aptitud fue*

más bien suplicatoria de clemencia que de agresividad, pues simplemente levantó las manos como sosteniéndose la cabeza. PREGUNTADO: Sobre una descripción personal de los agentes del B-2 implicados en la muerte de Luis Carlos Cárdenas, expresó: *El teniente delgado de regular estatura, por ahí de uno con* 65, *de* 20 *a* 22 *años, trigueño, vestido de civil y en camisa; el otro que fue quien disparó y mató al señor Cárdenas estaba vestido de civil y de camisa la estatura más o menos la misma,* de color mas oscurito, barroso la cara y la edad más o menos la misma del otro; por cierto hasta muy mal vestidos, no daban la impresión de ser unos agentes del orden. Agrego además que una vez llegamos a policlínica el mismo teniente del B-2, me informó que el nombre del muerto era Luis Carlos Cárdenas. A continuación se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte demandante, quien interroga en los siguientes términos: PREGUNTADO; Sírvase decir si los disparos que hacía la persona que iba en persecusión de Luis Carlos Cárdenas, los hacía al aire o directamente al fugitivo?. CONTESTO: *Se los hizo directamente al fugitivo, porque las balas me pasaron a mi personalmente cerquita de la cabeza y por eso pensé que era un atraco y que me estaban tirando era a mí* PREGUNTADO Dijo usted en respuesta antecedente que junto con el agente del B-2 salió en persecución de la víctima como a prestarle ayuda a la autoridad que lo seguía. Sírvase decir si el agente que hizo los disparos dio alguna orden de alto a Luis Carlos Cárdenas mientras éste huía?. CONTESTO; No, no le dijo nada y si lo dijo no lo oí, a pesar de que lo seguía muy cerca; mientras corría hacia el garaje, le hizo dos tiros, cerca del garaje otros dos y dentro del garaje el tiro que le cortó la vida. PREGUNTADO: Sírvase decir de qué color era el vestido de todos los protagonistas del hecho, incluyendo el de Luis Carlos Cárdenas Arbeláez? CONTESTO: Luis Carlos Cárdenas, vestía un pantalón café y camisa café y botas cafés; *los otros yo recuerdo que había uno con camisa de rayas azules pero no recuerdo demás detalles.* PREGUNTADO: Si usted conversó con el taxista que conducía tanto a Luis Carlos Cárdenas como a los miembros del B-2, de oriente a occidente, sírvase decir qué manifestaciones le hizo dicho conductor?. Sí, yo conversé con él, ya todo había pasado habían matado a ese señor; me manifestó que lo habían cogido dizque en Cúcuta con la avenida de Greiff, que él les había dicho que el taxi estaba varado que no se podía llevar, y que ellos se fueron a la brava allí y por ese motivo se les varó el carro.....”

b) *Alvaro Zuleta Jaramillo*: “Por lo menos antes del asunto a que me voy a referir, no conocía a LUIS CARLOS CARDENAS ARBELAEZ. Ahora, por los periódicos, sé esos apellidos: CARDENAS ARBELAEZ. No tengo generales de ley para con él”. Luego, conforme a la cita que le aparece, dijo: ‘Nosotros salimos de la Distribuidora (situada en la Carrera 73 Nº 52-34) en un jeep de la Compañía, y nos dirigimos por la Avenida Colombia en sentido Occidente Oriente. Viajábamos en el vehículo: mi persona (yo conducía el vehículo), a mi derecha estaba ULPIANO RUGELES, y en seguida estaba RICARDO VASQUEZ que es un vendedor. Estos adelante. Atrás venían seis personas que eran: GERMAN ECHEVERRI, PASCASIO SUAREZ, JAIME RUIZ, GNESIMO OSPINO, GONZALO PEREZ y NELSON RESTREPO. Al cruzar el

puente, observé que aquí, en este sitio el testigo ha elaborado un croquis) iniciando el ascenso pero ya en el puente, y en sentido contrario al que iba el carro que yo conducía, había un taxi marca 'VARZABA', de color claro, no sé la marca, detenido ahí en este sitio que anoto en el croquis. Cuando nosotros íbamos acercándonos al vehículo, por el carril derecho de la vía naturalmente, observé que fuera del taxi que estaba ahí detenido, propiamente varado en todo el cordón central, había tres tipos como conversando. Nada de anormal notaba en ese momento. Al verlos se podía pensar: 'Hombre, son los ocupantes del taxi que está varado', ya que ninguna actitud anormal noté en ellos. Mientras eso observaba, el vehículo que yo conducía se iba acercando al lugar donde el taxi estaba estacionado. Cuando nosotros pasamos por el lado de éllos, que nos íbamos acercando mejor, digamos que faltando unos tres metros para llegar al grupo de los tres, intempestivamente el Señor que estaba en la mitad de éllos, de camisa rosada, como que se recogió sobre sí, se apuntaló digamos en esta actitud (señala la de quien se apresta a empujar a alguien) y yo me dije: 'Este hombre va a empujar a este otro', y en verdad lo empujó adelante del jeep, pero yo viré inmediatamente a la derecha y al mismo tiempo frené. Aquí en el croquis anoto la forma como estaban ellos. El de la mitad es el de la camisa rosada. *Este recuerdo que era de camisa azul y a ese fue el que empujó.* Dicen después del incidente claro, que era un soldado. Y este otro era, según dicen, otro militar. Lo anoto en el croquis como soldado. Bueno. Yo viré hacia la derecha y frené pero siempre cogí al individuo con la llanta delantera, con el movimiento de defensa, él siempre toco la llanta delantera izquierda. No sé cómo no maté ese tipo, aunque lo atribuyo a que la velocidad era apenas de unos treinta kilómetros. Yo grité: 'Hombre, casi cojo este tipo' Bueno. Ni adelante ni atrás de nosotros, en ese momento, iban carros, que hasta extraño me parece que a esa hora hubiera habido tan poco tráfico. Bueno. Entonces cuando ví que el tipo le pegó siempre al jeep, noté que rápidamente el tipo se paró, como un resorte. Y cuando él se paró, noté que se mandó la mano aquí (señala la pretina del pantalón). Pero antes de que este se parara, el de camisa rosada que había lanzado al otro a la calle inició la carrera por la vía, en este sentido que anotó en el croquis, o sea en dirección occidente oriente, y terminó de cruzar o bajar el puente. Pero cuando el que fue lanzado a la calle se paró, sacó fue un revólver pavonado, una belleza de revólver. El motivo por el que yo me quedé ahí parado fue porque dos compañeros míos, que fueron GONZALO y JAIME RUIZ, se bajaron, y yo no podía dejarlos, sí me entiende? Apenas el otro individuo observó que su compañero se levantó de la vía se cruzó al otro lado del puente, y entonces inició el seguimiento del fugitivo por el andén izquierdo (digo izquierdo tomando el sentido de la dirección que yo llevaba) o digamos que por el del lado norte del puente, *es decir ese que no fue el que lanzó a la vía el de rosado, le hizo dos disparos al tipo que iba corriendo, dos disparos que sonaron como uno porque fueron rápidos; "tan, tan" ya cuando éste había salido del puente y se desplazaba frente, Auto-Aristi, ya mientras tanto el otro (el que había sido lanzado a la vía), iba como por aquí, pasando el otro lado, y entonces de pronto se detuvo un poquito, hizo puntería y 'tan' disparó contra*

el de camisa roja que en ese momento iba a todo el frente de AUTO ARISTI y el tipo —el de camisa rosada— cayó ahí mismo, como en voladora. Cayó aquí en esta forma como lo pinto en el croquis. Entonces ese que acabó de disparar, que es el de camisa azul, se acercó, llegó hasta donde estaba el de camisa rosada en el suelo, pasó por un lado de él, siempre con el revólver apuntándole, le dio la vuelta o rodeó al que estaba en el suelo. Mientras el individuo de camisa azul rodeaba al que estaba en el suelo, éste iba rotando su cabeza y sus manos así, como en movimiento defensivo. Yo no oía lo que decían. Es como si dijera que: 'no me maten', o algo así, porque se llevaba las manos al rostro y levantaba una pierna como para cubrirse. El de camisa azul lo rodeó hasta aquí digamos, luego se devolvió en el rodeo, hizo otro rodeo buscándole el modo de disparar mejor. Y al fin le disparó a la cabeza. El que estaba en el suelo, repito, rotaba su cabeza y colocaba sus manos en la cara, y el otro le buscaba, le buscaba, hasta que hizo puntería bien en la cabeza y taque disparó. Un tiro le hizo y ahí mismo el tipo dejó caer la cabeza y quedó ahí. A mi me dio mucha ofuscación y no miré al que acababa de recibir el balazo. Recuerdo que el compañero mío me dijo: 'Yo, se mandó las manos a los testículos y se retuerce'. Yo permanecía ahí todavía cerca del taxi. Ya entonces dije yo: 'El que se quedó se quedó'. Y entonces ya me fui. Creo que se quedaron allá dos de los compañeros que viajábamos en el vehículo. Ya se llenó eso de gente ahí mismo. Y los tráficos que habían aquí en el roud-pont, inmediatamente arrimaron ahí. Tengo que indicar que todas estas acciones que he descrito, se desarrollaron muy rápidamente. Yo diría que desde el momento en que el de camisa rosada tiró al otro a la vía, y el último disparo, transcurriría dos o dos y medio minutos nada más. O menos. Eso fue muy rápido. En total fueron cuatro los disparos que se hicieron'. PREGUNTADO: Indique si en alguna forma observó usted que ese individuo de camisa rosada, el fugitivo, el que resultó herido, en algún momento esgrimió arma o agredió, a alguno de los dos personajes que lo siguieron, aparte, claro está, de haber lanzado a uno de ellos adelante del vehículo conducido por usted?. CONTESTO: 'Arma no. Nada. Nada. El hombre nunca sacó arma. Y aparte de haber tirado al otro a la calle, el tipo no agredió a nadie, a nadie. *Simplemente empujó al de camisa azul y arrancó a correr.* Pero no agredió a nadie'. PREGUNTADO: Tiene algo por agregar: esa misma fecha, cuando terminamos de estudiar, que regresamos, como al camino de regreso es el mismo, ULPIANO y yo arrimamos donde el celador de Auto Aristi. Este se hizo más bien remiso. Bueno Yo me puse a preguntarle que qué le había pasado al tipo, si se había muerto —porque no sabíamos— y dijo 'Sí. El tipo se murió'. El celador nos dijo que poco había sabido el dueño de Auto-Aristi, es RODRIGO ARISTIZABAL y hasta es amigo mío, me hizo algunos comentarios sobre el caso porque él como que los presenció —los hechos— e inclusive me dijo que inicialmente se había tirado al suelo, en la oficina. Puede tener algunos datos para suministrar. PREGUNTADO: Alguno de los dos individuos que persiguieron al fugitivo y uno de los cuales disparó contra este en el suelo llevaba uniforme militar?. CONTESTO: No. Ninguno. *Recuerdo que uno (el que le dio el balazo en el suelo al de camisa rosada) tenía camisa azul y estaba sin*

saco. En camisa simplemente. Fue el que le dio el balazo en la cabeza. Del otro no recuerdo, francamente, como estaba vestido. Pero en todo caso ninguno de los dos llevaba uniforme militar".

c) *Gonzalo Pérez Maya*: "PREGUNTADO: Presenció usted, sí o no, cuando el lunes último, al rededor de las seis de la tarde y en la Glorieta de Colombia, de la zona urbana de Medellín (Calle 50 con carrera 58) fue lesionado con arma de fuego, un ciudadano que posteriormente falleció?. CONTESTO: 'Hombre..... yo había terminado mi trabajo entre las dos y las tres de la tarde, como ayudante en el vehículo de reparto que conduce LUDOLFO FRANCO y él se fue, no sé para donde. Yo me quedé en la Distribuidora que queda frente a las EE. Varias de Medellín. Entonces al término de faltando diez minutos o un cuarto para las seis de la tarde en todo caso faltando poco para las seis de la tarde, entonces estabamos en la Distribuidora y entonces como la Empresa facilita un carro (jeep) para que algunos trabajadores de la misma se movilicen para ir a estudiar, de allá salimos nueve personas en ese jeep, la mayoría (tal vez cinco) iban a estudiar. Yo pensaba venir hasta el centro únicamente. Entonces bajamos por Colombia y pasando el puente, viniendo de occidente a oriente, ya de la mitad del puente para acá porque ya estabamos bajando, cuando yo sentí que el que conducía el carro (ALVARO ZULETA) dijo: 'Casi que lo cojo' y en esas miré yo y en ese momento no vi nadie en la carretera sino que un tipo, de camisa rosada bajaba por el mismo carril, adelante de nosotros porque el carro nuestro frenó, y el tipo iba corriendo como hacia el round pint, y el tipo ese avanzó hasta terminar el puente y cogió hacia la izquierda, por donde hay una bomba, después de cruzar la parte izquierda del puente, es decir de las dos vías que tiene el puente él cruzó la de la izquierda, llegó *y antes de llegar a la bomba el tipo, miré yo hacia atrás cuando ví dos tipos a quienes no los conocería si los viera, otra vez, que estaban aquí en el zardinel o ese cordón central que hay para peatones, a todo el lado de una taxi que estaba detenido ahí, y observé que los dos sacaron armas de fuego y siguieron a toda carrera al sujeto que iba adelante, llegando a la bomba. No recuerdo si le gritaban alguna cosa o no le gritaban, pero en todo caso perseguían al tipo ese de camisa rosada. Uno de los dos que perseguían al de camsia rosada, tenía saco. No recuerdo si el otro tenía saco o no. Entonces ya cuando los dos individuos que perseguían al de camisa rosada habían adelantado el carro donde nosotros íbamos (porque el carro nuestro mermó la marcha, se fue despacio, despacio) uno de los dos disparos contra el de camisa roja, que en ese momento iba en toda la puerta de un garaje que está en seguida de la bomba. Inmediatamente que sonó el disparo, el de camisa rosada cayó y quedó en la puerta del garaje. Entonces al instante los que iban persiguiéndolo se acercaron hacia él, y lo único que yo ya ví, fue que el herido digamos, el de camisa rosada, estaba estirado en el suelo, en esta forma digamos (indica, objetivamente, que el lesionado estaba en el suelo, de lado) entonces levantó medio cuerpo y se llevó las manos a la cara, así (el testigo indica que el personaje a que se refiere, levantó, en verdad, medio cuerpo), esto es trató de sentarse y, en el típico movimiento de defenderse de algo, llevó las manos a su rostro) y uno de los que lo iba persiguiendo le disparó y le pegó el balazo aquí, supongo yo,*

(*señala la zona frontal izquierda de su propia anatomía*) *porque ahí mismo el tipo volvió a caer, se llevó la mano ahí donde recibió el disparo y se quedó quieto ya.* Esto lo ví yo desde el carro, y lo juro que fue así porque estoy seguro que fue así. No me dí cuenta qué se hizo el tipo que le disparó en la cabeza al de camisa rosada y entonces yo le dije a dos de mis compañeros que si nos bajábamos y entonces me dijo que no, porque de pronto nos daban un disparo a nosotros. Uno de los compañeros de nombre *JAIME RUIZ* siempre se bajó y entonces yo me bajé también con otro y ya otro me dijo:'Pues bajémonos también'. Ya nos bajamos tres: PASACASTO SUAREZ y JAIME RUIZ, que se fue adelante de nosotros, y yo. Nos dirigimos hacia donde estaba el... herido ya, de camisa rosada. Entonces, pensé yo, claro: 'Lo asesinó, asesinado' y entonces arrimamos donde estaba el herido y el tipo estaba como muerto. Recuerdo que ahí había ya uno o dos tráficos nacionales, no de los municipales sino de los otros. Entonces ya de a un tipo lo montaron en un taxi y no sé sino que tres personas subieron con él al taxi y se vino. Para investigar lo que había pasado, entonces nosotros regresamos al taxi que estaba estacionado ahí en el puente, donde como que lo llevaban a él, arrimamos ahí y el taxi estaba varado, y entonces PASCASIO, JAIME y yo le preguntamos al taxista que qué era lo que había pasado, y él nos dijo que era que llevaban un preso para la Cuarta Brigada, que iban con dos detectives. Que como el carro estaba varado, o se había varado ahí, entonces ellos —o sea los dos detectives y el detenido—iban a cambiar de taxi entonces cuando se bajaron del taxi, el preso, dice el taxista, estrujó dizque a uno de los dos detectives que lo llevaban, que contra un carro dijo él, y que entonces el detective se había parado y había seguido al detenido. Esto, aclaro yo, fue la versión que nos dio ese taxista. Ahora recuerdo que cuando hablamos esto con el taxista, aun no había levantado al muerto de allá. Fue cuando nos fuimos para donde estaba el muerto, o herido, el de camisa rosada pues ya fue cuando levantaron al tipo y se lo llevaron en un taxi. Había un cliente, uno de tantos que había ahí, no recuerdo quien, que dijo en voz alta que: 'Hombre, francamente lo asesinó asesinado. El tipo estaba en el suelo' y el mismo tipo decía: 'puede ser el que hubiera sido, no lo podían asesinar así en el suelo al tipo'. Ya nosotros nos fuimos de ahí. Ya nos reunimos los tres que nos íbamos a estudiar en el Bar Comercial, y los otros compañeros siguieron a estudiar'. PREGUNTADO: Suministre los nombres de todos sus compañeros y dónde pueden localizarse? CONTESTO: PASCUASIO SUAREZ, JAIME RUIZ, ULPIANO RUGELES, ALVARO ZULETA (estos dos supervisores) un muchacho RICARDO (vendedor), GERMAN ECHEVERRI, NELSON RESTREPO..... falta uno que se llama .....lo tengo en la boca: ONESINO, no recuerdo el apellido. Todos éstos son trabajadores de la Distribuidora Coro. Son trabajadores de allá. PREGUNTADO: Indique cómo iban distribuidos dentro del Jeep? CONTESTO: El Jeep lo manejaba ALVARO ZULETA. Y con él iba adelante ULPIANO y RICARDO. Atrás veníamos los demás. Por eso no vi yo lo que ocurrió al principio, sino que cuando el carro de nosotros frenó, comentó ALVARO que: "Casi lo cojo" y ya siguió ocurriendo lo demás que relaté". PREGUNTADO: Cuál de los dos individuos que preseguían

al individuo fue el que le dio el tiro en la cabeza cuando este estaba en el suelo: el mismo que le hizo el primer disparo, o el otro? CONTESTO: "No podría decirle. No sé. A él lo persiguieron dos, y todos dos sacaron arma de fuego. Pero a él no le hicieron sino dos disparos. El primero cuando iba corriendo, que con éste cayó al suelo. Y el otro disparo se lo hicieron en el suelo, como ya dije. Pero no podría decir si el que le disparó estando el tipo en el suelo, fue el mismo que le hizo el primer disparo. PREGUNTADO: A qué distancia del sujeto le disparó este que le propinó el balazo en la cabeza?. CONTESTO: Si no estoy mal el tipo se le arrimó como hasta de aquí a esta ventana (señala una distancia de tres metros). Desde esa distancia le disparó estando el tipo en el suelo. PREGUNTADO: Notó usted que el fugitivo llevase armas y las utilizara contra los dos individuos que lo siguieron?. CONTESTO: "No. No. El individuo en la mano no tenía nada, nada". PREGUNTADO: Qué movimiento estaba haciendo el individuo cuando recibió o, mejor cuando se disparó contra él por dos veces?. CONTESTO: Cuando el primer disparo el tipo iba corriendo. Y cuando al segundo disparo, el que disparó tendió el arma y el tipo levantó medio cuerpo y se llevó las manos así, en esta forma, como a protegerse la cara. Y digo que para mi concepto el balazo lo recibió aquí (señala la región frontal) porque ahí mismo cayó y ahí quedó el charco de sangre. Y al montarlo al taxi, tenía esta parte llena de sangre". PREGUNTADO: Considera usted que el individuo podría haber sido aprehendido por los dos que lo seguían, sin que hubiera habido necesidad de hacerse ese segundo disparo que, según usted, lo hirió en la cabeza?. CONTESTO: "Hombre... es una cosa que yo no sé quién es ese señor, o quien era. Pero para mi concepto, claro, con el primer disparo hubiera sido suficiente. Porque el tipo estaba ya en el suelo. Ahí lo habrían podido coger. PREGUNTADO: Esos dos individuos que presiguieron al de camiseta o camisa rosada, estaban uniformados, lucían algún uniforme?. CONTESTO *"Uno estaba de cachaco, y no sé si el otro tenía saco o no. Pero estoy seguro que uno si tenía saco. Pero no sé si era algún uniforme.* No recuerdo ni el color...".

d) *Luis Arturo García Correa*: "Yo venía por la carrera Sucre, cerca a "La Playa", o sea en Sucre con La Playa, me puso la mano un señor para que lo llevara en el taxi mio a la Avenida del Ferrocarril con Amador. Eso fue el lunes de esta semana, como a las seis y media de la tarde, creo yo. Pasando el cruce de la bomba que queda en la avenida del Ferrocarril con Colombia, frente a Auto Aristi, un Agente del Tránsito de los Nacionales, de los Agentes verdes pues, me puso la mano para que condujera un herido a la Policlínica, el agente le ordenó al pasajero que se bajara, y el señor accedió a bajarse. El herido estaba en el suelo, exactamente al frente de la puerta de Auto Aristi, y entonces dos señores y el mismo agente de tránsito que me puso la mano para que parara, se subieron con el herido o lo subieron y se fueron conmigo para la Policlínica. Entré con él a Policlínica. Un Agente me preguntó el nombre mío y apuntó la placa del carro. No me pidió más datos porque yo le dije que ahí quedaba el Agente del tránsito. Yo regresé de la Policlínica hacia la bomba Texaco, don-

de cogí al herido, a lavar el carro porque quedó muy ensangrentado. Y ahí le pedí el número del otro Agente que se fue conmigo, al de Tránsito que estaba ahi de servicio, y me dio el número de él, la placa del agente que me acompañó a mi y recuerdo que es de apellido MARIN y tengo apuntada la placa (consulta telefónicamente, en presencia del Juzgado, a su casa el número que menciona que dice tiene apuntado en un recibo de pago de servicios, resultando que es Agente MARIN A. Placa 14.973 de la Policía de Tránsito). Ya en esas llegó un Agente de la Policía, pero no de los tránsitos sino de los de vigilancia, y me preguntó el nombre mío, el número o el nombre de la empresa del taxi, cédula y el número de teléfono, y entonces el agente de tránsito dijo que me podía ir y el otro dijo que sí. No más. PREGUNTADO: Diga usted, bajo la gravedad del juramento que tiene prestado, qué estaba ocurriendo, propiamente, en el punto donde el Agente de tránsito le puso la mano para llevar al herido a la Policlínica, es decir, si había ahí mucha gente, en qué actitud, etc. etc.? CONTESTO: Habían curiosos como siempre. No ví a nadie con armas en la mano. Entre los que estaban ahí estaban dos agentes de tránsito, uno de ellos fue el que me puso la mano, y los dos civiles que montaron con el de tránsito al herido. Entre ese Agente de tránsito y los dos civiles lo montaron al carro y se fueron conmigo. PREGUNTADO: Sabe usted quiénes eran esos dos civiles que montaron en su vehículo con el lesionado?. CONTESTO: No señor. PREGUNTADO: Cómo vestían estos dos civiles? CONTESTO: estaban vestidos de civil. No tenían uniforme, o por lo menos no tenían uniforme del Ejército. PREGUNTADO: Recuerda algún detalle de la vestimenta del herido?. No recuerdo señor. Lo ví ensangrentado aquí, no recuerdo cual lado, tal vez éste..... (señala la región frontal derecha). PREGUNTADO: Qué comentarios hicieron lo dos civiles y el Agente de Tránsito, sobre lo que había ocurrido a ese ciudadano a quien llevaban en el vehículo suyo hacia la policlínica?. CONTESTO: "No. Nada. Solamente recuerdo que uno de los civiles le dijo al Agente: "Hombre este es un chofer". Nada más comentaron. PREGUNTADO: Por su parte, el individuo lesionado hizo algún comentario?. CONTESTO: No señor. El iba como ahogado.... no hacía sino como respirar hondo....".

e) *Ulpiano Rugeles:* "Eso fue el lunes 15, esta semana. Veníamos a estudiar un curso que nos está patrocinando la Empresa en Diriventas. Faltaban cinco para las seis de la tarde, aproximadamente era esa hora, cuando cogimos el puente de Colombia por la calzada izquierda porque veníamos de allá para acá (Dirección oriente occidente) y empezamos a descender el puente y tal vez en el tercer poste de energía —de aquí para allá— había un taxi color blanco, no sé placas ni empresa a la que pertenece, con el capó levantado; estaba como varado. Estaba por la otra vía, pues estaba en sentido contrario. Un señor de saco estaba mirando al motor. Otros tres señores estaban conversando, supongo que animadamente porque no se movían ni movían las manos. No había actitud de pelea, ni nada. Era una actitud como paciente, como si estuvieran esperando a que el carro fuera arreglado. Sin armas, sin violencia, nada. *Entonces uno de ellos, que estaba de camisa rosada y que quedaba en medio de los dos, tiró un pie hacia atrás, tomó impulso, se avalanzó contra uno de los dos que*

estaba de camisa azul y lo lanzó a la vía para que lo cogiera el carro donde nosotros íbamos. Ibamos nosotros en un jeep verde, hasta de pintura como que usan los militares, de placas A-44-231 de propiedad de "Distribuidora Coro", que están hasta pintando. El cliente que cayó se paró muy rápido, como un gato, con buenos reflejos, es un gato. Yo sentí que lo hubieramos golpeado pero el tipo se paró inmediatamente y dije: "Alvaro, matamos ese hijueputa" *y el tipo al levantarse se mandó la mano a la pretina y sacó un revólver y comenzó a perseguir al que lo había empujado que corrió hacia abajo por el puente, como hacia la glorieta. Pero mientras este se paraba el otro, que era un tipo de saco recuerdo yo, perseguía también al que corría. Este se pasó al otro lado, es decir se brincó a la izquierda a coger la varanda del puente del lado norte como hacerle travesía. El de camisa rosada corría por el medio de esos carros. Entonces el de cachaco disparó dos veces, tan, tan, dos veces muy seguidas. Entonces el que iba huyendo al terminar el puente se metió a la izquierda y cogió allá para... como quien dice hacia Auto Aristi. El otro, el que había sido lanzado a la vía, corrió de frente detrás del cliente y allá cuando lo tuvo a tiro. (Después de que habían sonado los dos primeros disparos que hizo el otro), le disparó; el que iba corriendo entonces cayó, como si hubiera sido alcanzado por la bala y quedó boca abajo en la puerta de un parqueadero que se llama Auto Aristi. El que le hizo este último disparo, que fue el de camisa azul como dije, apenas observó que el que iba corriendo cayó al suelo, ya contuvo la carrera, se fue a paso casi normal pero siempre con el revólver en la mano, pasó la vía y se llegó allá donde estaba el de camisa roja. Este de camisa roja se voltió boca arriba, levantó la pierna derecha y se puso las manos como en la cara, no sé si pidiendo que no lo mataran o que lo remataran, quién sabe, eso debe saberlo mejor el de Auto Aristi. En todo caso éste de la camisa azul llegó donde el que estaba en el suelo, lo rodeó le dio la vuelta, comenzó a apuntarle a la cabeza, el hombre el del suelo trataba como de esquivar la puntería, moviéndose, en el suelo siempre con las manos en la cara, y el otro de camisa azul le buscaba, le buscaba. Yo noté las intenciones del de camisa azul y dije: "Lo va a rematar, lo va a matar" y entonces, ciertamente, le disparó a la cabeza y el tipo al sonar el disparo se encogió y se llevó las manos a los testículos, así, y se quedó quietecito.* Yo dije: "Lo remató y el tipo se cogió la "güevas" hombre. Yo no me bajé del carro. Claro que cuando ya el de camisa azul disparó contra el que estaba en el suelo, ya el compañero de aquel, el de saco, había llegado a ese lugar. Habían podido cogerlo perfectamente. "PREGUNTADO: Escuchó usted en algún momento, a los dos que persiguieron al de camisa rosada, que dieran la orden de detenerse al fugitivo es decir que le gritaran alto o le intimidaron rendición? CONTESTO: "NO. Nada. Yo no oí que le gritaran alto ni nada. Eso fue así". PREGUNTADO: Alguno de los dos que persiguieron al individuo llevaba uniforme de militar?. CONTESTO: No. Ninguno. *Uno llevaba una camisa azul, que fue el que le dio el tiro último, allá cuando el tipo estaba en el suelo. El otro llevaba un saco, iba de saco pero no recuerdo la camisa de qué color era. Y el muerto, tenía una camisa rosada.* PREGUNTADO: Alguno de o, mejor, en algún momento usted observó que el fugitivo el

de camisa rosada que resultó muerto, agrediera de hecho pretendiera agredir, con armas o a puñetazos o patadas, a alguno de los dos que le persiguieron? CONTESTO: "No. Nada. Nada. Unicamente tiró a uno de ellos a que el carro de nosotros lo matara. Eso sí. *Eso sí hizo el tipo, que tiró a ese para que el carro lo matara. Afortunadamente el carro no iba rápido y Gonzalo viró. Pero no hizo más que eso porque enseguida se abrió a correr. Y precisamente ese al que tiró a la calle fue el que le hizo los dos últimos disparos, o sea ese con el cual cayó y el otro que le dio en el suelo.* PREGUNTADO: Qué otra cosa supo usted sobre ese asunto?. CONTESTO: Después de que salimos de clase, volvímos ALVARO ZULETA y MARIO EUSSE y mi persona allá, y allá entrevistamos o ALVARO se bajó a conversar con el portero. Este decía que no sabía nada del caso, que él había llegado tarde, pero que sabía que el cliente sí se había muerto. En esas llegó en un mercedes negro un cliente y resultó ser un Señor ARISTIZABAL, propietario del Parqueadero Aristi, y entonces como que era amigo de Zuleta, y este Señor ARISTIZABAL dijo que había presenciado el caso, por lo menos parte del caso, y por cierto nos dijo que los clientes eran del B-2, y éste afirma, que sea lo que sea, al individuo de camisa roja lo habían asesinado villanamente. *Nos dijo que parecía que tenía un tiro por detrás, en la espalda, fuera del que le pegaron en la cabeza".*

f) *Juan Ricardo Vásquez Restrepo.* "El quince de octubre de este año, más o menos a las seis de la tarde o entre 5 y 55 y 6 y 10, nos dirigíamos varios compañeros de la Empresa donde trabajo hacia la Escuela de Mercadotecnia, en donde estudiamos la mayoría. Al pasar el puente de Colombia en dirección de occidente oriente, ya cuando íbamos bajando para salir del puente, había un taxi marca Vatsaba, con la trompa abierta, estacionado en el carril del lado norte, con la trompa abierta, y contra el cordón divisorio de las dos vías, o sea a la izquierda de la trayectoria del vehículo en que nosotros íbamos. Yo iba en la puerta de adelante del jeep, al lado de don Ulpiano Rugeles. En el cordón, a la altura de donde estaba el taxi, había parados tres tipos, y más o menos a una distancia de tres metros para que llegara el carro donde nosotros íbamos frente a ellos, uno de los tres del grupo, empujó contra el carro a otro de ellos. Inmediatamente mi compañero ALVARO ZULETA desvío el carro un poco para evitar el accidente, e inmediatamente frenó. *Entonces ví que un señor de camisa azul clara (que fue el que había sido empujado por el otro) se paró y se mandó la mano a la cintura, y mientras corría en persecución del que lo había empujado, sacaba un revólver. El otro compañero del de camisa azul, salió en persecución del ... agresor digamos (o sea del que empujó al otro) con un revólver en la mano, también. Pero no lo persiguieron por el mismo sitio sino que mientras uno (el que había sido lanzado a la vía) lo siguió derecho, el otro cruzó el carril del lado norte y llegó hasta el andén del puente de este lado. De un momento a otro escuché una detonación de arma de fuego. No puedo asegurar quién hizo el disparo, o cual de los dos hizo el disparo, porque le estaba poniendo cuidado al fugitivo, a ver hacia qué lado corría. Este llevaba una camisa de color encendido, como rosado o algo así. Esa detonación no ví que hubiera causado efecto en el fugitivo, sino que una dama que se encontraba en esos mo-*

mentos cruzando la vía hacia el puente, y que estaba situada en ese momento en medio de los dos perseguidores y el perseguido, dama que recuerdo tenía un traje azul, corrió y se agachó. Mientras esto ocurría, escuché otra detonación de arma de fuego e inmediatamente dirigí la mirada hacia el fugitivo al que observé que en ese momento perdía el equilibrio y en cosa de dos o tres segundos cayó al suelo, boca abajo, en la entrada de un taller o parqueadero que hay ahí. Tan pronto él cayó, se volteó boca arriba. Y mientras ello ocurría, el primero de los individuos de los perseguidores digamos, llegó donde él y lo encañonó. El hombre en el suelo, —creo yo estaba herido— extendió las manos hacia arriba, como... pidiendo que no lo mataran, pidiendo, aunque no alcancé a escuchar nada, pero en todo caso extendía las manos así (el testigo ejecuta el típico movimiento de defensa y rendición al mismo tiempo, de quien se vé amenazado gravemente a la cabeza) y tan pronto llegaba el otro quien también lo encañonó. En ese momento los curiosos rodearon al herido, dificultando para mí la visibilidad de un nuevo hecho, sin saberse si había muerto o qué, pero a los pocos segundos escuché otro disparo más. No sé a quién fue dirigido ni quién lo hizo, pero en todo caso se escuchó ahí, en el mismo lugar donde estaba el herido. Me dificultó la visibilidad, en ese momento, la trompa de un carro que se desplazaba en sentido contrario. Escuché el disparo y uno de mis compañeros dijo: "Lo acabaron de matar". Yo en ningún momento me baje del carro. Ya yo le dije a Alvaro, conductor en momento me bajé del carro. Ya yo le dije a Alvaro, conductor en ese momento del vehículo, que nos siguiéramos ya que el jeep en que viajamos se había detenido en el puente, que estabamos obstaculizando el tráfico. No arrancamos inmediatamente pero yo lo último que hice fue dirigir la mirada hacia el oriente y observé que mucha gente, noveleros acudía al lugar, inclusive un Agente de Tránsito se acercó allá de los primeros. Luego seguimos ya". PREGUNTADO: Tiene algo para agregar a su exposición? CONTESTO: Pues ....no, no encuentro más lo que ví y he dicho, que lo puede observar sin ninguna duda. Porque desde ese momento he tenido en mente los hechos, tal como ocurrieron, y como los logre apreciar yo desde mi lugar, o sea desde el carro, 'PREGUNTADO: De acuerdo con lo anterior, propiamente usted no vio disparar a ninguno de los perseguidores? CONTESTO: No. No los ví disparar en ninguno de los casos. Supongo que eran ellos porque oí los disparos y los vi con las armas en la mano. Pero no los ví. PREGUNTADO: Está usted seguro de haber escuchado tres detonaciones? CONTESTO: Tres, o cuatro. Puede haber sido otra más, pero claros, claros, escuché tres disparos. Uno antes de que el fugitivo cayera al suelo. Otro que fue con el que cayó y otro cuando la gente se estaba acercando. "PREGUNTADO: Entre ese segundo y ese tercer disparo, transcurrió mucho tiempo?. CONTESTO: "Más o menos unos cuarenta segundos, calculo yo. En todo caso los dos que iban persiguiendo al fugitivo, habían arrimado donde él. Pero, como le digo, no pude ver quién hizo ese último disparo que se escuchó allá. PREGUNTADO: Notó usted que el fugitivo, el de camisa rosada, aparte de haber empujado a uno de los dos que estaban con él contra el vehículo en que usted viajaba, hubiera agredido a los que lo persiguieron? CON-

TESTO: "No vi. Por lo menos en la parte que yo presencié, no, únicamente empujó a uno de ellos a la vía y luego emprendió la huida...."

g) *Indagatoria del Soldado Atilio Gaviria Betancourt*

"PREGUNTADO: Díganos su nombre y apellidos, el de sus padres, su edad, de dónde es natural, vecino de dónde, cuál es su estado civil, profesión y oficio?. CONTESTO: Mis nombres son OTILIO GAVIRIA BETANCOURT, el de mis padres es JOAQUIN OTILIO y ESNEDA, tengo 24 años de edad, soy natural de Donmatías, vecino de Medellín, de profesión soldado del Ejército prestando mis servicios en la cuarta Brigada. PREGUNTADO: Cuál es su estado civil, con quiénes mantiene o cultiva relaciones de amistad y quiénes pueden declarar sobre su conducta anterior?. CONTESTO: Soltero es mi estado civil, me conocen y pueden declarar sobre mi conducta anterior mi Teniente MIGUEL RAMIREZ QUINTERO y mi Sargento CARDENAS LUGO JAIME, son mis amigos el Sacerdote ANTONIO JOSE CADAVID y JORGE CADAVID. PREGUNTADO: Díganos si sus parientes o usted han sufrido en enfermedades mentales o infecto-contagiosas?. CONTESTO: Ni yo ni mi familia hemos sufrido enfermedades mentales y tampoco infecto-contagiosas. PREGUNTADO: Díganos si ha estado detenido en alguna oportunidad, en caso afirmativo a órdenes de qué autoridad, en dónde y por cuánto tiempo?. CONTESTO: Nunca he estado detenido. PREGUNTADO: Sírvase hacernos una narración completa y detallada de los hechos sucedidos en día 15 de los corrientes y en los cuales perdió la vida el particular LUIS CARLOS CARDENAS ARBELAEZ CONTESTO: *A eso de las* 13:00 *horas del mismo día* 15 *me dijo mi Teniente RIVERA, que lo esperara que saliamos a cumplir una misión, a eso de las* 15:00 *horas salimos hacia el centro de la ciudad, durante el camino me explicó qué era lo que íbamos a hacer y me explicó que íbamos a situar un individuo y luego darle captura, nos bajamos en la calle Boyacá, cuando subimos estaba el carro de placas Nº A-0-1255 un pik-up, estacionado frente al sindicato de Obras Públicas, cuando nosotros llegamos el carro arrancó y dio una vuelta por el sur luego nosotros quedamos desorientados y volvimos al mismo sitio y después el Señor volvió al mismo sitio. Se nos hizo imposible capturarlo ya que este señor volvió a salir rápidamente, eso lo hizo por unas tres veces y a la cuarta vez ya dejó el vehículo estacionado frente al Sindicato y se fue por la calle Boyacá nuevamente, ahí llegando a Tenerife con Carabobo se le acercó mi Teniente y le dijo que tenía orden de capturarlo, yo lo seguí a dos metros dándole protección a mi Teniente, anduvimos aproximadamente una cuadra y media buscando un taxi, ahí cogimos el taxi y lo subimos a él y nos vinimos buscando la avenida de el ferrocarril, salimos a la avenida de el ferrocarril para coger la vía que nos conducía a la Brigada,* durante el trayecto dijo que eso ya lo esperaba, porque el gobierno estaba en contra de los sindicatos. Subiendo el puente de Colombia de allá para acá se apagó el vehículo, el conductor hizo esfuerzos por volverlo a prender pero no fue posible, entonces él dijo que uno de nosotros le diera estarte al carro, entonces yo me bajé a prestarle seguridad al detenido, mi teniente también se bajó a darle estarte al carro, durante ese mo-

mento el detenido no hizo ningún movimiento, entonces él se bajó de el carro y le dijo al detenido que también se bajara, entonces me dijo a mi que pasara al otro lado y consiguiera un taxi para que nos trajera a la Brigada, yo pasé al otro a coger el taxi, cuando yo estaba cogiendo el taxi, yo estaba pendiente de el taxi y el detenido, *vi cuando el sujeto tiró a mi Teniente a la vía y mi teniente casi fue atropellado por un jeep, el sujeto emprendió carrera, yo lo seguí e hice dos disparos para intimidarlo y el no paraba, los disparos los hice en la siguiente forma; el primero lo hice al aire, el segundo lo hice a los pies y cuando yo hice el segundo el señor se tiró contra una puerta de un garaje, y quedó tendido, yo me situé a dos metros de él con el revólver en la mano en ese momento llegó mi teniente que venía atrás y trató de ponerle una llave en las manos, en ese momento me miró a mi y gritó: "Mateme hijueputas", y se me abalanzó y en ese momento fue cuando yo hice el tercer disparo, yo pensé que si me dejaba coger de él me quitaba el revólver y me mataba o mataba a mi teniente. Bueno ahí quedó inmóvil, al momentico respiró fuerte, entonces lo llevamos a policlínica con un agente GALLEGO de tránsito en un automóvil.* PREGUNTADO: Nos puede decir usted qué instrucciones ha recibido en relación con empleo del arma cuando una persona detenida trata de fugarse? CONTESTO Yo he recibido las siguientes instrucciones de dar tres voces de alto, se puede hacer fuego al aire para intimidar y en caso de que el sujeto no corresponda a ese llamado uno hace uso de su arma. PREGUNTADO: Recuerda usted si en algún momento se le hubiera hecho una llamada telefónica a este Señor y hubieran conversado por este medio?. CONTESTO: *Mi teniente hizo varias llamadas telefónicas, que creo fueron hechas a mi coronel ARAUJO, pero ignoro qué haya hablado con la persona que íbamos a capturar.* PREGUNTADO: Recuerda usted cuál fue la reacción del Señor LUIS CARLOS CARDENAS ARBELAEZ en el momento en que se entrevistó por primera vez con el Teniente RIVERA? CONTESTO: Bueno, el se sorprendió pero yo no oí que hubiera dicho nada. PREGUNTADO: Durante el tiempo que estuvieron dentro del taxi recuerda usted en qué forma venían repartidos dentro del vehículo? CONTESTO: Nosotros veníamos en el puesto trasero y el señor en el centro, mi teniente venía a la derecha y yo a la izquierda. PREGUNTADO: Usted vio al teniente RIVERA con el revólver de su dotación en la mano y en caso afirmativo en que momento? CONTESTO: No lo vi porque en ese momento yo no le presté atención sino al detenido, cuando mi teniente llegó al puesto donde el detenido estaba tirado, yo vi a mi teniente sin revólver. PREGUNTADO: Cuando usted disparó contra el detenido, lo hizo obedeciendo una orden del teniente RIVERA, o por el contrario por propia iniciativa, tendiente a defender a su superior, a defenderse usted mismo y a garantizar el cumplimiento de la misión? CONTESTO: Yo no recibí ninguna orden, lo hice por iniciativa propia y en defensa de mi Teniente y a mi persona. PREGUNTADO: Más o menos qué distancia recorrió LUIS CARDENAS ARBELAEZ, desde el momento en que emprendió la fuga hasta el momento en que fue herido, es decir desde el sitio donde estaba varado el carro hasta el sitio donde cayó?. CONTESTO: Bueno, aproximadamente con las vueltas que él dio por ahí unos

100 ó 200 metros, en línea recta son unos 45 ó 59 metros. PREGUNTADO: Se dio usted cuenta de las personas que presenciaron los hechos, fuera de usted y el señor Teniente RIVERA? CONTESTO: Fuera de nosotros dos el taxista y el agente de tránsito de apellido GALLEGO. PREGUNTADO: Recuerda usted el número de las placas de el taxi, el nombre del conductor de este vehículo y el del tráfico?. CONTESTO: Del vehículo no recuerdo, del tráfico solamente tenía el apellido Gallego y tampoco recuerdo el nombre de el conductor del taxi, pero el agente del tránsito dijo que le había tomado las placas a el taxi. PREGUNTADO: Qué arma de dotación llevaban ustedes para el cumplimiento de la misión?. CONTESTO: Yo llevaba un revólver 38 largo, con 6 cartuchos y mi teniente llevaba otro revólver pero no sé qué calibre sería. PREGUNTADO: Díganos usted si tiene conocimiento de que se llevaran algún juego de esposas para conducción de detenidos? CONTESTO: No llevábamos. PREGUNTADO: Recuerda usted dónde notó el impacto en el cuerpo del sindicado? CONTESTO: El impacto lo tenía en la frente. PREGUNTADO: Tiene usted conocimiento cuánto tiempo transcurrió desde el momento en que recibió el disparo el señor? LUIS CARLOS CARDENAS ARBELAEZ y el momento en que falleció? CONTESTO: No sé Doctor porque no sé a qué hora falleció. 'PREGUNTADO: Tiene usted algo que agregar corregir o suprimir a lo que ha dicho en la presente diligencia? CONTESTO; No tengo nada más. No siendo otro el objeto de la presente diligencia se dá por terminada una vez leída y aprobada por los que en ella intervinieron, se firma en constancia. Se observó lo de ley' ".

3) a) *Diligencia del levantamiento del cadáver.* "A la hora y en el lugar atrás citados, tendido sobre una camilla de ruedas, en posición de cúbito dorsal, con la cabeza hacia el Sur y extremidades inferiores estiradas hacia el lado opuesto (Norte), superiores extendidas y paralelas al tronco, fue hallado el cadáver de una persona de aproximadamente 36 años de edad y estatura de un metro con setenta centímetros, tez blanca cabellos negros, cejas más bien despobladas, frente espaciosa, ojos castaños, nariz dorso recto, base levantada, boca grande, labios medios, dentadura en buen estado, barba escasa y rasurada, de bigote arreglado; viste pantalón caqui, pantaloncilos blancos, botas cafés medias cafés a rayas verticales amarillas; encima de las piernas se encuentra una camisa de color rosado, ensagrentada, que indicó el empleado de la Guardia de la Policlínica, ser de propiedad del occiso. Al examinar detenidamente el cadáver, se le observan las siguientes lesiones: herida producida por arma de fuego (bala), localizada en región frontal, parte superior, lado izquierdo, sin orificio de salida; hematoma palpebral, ambos ojos; raspones en el pómulo izquierdo y superciliar; mismo lado; raspones en antebrazo derecho, cara interna y contusión (raspón contusivo) en dorso mano derecha pequeños rayones en antebrazo izquierdo y codo, mismo lado; otorragia oído izquierdo. Por los informes obtenidos en la oficina de Información Judicial de la policlínica y anotadas en el libro de la guardia, se tiene conocimiento que el occiso respondía al nombre de *LUIS CARLOS CARDENAS ARBELAEZ,* natural de Medellín, de 36 años de edad (Ignoranse otros datos biográficos). Ingresó a dicho centro asistencial, a las 6:15

P.M., procedente de la Glorieta de Colombia, calle 50 X carrera 58, siendo llevado allí en el carro TA Nº 32-87, conducido por ARTURO GARCIA en compañía del Teniente del Ejército *HORACIO RIVERA ZAMBRANO* y el soldado OTILIO GAVIRIA BETANCUR; a su ingreso presentaba herida de bala en frontal, sin salida, habiéndose presentado su deceso a las 7:50 PM. de hoy. Agregó el señor Comandante de Guardia, en turno de la Policlínica, que las pertenencias del occiso, tales como dinero, documentos de identidad, pase de conductor, dos carteritas, llaves, etc., se las había entregado al Coronel encargado del B-2 de la Cuarta Brigada a solicitud suya, de lo cual le había cogido recibo. ....".

b) *Historia Clínica del occiso.* "Nombre del paciente: LUIS CARLOS CARDENAS ARBELAEZ. Fecha de ingreso: X-15-73- Hora: 6:30 P. M. Identificación: 36 años casado, natural y residente en Medellín, Historia Clínica Nº 390.861. Motivo de ingreso: M/C. y E. A. Ingresa por herida de bala con orificio de entrada en región frontal izquierda. Hematoma parietal sin orificio de salida, inconciente, no responde a estímulos dolorosos, Gran hemorragia por orificio de entrada, además presenta anisocoria con midriasis izquierda. P.A.150/90- Pulso: 84 min. Cardiopulmonar: normal. Cabeza: Hay salida de masa encefálica por orificio de entrada. Extremidades: Hiperreflexia Ot generalizada. DIAGNOSTICO DEFINITIVO: HERIDA POR BALA EN CRANEO. TRATAMIENTO: Médico. CAUSA DE SALIDA: Muerte. Fecha de salida: X-15-73".

c) *Diligencia de necropsia*: "Que el día dieciséis de octubre de mil novecientos setenta y tres, el doctor Arturo Ortiz Ruiz, practicó en el anfiteatro Municipal, la diligencia de necropsia en el cadáver de LUIS CARLOS CARDENAS ARBELAEZ, de unos treinta y seis años de edad, quien falleció el día anterior al recibir lesiones por arma de fuego. Se le encontró: hematoma sobre la superficie osea del cráneo sobre la región fronto-parietal izquierda; fractura estrellada, con irradiaciones hasta el occipital, y grandes destrozos en la base del cráneo. La muerte de LUIS CARLOS CARDENAS ARBELAEZ fue consecuencia y efecto natural de la lesión con arma de fuego, que recibió la que es de naturaleza mortal, y fue la causa directa de su muerte. La supervivencia seria de 34 años más.

Las probanzas reseñadas llevan a la Sala a la convicción de que por órdenes del Departamento B-2, de la Cuarta Brigada, el Teniente del Ejército HORACIO RIVERA ZAMBRANO y el soldado OTILIO GAVIRIA BETANCOURT, vestidos de civiles, se ignora si con orden escrita o verbal y en virtud de qué proceso, se dedicaron durante varias horas del día quince de octubre de 1973, a espiar personal y telefónicamente a Luis Carlos Cárdenas Arbeláez en inmediaciones de las oficinas del sindicato de Obras Públicas, hasta que minutos antes de las 6 P.M., cuando el occiso abandonaba a pie sus oficinas y se dirigía a cumplir una cita, presumiblemente con sus captores, le fue intimada captura por los citados militares y conducido, primeramente a pie y luego en un desvencijado taxi, hasta el puente de Colombia, donde el vehículo se varó.

En tal sitio y según numerosa y reiterativa declaración de quienes fueron testigos presenciales, Cárdenas empujó al Teniente Rivera contra un jeep que avanzaba en sentido contrario y arrancó a correr tratando de eludir a sus captores. Estos, lo persiguieron por ambas calzadas, el soldado hace dos disparos que no dan en el blanco; el Teniente Rivera, según los numerosos testigos "el de azul" o el soldado Gaviria, según su sospechosa confesión, hace un tercer disparo que hiere a Cárdenas quien cae a la puerta del garaje "Auto Aristi" y el Teniente (según los testigos) o el soldado (según su confesión amañada) rodea al herido —quien hacía gestos de dolor y de súplica e intentaba evitar el ataque final, moviéndose en el suelo— en distintas direcciones, mientras el Teniente trataba de precisar la puntería hasta que dispara sobre la frente de Cárdenas, herido, vencido, yacente en el suelo, suplicante e indefenso, rematándolo.

Obvio que la estratagema de que el muerto, capturado y necesariamente requisado amenazaba desde su lecho de agonía a los armados militares, no resiste el menor análisis y así lo corrobora todos los testigos presenciales.

La investigación penal militar, como casi siempre sucede para desgracia de la sociedad colombiana, terminó en la primera instancia con sobreseimiento definitivo para el soldado Gaviria Betancourt, pues al Teniente ni siquiera se le vinculó al sumario, con la peregrina razón de la legítima defensa de los jovenes militares, armados, frente al desventurado, inerme y agonizante ciudadano.

A los autos se trajeron los boletines oficiales de la Cuarta Brigada con los que se quiso desorientar a la opinión pública sobre la peligrosidad de la víctima, su injustificada agresión y la correcta actuación de los miembros de las fuerzas armadas, pero, afortunadamente, no impiden que se haga justicia en este proceso en el cual la *"falla del servicio"* aparece ostensible y siniestra, agravada con la seguridad de que el Teniente Rivera Zambrano, el soldado Gaviria Betancourt y el Coronel Alvaro Riveros Avella, entonces comandante de la Cuarta Brigada, continúan en servicio activo, para zozobra de sus conciudadanos.

Los perjuicios

1. La cónyuge sobreviviente, nació el 14 de octubre de 1946, mientras el occiso había nacido el 2 de mayo de 1940, por lo que se tomará la supervivencia de éste último, calculada por la Oficina de Medicina Legal, en 34 años (folio 6).

2. Los hijos nacieron en las siguientes fechas:

a) Vilma Aidé, el 17 de febrero de 1966 y cumplirá la mayor edad (18 años) el 17 de febrero de 1984, (folio 184)

b) Jaime Yuri (folio 183) el 26 de marzo de 1967 y cumplirá la mayor edad el 26 de marzo de 1985.

c) Fabio Camilo, el 10 de mayo de 1972 y cumplirá la mayor edad el 10 de mayo de 1990.

3. Conforme al certificado visible a folio 29 del cuaderno Nº 3, los ingresos laborales del occiso para los efectos de este juicio, eran los siguientes:

Salario diario	$	53.90
Mensual	$	1.617.00
Por vacaciones por mes		67.38
Primas vacacionales (por mes)		179.76
Cesantía (por mes)		143.00
Total ingresos laborales por mes	$	2.007.14

4. Descontado un 25%, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala como parte de los ingresos dedicada a la propia supervivencia y a los gastos personales del occiso, queda la suma de $ 1.505.36 mensuales como la dedicada por la víctima al sostenimiento de su familia. Se distribuirá, según reiterado criterio de la Corporación, así: 50% para la viuda y el 50% restante, por iguales partes, para los 3 hijos. Es decir, $ 752.68 para la viuda y $ 250.89 mensuales para cada uno de los hijos demandantes.

5. La indemnización se dividirá en "debida o consolidada" desde el 15 de octubre de 1973 hasta el 15 de octubre de 1979 y "la futura" desde el 16 de octubre de 1979 hasta la mayoría de edad de cada uno de los hijos o hasta el 15 de otcubre del año 2007, en lo referente a la viuda.

6. *Los perjuicios materiales*:

A) *Indemnización debida*:

a) *Para la viuda*

Del 15 de octubre de 1973 al 15 de octubre de 1979 (6 años) a razón de $ 752.68 mensuales. Para determinarla se aplican las tablas de matemáticas financieras sobre la base de una devaluación anual del 18% o del 1 ½ mensual y un interés técnico del ½% mensual.

Se aplica la fórmula $S = R \left[\frac{(1 + i)^{n} - 1}{1} \right]$

En donde:

S = Monto o capital por averiguar.

R = La renta conocida (mensual o anual) que se toma como base de la indemnización.

i = Al 24% anual, descompuesto en 18% anual de devaluación monetaria y 6% de interés anual, o sea, en total 1.8% mensual de interés técnico.

n = Número de meses que se liquidan (72 meses).

$$S = 752.68 \left[\frac{(1 + 0.018)^{72} - 1}{0.018} \right] = 752.68 \times \frac{2.6127 - 1}{0.018}$$

$$= 752.68 \times \frac{[2.6127]}{0.018}$$

$$= 752.68 \times [\ 2.6127\ ]$$

$$= 752.68 \times 145.15$$

0.018 Factor: 145.15

$S = 752.68 \times 145.15$ $ 109.251.50

El Factor 145.15 que resulta de la operación anterior, también se encuentra en las Tablas de matemáticas financieras.

b) *Vilma Aidé* n y i son iguales a la anterior. La renta mensual es de 250.89

$$S = 250.89 \times \left[\frac{(1 + 0.018)^{72} - 1}{0.018} \right]$$

$S = 250.89 \times 145.15 =$ $ 36.416.68

c) *Jaime Yuri*

$S = 250.89 \times 145.15 =$ $ 36.416.68

d) *Fabio Camilo*

$S = 250.89 \times 145.15 =$ $ 36.416.68

B. *Indemnización futura.*

Para calcularla dividimos la suma de $ 109.251.50 por 72 meses para determinar el salario mensual promedio revaluado, lo que da $ 157.38.

Se aplica la fórmula:

$$P = R \left[\frac{(1 + i)^{n} - 1}{i\ (1 + i)^{n}} \right]$$

En donde:

P = El valor presente, es decir la suma que se debe pagar hoy como anticipo de los perjuicios futuros, atendiendo al mismo interés técnico del 6% anual, con que se castiga al capital por razón de que se paga anticipadamente.

R = La renta mensual o anual

i = El interés técnico

n = El número de meses o de años que se toman para la liquidación.

a) *La viuda.* Tomada la supervivencia calculada del occiso, ella iba hasta el año 2007, que es el lapso total que se toma para calcular

la indemnización de la viuda, menor que la del cónyuge muerto. En total, para este período (octubre 15 de 1979 a octubre 15 de 2007, 28 años, y la renta de 1.517.38 mensuales o 18.208.56 anual.

$$P = 18.208.56 \left[\frac{(1 + 0.060)^{28} - 1}{0.06 \times (1 + 0.06)^{28}} \right]$$

$$P = 18.208.56 \left[\frac{(4.1117)}{0.3067} \right] = 13.4062 \times 18.208.56$$

El factor es = 13.4062

Total P = $ 244.107.60

b) *Vilma Aidé.* Renta mensual promedio, actualizada ($ 36.416. 68 ÷ 72) = 505.78, hasta el 17 de febrero de 1984, desde el 15 de octubre de 1979. 4 años, 4 meses, es decir 52 meses.

Aplicada la fórmula anterior, resulta un factor de 45.69

P = 505.78 × 45.69 = $ 23.109.08

c) *Jaime Yuri.* Renta actualizada =505.78 del 15 de octubre de 1979 al 26 de marzo de 1985, es decir, 5 años, 5 meses 11 días aproximadamente 65 meses.

Aplicada la fórmula, el factor resulta igual a 55.49

P = 505.78 × 55.49 = $ 28.065.73

d) *Fabio Camilo.* La misma renta actualizada, del 15 de octubre de 1979 al 10 de mayo de 1990. 10 años, 7 meses 127= meses.

Aplicada la fórmula, el factor resulta igual a 55.49

P = 505.78 × 94.04 = $ 47.563.55.

Perjuicios morales subjetivos

Al respecto, esta Corporación ha dicho:

"a). Tanto en materia civil como en la penal y la administrativa, cuando quiera que surge la obligación de indemnizar perjuicios, ella es plena, es decir, implica la necesidad de indemnizar la totalidad del perjuicio causado, de restablecer el derecho, de regresar, hasta donde sea posible, a la víctima, al estado anterior al daño (Código Civil artículos 1546, 1613, 1614, 1616 sobre materia contractual, entre otros y 2341, sobre responsabilidad por delitos o culpas, materia extracontractual y expresamente contemplada la compatibilidad con la pena que le corresponda por el delito o la culpa; el artículo 92 del Código Penal, en concordancia con las normas civiles sobre responsabilidad extracontractual, prevé la condena solidaria, a los responsables, a la indemnización de *'todos los perjuicios que se hayan causado'*.

"Y el Código Contencioso Administrativo, en sus artículos 67 y 68, habla del restablecimiento del derecho, en el primero y de 'indemnización o prestación correspondientes' por lo que puede sostenerse

como regla general la de que la obligación de indemnizar perjuicios, comprende la totalidad de los causados, en todas las ramas del derecho.

"b). Sólo excepcionalmente, en asuntos civiles, tal obligación puede resultar restringida, en materia contractual, a los daños previsibles y en materia extracontractual tanto civil como administrativa, en casos de concausalidad frente al hecho perjudicial, para mantener la equidad y no imponer al responsable más que las cargas que le corresponden. Lo mismo puede decirse en los casos de responsabilidad objetiva en materia laboral, en la cual se predetermina legalmente la extensión de la indemnización, por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, sin perjuicio de la plena indemnización cuando ella se fundamenta en la culpa patronal.

"c). Por tanto, no es extraño el artículo 95 del Código Penal, a la materia de la extensión de la indemnización debida, menos aún para el derecho civil, cuando del delito o de la culpa, surgen comunmente, en forma simultánea, la acción penal tendiente a ejercer la función punitiva del Estado y la acción civil, tendiente a obtener, para la víctima, la plena indemnización del perjuicio sufrido.

"d) Y siendo, sin consideración a la naturaleza de la disciplina jurídica, una misma la concepción de la responsabilidad, y una misma la extensión de la obligación indemnizatoria, resulta la norma del comentado artículo 95 del estatuto penal, bien propia en todos los casos o bien por aplicación extensiva o simplemente aplicable por analogía legal pues está dirigida a regular subsidiariamente, el monto de la indemnización proveniente de los delitos y de las culpas, trátese de proceso penal, civil o administrativo.

"e) La razón de que las personas morales no pueden delinquir, no es óbice para la aplicación de dicha norma, pues ello quiere decir, únicamente, que no pueden ser sujetos activos del delito ni pasivos de la pena, sin que a *priori*, pueda excluirse su responsabilidad civil nacida por el delito o la culpa delictual de quienes la personalizan o representan y el comentado artículo se refiere a los efectos de la acción civil indemnizatoria y no a la punibilidad por el reato.

"No sobra advertir que la Sala considera vigente el aludido artículo 95, pues las normas sobre libertad probatoria del nuevo estatuto Procesal Civil no contradicen su contenido, dirigido precisamente a regular el monto de los perjuicios morales cuando su cuantía resulta de difícil o imposible prueba.

"Establecida la aplicabilidad del artículo 95 del Código Penal para los casos de indemnización de perjuicios morales, conviene, sinembargo, hacer algunas precisiones sobre su contenido:

"1) El citado artículo, parte de un supuesto práctico: *'que no sea fácil o posible avaluar pecuniariamente, el daño moral'*.

"Por tanto, si se dio la prueba del valor pecuniario del daño moral, el artículo 95 no puede ser aplicado.

"Y, si no obstante ser *fácil o posible* no se dio la prueba del valor pecuniario del daño moral, como sucede en muchos casos, de perjuicios objetivados, la negligencia probatoria del litigante no podrá ser protegida por el artículo 95 del Código Penal.

"2) Queda a criterio del Juez, atendidas las circunstancias concretas de cada caso, fijar la suma indemnizatoria, sin pasar de dos mil pesos.

"3) Establecido el alcance preciso del artículo 95 del Código Penal y su aplicabilidad a la materia de indemnización de perjuicios en derecho administrativo vale la pena examinar, si basta tomar la cantidad nominal de pesos contemplados en la norma, 40 años después de su expedición, para afirmar que se mantiene la equidad en la indemnización de perjuicios, en otros términos, si tal conclusión permite decir que efectivamente se imparte un reconocimiento pleno de los perjuicios causados.

"La doctrina se ha ocupado de que el valor de la indemnización del perjuicio debe tomarse sobre el que aparezca en la fecha del fallo, es decir, teniendo en cuenta que aunque el perjuicio causado no se modifique intrínsecamente, su valor puede variar entre la fecha de causación y la fecha de la sentencia, primordialmente, por desvalorización de la moneda o pérdida de su poder adquisitivo (Mazzeaud Tunc. Responsabilidad Civil, Ejea, Buenos Aires, 1961, Tomo III, pág. 613 y ss), (Tomo IV, pág. 246. Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pág. 219).

"Y la Sala encuentra equitativo y jurídico que en materia de perjuicios en el campo extracontractual, se atienda a la desvalorización de la moneda nacional para mantener el poder reparador de la suma reconocida como indemnización, conforme lo predica la moderna doctrina sobre la materia y lo exige la equidad.

"Empero, en la aplicación del artículo 95 del Código Penal el problema más complejo.

"En efecto, el actual Código Penal fue expedido mediante la Ley 95 de 24 de abril de 1936, es decir, hace más de 40 años.

"Para tal época, el peso colombiano estaba en relación con el dólar americano en proporción de US 1.00 = $ 1.788, según datos del Banco de la República y, en realidad, dos mil pesos en aquellos tiempos, era una suma respetable, grande, permitía adquirir bienes que hoy requieren inversiones 40 ó 50 veces superiores a aquéllas. Las estadísticas sobre costo de vida, datan de 1938, y por ello hoy sería difícil establecer los términos reales del poder adquisitivo interno de los dos mil pesos de 1936 o, mejor, establecer la suma actual que tiene el poder adquisitivo de los dos mil pesos de 1936.

"Pero, existiendo la relación diaria oficial, del valor del certificado de cambio o dólar oficial, en relación con la moneda nacional, puede determinarse, por este medio, la suma que actualmente equivale a aquélla de 1936, con lo que se atiende, en gran parte, a la desvalorización interna o nominal del peso colombiano y se mantiene, hasta donde es posible, el valor externo o internacional de dicha suma descontando que no sería fácil cuantificar, a su vez, la desvalorización de la moneda norteamericana en esos 40 años.

"Conocida la relación dólar-peso en 1938, para determinar la relación actual basta la aplicación de una simple operación de regla de tres.

"Sin embargo, esta fórmula carece de todo antecedente legislativo en Colombia y su aplicación resulta poco defensable.

"Empero, conocido el valor oficial del oro, patrón monetario internacional, que en 1937 era de $ 2.00 el gramo y hoy es de $ 49.98, según datos del Banco de la República, resulta fácil deducir el valor actual de los $ 2.000.00 pesos de que habla el artículo 95 del Código Penal, en términos de equivalencia con el valor actual del oro.

"En efecto, la indemnización máxima comentada, equivalía en 1937 a 1000 gramos de oro. Hoy esos 1000 gramos de oro, al precio oficial, valen $ 49.980.00, que sería la suma total que podría reconocerse por perjuicios morales.

"Ahora bien, la referencia al oro, como patrón monetario, atendible para liquidar la indemnización de perjuicios, tiene antecedentes legales que ahora se aplicarán en este caso.

"Así el artículo 1835 del Código de Comercio fija el límite de la indemnización de daños a terceros en la superficie, por razón de las aeronaves, en distintas cantidades de gramos de oro, pero, según los casos, en forma similar a como lo hacen los artículos 1881, 1887 y 1889 del mismo estatuto para la indemnización a cargo del transportador de cosas.

"Las cifras o cantidades monetarias, incluidas en las leyes, tienen, en el momento de su expedición, un doble valor: a) El nominal en cuanto expresan una cantidad determinada de unidades monetarias; y b) El valor real, de decir, el poder adquisitivo de tales unidades monetarias en la fecha de expedición de la ley.

"Con el transcurso del tiempo, el valor nominal no se modifica, más el valor real o poder adquisitivo sufre permanentes modificaciones, en teoría, en diversas direcciones, pero en la práctica, en países subdesarrollados, siempre en continuo y permanente movimiento de desvalorización.

"Si el intérprete, no atiende en el campo de indemnización de perjuicios en materia extracontractual a tales variaciones, implícitas en la conciencia del legislador a quien hay que presumir sabio, torna la ley justa en injusta, la norma sabia en absurda y la equidad deviene en iniquidad.

"Es deber de la jurisprudencia, el desentrañar el sentido de la norma y mantenerla, mediante esfuerzos de interpretación, tan nueva y actual como lo exigen las cambiantes circunstancias sociales a que ella debe aplicarse.

"Doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, están de acuerdo en que el dolor experimentado por los padres frente a la muerte del hijo, y por la esposa frente a la muerte del cónyuge, es evidente, no requiere prueba, lo que hace plenamente viable el reconocimiento de la indemnización por el dolor, (daño moral subjetivo) sufrido por la señora AGRIPINA GONZALEZ VDA. DE CORDOBA, con ocasión de la muerte de su cónyuge FIDIBERTO CORDOBA MENA, dentro de las cifras legales, en la suma de $ 24.990.00". (Sentencia del consejo de Estado de febrero 9 de 1978, Expediente 1632, Actor: Agripina González vda. de Córdoba, Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango.

Como el demandante limitó esta pretensión a la suma de $ 50.000.00 para cada uno de sus poderdantes, se reconocerá tal suma, pues de otra manera se caería en el fallo *extra petita.*

Se reconocerán los intereses moratorios comerciales del (24%) anual, a partir del vencimiento de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y no como los pide el libelo.

Sobra decir que la Sala no tuvo en cuenta el dictamen pericial practicado en el juicio, por cuanto en relación con los perjuicios materiales tomaron factores distintos a los ya tradicionalmente reconocidos por la jurisprudencia de esta Sala y en cuanto a los morales subjetivos, rebasarán la suma impetrada en el libelo.

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

Falla:

PRIMERO: LA NACION (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL) es administrativamente responsable por los perjuicios materiales y morales subjetivados causados a la señora MARINA DEL SOCORRO VIUDA DE CARDENAS y a sus menores hijos JAIME YURI, FABIO CAMILO y VILMA AIDE CARDENAS ECHEVERRY, por razón de la muerte violenta del cónyuge y padre de tales personas, señor LUIS CARLOS CARDENAS ARBELAEZ, ocurrida el 15 de octubre de 1973 en Medellín, por miembros de las fuerzas Armadas, pertenecientes a la Cuarta Brigada con sede en Medellín.

SEGUNDO: Como consecuencia, CONDENASE a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) a pagar, las siguientes sumas de dinero:

a) A la señora Marina del Socorro Echeverry viuda de Cárdenas, mayor de edad, vecina de Medellín, con cédula de ciudadanía número 2.299.126 de Medellín, CUATRO CIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON DIEZ CENTAVOS ($ 403.359.10) moneda legal, por concepto de perjuicios materiales y morales.

b) A la menor, VILMA AIDE CARDENAS ECHEVERRY, representada por su señora madre Marina del Socorro Echeverry de Cárdenas, CIENTO NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTICINCO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS ($ 109.525.76) moneda legal, por concepto de indemnización de perjuicios materiales y morales.

c) Al menor, JAIME YURI CARDENAS ECHEVERRY, representado por su señora madre Marina del Socorro Echeverry de Cárdenas, CIENTO CATORCE MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS ($ 114.482.41) moneda legal, por concepto de indemnización de perjuicios materiales y morales.

d) Al menor, FABIO CAMILO CARDENAS ECHEVERRY, representado por su señora madre Marina del Socorro Echeverry de Cárdenas, CIENTO TREINTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA

PESOS CON VEINTITRES CENTAVOS ($ 133.980.23) moneda legal, por concepto de indemnización de perjuicios materiales y morales.

TERCERO: A partir del vencimiento de los primeros trienta (30) días contados desde la ejecutoria de esta sentencia, las sumas anteriores devengarán intereses a razón del veinticuatro por ciento (24%) anual.

Cópiese, notifíquse, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, Osvaldo Abello Noguera.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

TITULO V

CAPITULO UNICO

JUICIOS ELECTORALES

COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES DE LA CAMARA DE REPRESENTANTES. — Son diferentes de las comisiones— de "orden interno". Elección con aplicación del cuociente electoral (artículo 172 Constitución Nacional y 16 de la Ley 17 de 1970). Sistema de votación en bloque. El artículo 16 de la Ley 17 de 1970, en cuanto permite prescindir del sistema del cuociente electoral es inconstitucional. Se declaró la nulidad de la elección de las Comisiones Constitucionales Permanentes de la Cámara de Representantes, realizada por esa Corporación el 1º de agosto de 1978 en la forma como consta en el acta correspondiente a la sesión de esa fecha.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., julio dos de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 499 -Electoral. Actores: Gilberto Vieira, José Cardona Hoyos y Gustavo Osorio.

Los doctores Gilberto Vieira, José Cardona Hoyos y Gustavo Osorio, por conducto de apoderado, mediante demanda presentada el 11 de agosto de 1978, solicitan "se proceda a declarar la nulidad de la "Elección" de las Comisiones Constitucionales de la Honorable Cámara de Representantes, verificada por dicha Corporación el día 1º de agosto de 1978 y aprobada por ella según proposición Nº 18 de la misma fecha, todo ello por violación expresa y manifiesta de claros y terminantes preceptos constitucionales y legales y hechos contenidos en el acta correspondiente".

Hechos

Como fundamento de su pretensión, los demandantes relacionan los hechos que en seguida se resumen:

1º La Cámara de Representantes en su sesión correspondiente al 1º de agosto de 1978, previa verificación del quórum, debía proceder, conforme el punto quinto del orden del día, a "la elección de Comisiones Constitucionales y Legales".

2º Según relata el acta respectiva, en desarrollo de dicho punto el Secretario de la Corporación le dio lectura a la proposición Nº 18, por la cual los representantes Pablo Salazar de Heredia, Ernesto Lucena y otros postulaban algunos nombres para integrar las Comisiones Constitucionales Permanentes.

3º Después del debate que suscitó dicha propuesta, del cual da cuenta las misma acta, intervino el representante Gilberto Vieira,

quien adhirió a las protestas a que dio lugar la forma irregular como se procedía en este sentido y pidió que la votación se hiciera Comisión por Comisión. Agrega que el orador inscribió una lista de candidatos a las Comisiones Constitucionales, la que fue firmada por los representantes Vieira, José Cardona Hoyos, Mario Montoya, Gustavo Osorio y Alvaro Bernal Segura.

4º De acuerdo con la Constitución, la ley y la secuencia misma de los hechos, debió procederse a la votación con base en las listas inscritas, que eran dos, "comisión por comisión, nombrándose escrutadores, contando los votos emitidos y adjudicando las posiciones de acuerdo al resultado, según el cuociente electoral, como es la obligación hacerlo".

5º No se procedió de la anterior manera, sino que simplemente, como refiere el acta, "la Presidencia declaró cerrada la discusión (?) y somete a votación la proposición original Nº 18 presentada por la comisión coordinadora y la aditiva Nº 20 del r. Sedano y la corporación las aprueba" (el signo de interrogación es de los demandantes).

6º "Como se ve una flagrante violación de la ley, la Constitución y la equidad: la Cámara no puede elegir Comisiones en bloque ni por proposición ni prescindiendo de las listas inscritas".

Disposiciones violadas y concepto de la violación

Las normas estimadas como infringidas aparecen citadas en el capítulo de la demanda titulado "RAZONES JURIDICAS", que es del siguiente tenor:

"a. Por mandato del artículo 72 de la Constitución Nacional, cada Cámara elige las Comisiones permanentes que le corresponden según la ley y consecuencialmente éstas tienen origen Constitucional y cumplen funciones inherentes a la vida misma del Congreso de la República.

"b. Igualmente el artículo 172 de la misma Constitución determina que en toda elección de dos o más personas, bien sea popular o en Corporaciones Públicas debe emplearse el sistema de cuociente electoral y los puestos respectivos proveerse en proporción a dicho cuociente. A FIN DE ASEGURAR LA REPRESENTACION PROPORCIONAL DE LOS PARTIDOS POLITICOS.

"c. En desarrollo de estos principios Constitucionales las Leyes 7ª de 1945 y 19 de 1963 determinan el Nº objetivos y composición de las Comisiones Permanentes y el Artículo 4º de la primera de ellas señala que serán elegidas en la semana siguiente a la instalación de las Cámaras e indica que 'la elección se hará por el sistema del cuociente electoral, previa inscripción de listas'.

"d. De acuerdo al mandato del artículo 204 del Código Contencioso Administrativo 'es nula toda elección, ya se haga popularmente o por una Corporación Pública, cuando los votos emitidos en ella se computen con violación del sistema electoral vigente, adoptado por la ley' ".

El concepto de la violación se expresa, sintéticamente, en los siguientes términos:

"La simple comparación de los hechos relacionados con las normas transcritas, hacen ver claramente los conceptos de violación cometidos: se prescindió del ordenamiento jurídico y legal para esta clase de elecciones; se violaron las normas del cuociente electoral; no se tuvo en cuenta la inscripción de listas y en la forma como se procedió se pretermitieron todas las regulaciones propias de esta clase de actos, sobreviniendo así una nulidad absoluta y conformándose una mostruosidad jurídica".

El libelo contiene el capítulo denominado "CONSIDERACIONES POLITICAS", que dice:

"Se dirá que no viene al caso en esta clase de demandas. Pero hay que recordar que el Parlamento cumple una función política: actúa con miras políticas; tiene su razón de ser en la política y nuestra Constitución, es una Constitución política y por eso ordena que TODOS LOS PARTIDOS POLITICOS TENGAN REPRESENTACIONES EN LAS CORPORACIONES PUBLICAS Y SUS ORGANISMOS.

"La violación que se ha hecho no sólo es de carácter jurídico sino político, porque nosotros representamos las fuerzas de oposición y tenemos necesidad y derecho a formar parte de las comisiones I, III, V y VII de la Cámara que tienen que ver con las reformas legales, las cuestiones económicas y la realidad social y poder así expresar nuestros puntos de vista, nuestras concepciones políticas y las soluciones que le planteamos al pueblo colombiano.

"Tan vital es esto que en la pasada legislatura los conceptos, los análisis y la disección que las fuerzas opositoras hicieron en la reforma electoral y de la convocatoria de una asamblea constituyente, obtuvieron primero sustanciales cambios y luego la declaratoria de nulidad por la Corte Suprema de Justicia, en razón de vicios de procedimiento, por haber sido atropellados nuestros derechos y las normas que regulan la aprobación de actos como éstos.

"De ahí que recurramos ante H. Consejo de Estado para pedir la nulidad impetrada y el restablecimiento de un derecho, violado jurídicamente por razones claramente políticas".

Pruebas

Con la demanda se allegaron las siguientes:

1. Un ejemplar de Anales del Congreso, debidamente autenticado, correspondiente al día miércoles 9 de agosto de 1978, en el que aparece publicada el acta de la sesión de la Cámara de Representantes celebrada el 1º de los mismos mes y año, en la que fueron elegidas sus comisiones constitucionales permanentes.

2. Un "cassette" que contiene la intervención del representante Gilberto Vieira en la mencionada sesión de la Cámara.

3. La constancia que individualmente dejó el representante Vieira y la que el mismo presentó en asocio de los representantes José Cardona Hoyos Osorio, en las que afirman que dada la manera como se realizó la elección de las Comisiones Constitucionales de la Cámara, ella adolece de vicios constitucionales y legales que determinan su nulidad.

Expresamente se solicitó en la demanda que el Consejo de Estado le pidiera a la Cámara el envío de copias de actas y de grabaciones, lo que posteriormente, durante la fijación en lista, fue reiterado, extendiéndolo a otras copias y a una certificación jurada del señor Presidente de la Cámara de Representantes, al tenor del interrogatorio que al efecto se formuló.

Debe comentarse que la Cámara de Representantes le dio cabal y pronto cumplimiento a la petición de las pruebas, las cuales obran en cuaderno separado, en forma que el presente proceso no registra ninguna deficiencia en esa materia.

Incidencias del proceso

A) *La suspensión provisional pedida.* Conjuntamente con la nulidad demandada los actores incoaron la suspensión provisional de la elección, invocando al efecto el artículo 7º de la Ley 12 de 1945. A esta medida cautelar no accedió la Sala Unitaria porque el ordinal 1º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo establece que en los juicios de naturaleza electoral no hay lugar a ella, y porque la disposición en que se apoyaron se refiere específicamente a las acciones de nulidad que se promuevan contra las elecciones o nombramientos que hagan los funcionarios judiciales o el Ministerio Público y que recaigan en parientes de ellos o de quienes han participado en la elección o nombramiento de los nominadores. Al resolver la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del recurso de súplica interpuesto contra esa negativa, encontró que fue interpuesto extemporáneamente y, por tanto, se abstuvo de conocer de él.

B) *Nulidad procesal de incompetencia de jurisdicción.* La Cámara de Representantes, por medio de su Presidente, se constituyó en parte impugnadora y pidió que se declarara la nulidad procesal de incompetencia de jurisdicción, la cual fue negada por considerar que como lo demandado en este proceso es la elección de las Comisiones Constitucionales Permanentes, que se diferencian de las comisiones de "orden interno", según la denominación que les da el artículo 182 de la Ley 85 de 1916, el Consejo de Estado, por mandato del inciso 1º del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el inciso 2º del artículo 189 del mismo Código, tiene competencia para conocer de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por las Cámaras.

El alegato de la parte impugnadora

El apoderado de la Cámara de Representantes presentó un extenso alegato, el que contiene las siguientes conclusiones:

"1ª) El procedimiento para la elección de Comisiones del Congreso está contenido en los artículos 72 y 172 de la Constitución; en los artículos 4º y 5º de la Ley 7ª de 1945 y en los artículos 16, 17 y 19 de la Ley 17 de 1970. Estas normas determinan dicha elección ya por el sistema del cuociente electoral mediante la inscripción de listas, o del acuerdo de los partidos mediante la votación en bloque de todas las Comisiones o de parte de ellas.

"2ª) En el caso de autos, los representantes Pablo Salazar de Heredia, Ernesto Lucena Quevedo, Hernando Turbay Turbay, Oscar Martínez Salazar e Ignacio Valencia López propusieron la elección en bloque de las ocho Comisiones Constitucionales y para ello alegaron su condición de Miembros de las Comisiones Coordinadoras de los partidos políticos". Como al expediente no se ha acompañado la prueba de cuántos partidos políticos están representados en la Cámara, ni mucho menos sus nombres, la aprobación de la proposición Nº 18 por 136 votos afirmativos contra ninguno negativo, como se lee en el acta de la sesión del 1º de agosto de 1978, publicada en el Nº 13 de los Anales del Congreso, hace presumir legalmente que tales representantes tenían la vocería de la totalidad de los partidos allí representados, estimados de manera global y en abstracto.

"3ª) Los representantes Gilberto Vieira, José Cardona Hoyos, Mario Montoya H., Gustavo Osorio y Alvaro Bernal Segura, al inscribir sus candidatos, no invalidaron la anterior presunción, puesto que en tal inscripción no se expresó el partido a que pertenecían ellos y los candidatos. De este modo jamás hubiera podido darse aplicación a las normas sobre cuociente electoral, puesto que éstas exigen la identificación política de los candidatos y de los inscriptores. Es obvio que aquéllos han de pertenecer a algún partido político, ya que sólo en esa condición fueron elegidos pero, no lo demostraron ni individual ni conjuntamente.....".

"4ª) A lo anterior debe agregarse el hecho de que de haberse cumplido dicho requisito, la Presidencia hubiera tenido que rechazar tal inscripción, puesto que los mencionados candidatos ya habían sido inscritos para integrar otras Comisiones, lo cual prohíbe expresamente el artículo 5º de la Ley 7ª de 1945. En consecuencia, al no darle trámite a la mencionada lista, en forma implícita cumplió la invocada norma.

"5ª) Los representantes Gilberto Vieira, José Cardona Hoyos, Mario Montoya H., Gustavo Osorio y Alvaro Bernal Segura, al ser elegidos para las Comisiones de que habla la proposición Nº 18, estaban en la obligación de aceptar, pues así lo determinan los artículos 5º de la Ley 7ª de 1945 y 19 de la Ley 17 de 1970.

"6ª) Como por la lista de candidatos inscritos por los congresistas mencionados en el punto anterior, no eran ellos mismos, no emitió ningún voto, el Consejo de Estado estaría imposibilitado para ordenar un nuevo escrutinio y determinar las nuevas Comisiones. Inclusive, tampoco se podría anular dicha elección y ordenar la elección de otras, pues la época señalada por la ley para ello precluyó.

"7ª) Como al proceso no se ha aportado la prueba de cuáles partidos están representados en la Cámara de Representantes, se presume que los autores de la proposición Nº 18 los representaban a todos, por lo cual el Consejo de Estado debe rechazar las pretensiones de la demanda,.....".

El concepto del ministerio público

El Fiscal Tercero de esta Corporación, doctor Carmelo Martínez Conn, en su vista de fondo se declara partidario de que se acceda a la nulidad de la elección demandada. Sobre el particular expresa:

"Consagra nuestro derecho público, el sistema del cuociente electoral cuando se vaya a votar por dos o más individuos en elección popular o en una corporación pública, 'para asegurar la representación proporcional de los partidos', con la sola excepción, prevista en la ley cuando se vayan a designar miembros de las Comisiones Constitucionales 'Permanentes', no de las otras, de que 'todos los partidos o sectores políticos representados en la respectiva Cámara', o 'de parte de ellas', caso en el cual se podrá votar en bloque.

"Igualmente cuando se reemplaza a un miembro de una comisión, bastará una proposición aprobada por la Cámara respectiva con el asentimiento del reemplazado. De suerte, concluye la Fiscalía, sin mayor esfuerzo, que cuando se trata de la elección o escogencia de los miembros que deben integrar las comisiones permanentes de las Cámaras, sino hay acuerdo entre los distintos partidos o grupos políticos representados en la respectiva Cámara, debe darse aplicación al sistema de cuociente electoral. Naturalmente, que si se trata de la escogencia de miembros para cualesquiera de las restantes comisiones, entonces, no tiene operancia el sistema del cuociente electoral y la demanda que se presente para obtener la anulación de la misma, le es aplicable la excepción de falta de competencia del Consejo de Estado, por tratarse, entonces sí, de una comisión para el orden interno de la respectiva Cámara, y en este caso especial es a la misma Corporación a la que compete declarar la nulidad de la designación conforme al artículo 192, parágrafo único del Código Contencioso Administrativo.

"Sin embargo, la Fiscalía aclara que no es que conforme a la ley, a cada Senador o Representante deba ubicársele en la comisión que él quiera, pues si así fuera, todo el congreso o casi todo, estaría en la Comisión de Presupuesto o en la del Plan, sino que es la respectiva Cámara la que señala, por mayoría en caso de desacuerdo, el sitio desde el cual cada representante o Senador debe contribuir al trabajo de la Corporación. Así mismo y sea ésta la oportunidad para contestar el argumento de la demanda en el sentido de que los Representantes Vieira, Montoya, Bernal Segura, Osorio y Cardona Hoyos, requerían formar parte de las Comisiones para los cuales se inscribió sus nombres para desde allí exponer sus tesis políticas económicas y sociales sobre la realidad Nacional y las soluciones económicas y sociales sobre la realidad Nacional y las soluciones de tales problemas, porque todos los miembros del Congreso tienen derecho a ser oídos en los debates de las distintas comisiones pertenezcan o nó a dichas comisiones, se les desconozca el derecho a expresar sus ideas.

"Por lo cual es de concluir que en el caso *sub judice,* el error de la Presidencia de la H. Cámara de Representantes estuvo en no haber abierto la votación dado que habían dos listas inscritas y dar aplicación al principio constitucional del cuociente electoral por tratarse de una elección de más de dos miembros, principio que es la sustancia del sistema democrático bajo el cual vivimos....".

Consideraciones de la Sala

La excepción alegada

La Cámara de Representantes propuso como excepción la que denominó "falta de jurisdicción o competencia" y alegó el mismo hecho

como causal de nulidad, presentándolo como "incompetencia de jurisdicción".

No es el caso de entrar a decidir en esta sentencia la "excepción" invocada por la impugnadora, en atención a que lo que realmente se alegó fue una causal de nulidad, ya resuelta negativamente en el proceso, por medio del auto de 12 de marzo del año en curso.

La Cámara deriva dicho medio de defensa del Parágrafo del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el artículo 182 de la Ley 85 de 1916, que está incorporado en el citado Parágrafo y conforme al cual "cuando la elección se refiera a comisiones de la misma corporación para su orden interno, es la misma corporación quien puede declarar la nulidad".

Como se expresó en la providencia que desechó la nulidad, las Comisiones Permanentes fueron creadas por el artículo 72 de la Carta son elegibles por cada Cámara para períodos no menores de dos años y se ocupan de tramitar en primer debate los proyectos de ley. Además, dicho precepto dispone que "Salvo lo especialmente previsto en la Constitución, la ley determinará el número de Comisiones Permanentes y el de sus miembros, lo mismo que las materias de que cada una deberá ocuparse".

En desarrollo de este canon constitucional, la Ley 17 de 1970, que es el actual estatuto sobre la materia, por su artículo 6º estableció que en cada una de las Cámaras deberán funcionar ocho Comisiones Constitucionales Permanentes, y por medio de los artículos siguientes creó y determinó las funciones de las Comisiones de la Mesa, de Credenciales y de Justicia y de las Comisiones Accidentales, entre otras.

El examen de las anteriores normas permite deducir que las Comisiones Constitucionales permanentes de ambas Cámaras son diferentes de las otras Comisiones, las denominadas de "orden interno", por su origen, período, manera de integración y atribuciones.

Ahora bien, como lo demandado en este proceso es la nulidad de la elección de las Comisiones Permanentes hecha por la Cámara de Representantes el 1º de agosto de 1978, mediante la aprobación de la Proposición Nº 18 de esa fecha, y como según lo explicado aquéllas se diferencian y distinguen de las de simple "orden interno", se concluye que el conocimiento de la presente acción corresponde a esta Jurisdicción, concretamente al Consejo de Estado, en virtud del inciso 1º del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo.

De otra parte, la Sala considera que en el supuesto de que fuese fundada esta defensa, no habría sido una excepción, entendida como un hecho que se opone a lo sustancial de la acción, sino una carencia de competencia, que hubiera implicado una decisión inhibitoria.

La cuestión de fondo

Se hace menester ver someramente el contenido de las disposiciones estimadas como violadas, a saber:

a) El artículo 72 de la Constitución, ya transcrito y comentado en el aparte que antecede.

b) El artículo 172 de la misma, que dice:

"A fin de asegurar la representación proporcional los partidos, cuando se vote por dos o más individuos en elección popular o en una Corporación Pública, se empleará el sistema del cuociente electoral.

"El cuociente será el número que resulte de dividir el total de votos válidos por el de puestos por proveer.

".....".

"La adjudicación de puestos a cada lista se hará en proporción a las veces que el cuociente quepa en el respectivo número de votos válidos.

"Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los residuos, en orden descendente".

c) El artículo 16 de la Ley 17 de 1970, según el cual "las Comisiones Permanentes se elegirán por el sistema del cuociente electoral, previa inscripción de listas", y que agrega: "Con todo, *si los partidos o sectores políticos* representados en la respectiva Cámara se pone de acuerdo en una lista total de las Comisiones, o de parte de ellas, ésta podrá ser votada en bloque....." (subraya la Sala).

d) El artículo 204, del Código Contencioso Administrativo, que expresa: "Es nula toda elección, ya se haga popularmente o por una corporación pública, cuando los votos emitidos en ella se computen con violación del sistema electoral adoptado por la ley".

Es innegable que en el caso *sub judice* se trataba de elegir más de dos personas, pues conforme al artículo 6º de la Ley 17 de 1970 las distintas Comisiones Constitucionales Permanente de la Cámara de Representantes están compuestas, cuando menos, por 14 miembros. Luego debió aplicarse el sistema del cuociente electoral. De este modo, por mandato expreso del artículo 16 de la misma ley, esas comisiones debieron elegirse no solamente con aplicación del aludido sistema sino también con sujeción a las listas previamente inscritas.

Con respecto a la inscripción de las listas se tiene, según consta en las páginas 190 a 192 del ejemplar de Anales del Congreso que obra en el expediente, que los representantes Pablo Salazar de Heredia, Ignacio Valencia López, Hernando Turbay Turbay, Oscar Martínez Salazar y Ernesto Lucena, aduciendo la condición de miembros de las Comisiones Coordinadoras de los partidos políticos, propusieron para las Comisiones en referencia, en bloque, a los representantes cuyos nombres figuran en las listas presentadas para integrar todas las Comisiones. A su turno, consta también que el representante Gilberto Vieira inscribió una lista de candidatos para las Comisiones Primera, Tercera, Quinta y Séptima, de la que figuran como proponentes, además del citado Vieira, los representantes José Cardona Hoyos, Mario Montoya H., Gustavo Osorio y Alvaro Bernal Segura.

Corolario de lo anterior es que en la elección acusada hubo dos listas y que, por consiguiente, en cuanto a este aspecto, se satisfizo el requisito reclamado por los artículos 172 —inciso 4º— de la Constitución y 16 de la Ley 17 de 1970. Mas estos preceptos no fueron observados porque la elección se hizo sin aplicación del cuociente elec-

toral, pues como en este sentido lo anota el Fiscal colaborador, "el error de la Presidencia de la H. Cámara de Representantes estuvo en no haber abierto la votación dado que habían dos listas inscritas y dar aplicación al principio constitucional del cuociente electoral por tratarse de una elección de más de dos miembros.....".

Resta examinar si en el caso *sub lite* se podía votar por una lista total de las Comisiones, por mediar acuerdo de los partidos o sectores políticos que había en la Cámara en la fecha de la elección.

Para que se *admita la votación en bloque, el artículo* 16 *de la Ley* 17 *de* 1970 *condiciona* el hecho a que "los partidos o sectores políticos representados en la respectiva Cámara" se pongan de acuerdo en una lista total de las Comisiones. Y ese acuerdo, ese consenso, no se registró el 1º de agosto de 1978 cuando la Cámara realizó la elección demandada. Evidentemente, hubo dos listas, como se ha expuesto, y el sector político que en esa ocasión tuvo como vocero al representante Vieira solicitó que la elección se hiciera de manera separada, esto es, Comisión por Comisión, y se opuso a la votación en forma conjunta, llegando hasta presentar listas de candidatos. Luego lo procedente era aplicar el sistema del cuociente electoral.

El grupo de parlamentarios que suscribió la lista disidente constituía en la fecha de la elección un sector político de la Cámara. Era una fracción de un partido o un sector político independiente, que representaba una opinión política, así fuera minoritaria. Por este motivo, si se trataba de ponerse "de acuerdo en una lista total de las Comisiones", para que pudiera ser votada en bloque era necesario contar con ese sector político. Consiguientemente, al faltar el acuerdo pleno, no podía haber votación en bloque.

Además, *el artículo* 16 *de la Ley* 17 *de* 1970, *en cuanto permite prescindir del sistema del cuociente electoral, es inconstitucional* porque el artículo 172 de la Carta prescribe que las elecciones de más de dos personas, como en el caso de autos, se deben efectuar, sin excepción alguna, por el mencionado sistema.

La conclusión final es la de que la Cámara de Representantes, contrariando los artículos 172 de la Carta Política y 204 del Código Contencioso Administrativo, hizo el 1º de agosto de 1978 la elección de sus Comisiones Constitucionales Permanentes sin emplear el sistema del cuociente electoral, el cual tiene por finalidad asegurar la representación proporcional de los partidos, tanto en las elecciones populares como en las que verifiquen las Corporaciones Públicas, en aras de la democracia representativa y, desde luego, de los derechos de las minorías.

Conviene advertir que el acta de la sesión de la Cámara de Representantes correspondiente al 1º de agosto de 1978 fue aprobada por la misma en su sesión siguiente (Anales del Congreso, Nº 16, Cuaderno 2, folio 138).

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, de acuerdo con el concepto fiscal,

Falla:

Primero. Declárase la nulidad de la elección de las Comisiones Constitucionales Permanentes de la Cámara de Representantes, realizada por esa Corporación el día 1º de agosto de 1978, en la forma como consta en el acta correspondiente a la sesión de esa fecha, publicada en "Anales del Congreso", correspondiente al 9 de los mismos.

Segundo. Comuníquese esta decisión al señor Presidente de la Cámara de Representantes, mediante copia auténtica.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecinueve de junio de mil novecientos setenta y nueve.

Jorge Dávila Hernández, (presidente); *Osvaldo Abello Noguera, Aydeé Anzola Linares,* (no asistió); *Alfonso Arango Henao, Carlos Betancur Jaramillo, Alfonso Angel de la Torre, Samuel Buitrago Hurtado, Jorge Dangond Flórez, Carlos Galindo Pinilla,* (no asistió); *Miguel Lleras Pizarro,* (no asistió); *Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Bernardo Ortiz Amaya, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada,* (no asistió); *Jorge Valencia Arango,* (no asistió);

Mauricio Torres Cuervo, Secretario.

ELECTORALES. CONCEJOS MUNICIPALES. — Elecciones efectuadas antes de haber terminado los tres días completos de que habla el artículo 2º del Decreto 49 de 1932 y antes de los 30 días inmediatamente anteriores a la fecha en que las personas favorecidas deban entrar a desempeñar el cargo (Ley 5ª de 1929 artículo 5º) son nulas.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.
Bogotá, D. E., agosto veintitrés de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 535 -Electoral. Actor: Alvaro Lima Cubillos

En ejercicio de la acción electoral, el ciudadano Alvaro Lima Cubillos solicitó al Tribunal Administrativo del César la declaración de nulidad de la elección que hizo el Concejo de Chimichagua, en su sesión del 4 de noviembre de 1978, para proveer los cargos de Personero, Tesorero y Contralor Municipales, para el período del 1º de enero al 31 de diciembre de 1979, recaída en los señores Adalberto Pineda Palomino, Jaime Sajonero Payares y Próspero Lima Flórez, respectivamente.

Relata el demandante, a manera de hechos, que el citado Concejo no fijó claramente en la sesión ordinaria inaugural del 1º de noviembre de 1978 el día y la hora para la elección de tales funcionarios y que, no obstante, el 4 de los mismos procedió a efectuarla. Agrega, como razón fundamental de su petición, que el Concejo hizo la referida elección antes de los treinta días inmediatamente anteriores a la fecha en que las personas designadas deban principiar a ejercer sus respectivos cargos.

Como disposiciones violadas el actor señala los artículos 5º de la Ley 5ª de 1929 y 2º del Decreto 49 de 1932, reglamentario —entre otras— de la anterior ley, y al expresar el concepto de la transgresión afirma que los Concejos Municipales no pueden hacer la elección de los funcionarios que les corresponde designar, sino después de haber fijado día y hora para ello, por lo menos con tres días completos de anticipación y mediante proposición aprobada por la misma Corporación, y que en el caso de autos el Consejo de Chimichagua no cumplió ese requisito, pues no precisó el día y la hora para efectuar la elección. De otra parte, dice que la elección se realizó contrariando el artículo 5º de la Ley 5ª de 1929, por haberse llevado a cabo antes de los treinta días inmediatamente anteriores a la fecha en que las personas favorecidas deban entrar a desempeñar el cargo y advierte que la contravención a esta disposición vicia de nulidad la elección.

El Tribunal del Cesar accedió a la declaración de nulidad pedida, mediante sentencia de 7 de marzo del año en curso, contra la cual

las personas afectadas, quienes por conducto de apoderado se constituyeron en impugnadoras, interpusieron en oportunidad legal el recurso de apelación, el que la Sala procede a resolver.

La segunda instancia se tramitó en debida forma y durante ella emitió concepto el señor Fiscal Segundo de la Corporación, quien opina que la sentencia recurrida debe ser confirmada.

Consideraciones

Obran en el plenario copias autenticadas de las actas de las sesiones del Concejo Municipal de Chimichagua, celebradas el 1º y el 4º de noviembre de 1978. En la correspondiente a la sesión del 1º de los mismos, consta que se inició a las cinco de la tarde y que en ella fue aprobada la proposición presentada por el Concejal Néstor Trespalacios, por la cual se fijó el día 4 de dichos mes y año, a las "nueve de la mañana o subsiguientes", para la elección de Personero, Tesorero y Contralor Municipales para el período de 1979, y que "Terminado el orden del día se levanta la sesión hasta la fecha fijada, siendo más o menos las nueve de la noche". A su turno, el acta de la sesión del 4 de noviembre da cuenta de que comenzó a las doce del día y que durante ésta se verificó la elección para cada uno de los citados cargos, en forma separada, habiendo terminado a las tres de la tarde, más o menos.

Es un hecho cierto que el Concejo hizo la elección acusada antes de haber terminado los tres días completos de que habla el artículo 2º del Decreto 49 de 1932.

A esta conclusión lleva la simple lectura de las dos actas, pues mientras la del 1º de noviembre dice que la sesión se inició a las 5 de la tarde y que terminó a las 9 de la noche, la del 4 de ese mes expresa que comenzó a las 12 del día y que se levantó a las 3 de la tarde del mismo, lo cual denota que por sí solo que no alcanzaron a correr los tres días completos, es decir, 72 horas. Esto si se tiene presente la hora en que se principió la sesión del Concejo de 1º de noviembre. Y lo mismo sucede si las cuentas se hacen a partir de las nueve de la noche del mismo día, en la que se levantó la sesión, hasta las doce del día o las tres de la tarde del 4 de noviembre, horas en que —en su orden— se inició y terminó la reunión. Todo lo anterior conforme al artículo 59 del C. R. P. y M., según el cual "se entiende por día el espacio de veinticuatro horas" ya que el artículo 2º del Decreto 49 de 1932 reclama "tres días completos".

En consecuencia, prospera el cargo de violación de la disposición que se acaba de citar.

Mucho más claro es el cargo relacionado con la infracción del artículo 5º de la Ley 5ª de 1929, pues si los períodos de los empleos comenzaban el 1º de enero de 1979, la respectiva elección no podía hacerse sino dentro de los treinta días inmediatamente anteriores. Y, como se ha visto, en el caso de autos ella se realizó el 4 de noviembre, esto es, con 58 días de antelación, lo cual determina por sí mismo la nulidad de las elecciones demandadas.

Por tanto, las elecciones efectuadas por el Concejo de Chimichagua están afectadas de doble motivo de nulidad, por lo cual es pertinente confirmar la sentencia recurrida.

Resta manifestar que si bien la demanda presentada no se ajusta por entero a la técnica jurídica, en el fondo satisface los requisitos de la ley y, además, formula cargos contra las elecciones cuestionadas, que han tenido comprobación en el proceso.

Por lo expuesto, 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, de acuerdo con el concepto fiscal,

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha veintidos de agosto de mil novecientos setenta y nueve.

Jorge Dávila Hernández, (presidente); *Osvaldo Abello Noguera, Aydeé Anzola Linares, Alfonso Angel de la Torre, Alfonso Arango Henao*, (no asistió); *Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado*, (no asistió); *Carlos Galindo Pinilla*, (no asistió); *Jorge Dangond Flórez*, (no asistió); *Enrique Low Murtra, Alvaro Orejuela Gómez*, (no asistió); *Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Bernardo Ortiz Amaya, Ignacio Reyes Posada, Jorge Valencia Arango*, (no asistió).

Mauricio Torres Cuervo, Secretario.

ELECTORALES. CIUDADANIA. — La pérdida o suspensión de la ciudadanía sólo se produce "en virtud de decisión judicial", en los casos que determinen las leyes.

REQUISITOS PARA SER SENADOR. — El artículo 94 de la Carta no especifica si el ejercicio de los cargos allí enumerados debe ser en propiedad, interinidad o encargo, y donde la norma no distingue no le es dable hacerlo al intérprete.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., septiembre once de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 435 Electoral. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.

El ciudadano LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, demanda la nulidad de los actos de elección proferidos por los señores Delegados de la Honorable Corte Electoral para la circunscripción electoral del Tolima, insertos en el acta general de escrutinios iniciada el día 12 de marzo de 1978, a saber:

a) El del doctor Alberto Santofimio Botero, como Senador de la República por la circunscripción electoral del Tolima, para el período constitucional de 1978 a 1982, con carácter de principal y por la lista que él encabezó en los comicios electorales del 26 de febrero de 1978;

b) El del doctor Gregorio Rudas Chinchilla, como Senador de la República por la circunscripción electoral del Tolima, con carácter de suplente y por la lista que encabezó el doctor Alberto Santofimio Botero en los comicios electorales del 26 de febrero de 1978;

c) El doctor Augusto Trujillo Muñoz, como Senador de la República por la circunscripción electoral del Tolima, con carácter de suplente y por la lista que encabezó el el doctor Alberto Santofimio Botero en los mismos comicios. Que como consecuencia de las declaraciones de nulidad se decreta la cancelación de las respectivas credenciales y se comunique la sentencia a las autoridades que correspondan.

El actor indica los hechos en que fundamenta la demanda entre los cuales el tercero dice así:

"3º) *Los doctores Alberto Santofimio Botero, Gregorio Rudas Chinchilla y Augusto Trujillo Muñoz, tanto el día de elecciones* —26 *de febrero de* 1978— *como los días de la declaración de elección* —12 *y* 13 *de marzo de* 1978— *eran inelegibles para el cargo de senadores de la república, por las siguientes razones particulares:*".

"a) El doctor Alberto Santofimio Botero *NO* era —ni es— ciudadano en ejercicio, por haberse dictado en su contra auto de detención por los delitos de peculado y falsedad en documentos públicos".

"b) Los doctores Gregorio Rudas Chinchilla y Augusto Trujillo Muñoz, *NO* han desempeñado el cargo de Presidente de la República, Designado, miembro del Congreso, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Jefe de Misión Diplomática, Gobernador de Departamento, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de Tribunal Superior o Contencioso Administrativo, Procurador General de la Nación o Contralor General de la República. Tampoco han sido profesores universitarios 'por cinco años a lo menos', ni han ejercido 'por un tiempo no menor de cinco años' su profesión de abogados".

En la demanda se indican las normas violadas y el concepto de la violación y se solicita la práctica de pruebas.

Dicha demanda fue presentada personalmente por el actor ante el Juez Primero Civil del Circuito de Ibagué, quién oportunamente la remitió a esta Corporación.

Antes de ser admitida la demanda el señor Tony López Oyuela, obrando en su propio nombre, se hizo parte para impugnarla, solicitando el rechazo del libelo por tres razones fundamentales a saber, porque el actor dirigió la demanda a los "Señores Miembros de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera. E.S.D." y no a la Sala Plena, sin que el reparto que se hizo en esta pueda subsanar tal deficiencia, porque el libelo fue presentado al Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué y no ante el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, que a juicio del impugnante es el mayor en categoría de esa ciudad, y, finalmente, por haberse solicitado en la demanda la nulidad de los actos de elección que en ella se enumeran y nó las declaratorias de elección, como lo prescribe el artículo 206 del Código Contencioso Administrativo. El impugnante confirió poder especial para que lo representara en esta acción al doctor J. Clímaco Giraldo Gómez.

Por auto de 11 de abril de 1978 el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, desechando las dos primeras tachas formuladas por el impugnador al libelo respectivo y remitiendo a la sentencia definitiva la decisión sobre el tercero de los cargos formulados. No obstante reconocer que este tipo de acciones no constituye un contencioso interpartes, en el auto de admisión de la demanda se ordenó la notificación personal de los doctores Alberto Santofimio Botero, Gregorio Rudas Chinchilla y Augusto Trujillo Muñoz, diligencias que se cumplieron en la ciudad de Bogotá para los doctores Santofimio y Rudas y en la ciudad de Ibagué, por conducto del Tribunal Administrativo del Tolima, para el doctor Trujillo Muñoz. Los notificados otorgaron igualmente poderes al doctor J. Clímaco Giraldo Gómez para que impugnara la demanda y los representara en el presente juicio.

Abierto el proceso a prueba se decretaron y practicaron las conducentes solicitadas por ambas partes, y corrido traslado a éstas se

recibió el alegato formulado por el representante de la parte impugnadora. La señora Fiscal Segunda rindió su concepto de fondo que concluye solicitando no acceder a las súplicas de la demanda.

Surtido en consecuencia el trámite legal de esta clase de juicios y no encontrándose vicios que puedan anular la actuación, ha llegado el momento de pronunciar sentencia de mérito, lo que se hace previas las siguientes

Consideraciones

En el alegato del señor apoderado de la parte impugnadora se propone en primer término la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda con base en los mismos argumentos que había formulado el impugnador antes de la admisión de la demanda, a saber: a) que la demanda no fue legalmente presentada; b) que la demanda no está dirigida al Tribunal competente y c) que el actor demandó en nulidad unos actos de elección popular, no obstante que éstos no son los acusables sino los de declaratoria de elección proferidos por las Corporaciones escrutadoras.

Los dos primeros cargos fueron estudiados y decididos en el auto de admisión de la demanda, providencia que se encuentra ejecutoriada y, en consecuencia, no es del caso volver sobre ellos.

Se ocupa la Sala entonces del tercero de los cargos de ineptitud sustantiva de la demanda.

Con base en que el actor solicita textualmente la declaratoria de "que son nulos los siguientes actos de elección proferidos por los señores Delegados de la H. Corte Electoral para la circunscripción electoral del Tolima, insertos en el acta general de escrutinios iniciada el día 12 de marzo de 1978 y suscrita el día siguiente" referentes a los doctores Alberto Santofimio Botero, Gregorio Rudas Chinchilla y Augusto Trujillo Muñoz, el primero como principal y los siguientes como suplentes de la misma lista, el señor apoderado de la parte impugnadora fundamenta el cargo en los siguientes términos:

"Es, pues, clara, expresa e inequívoca la pretensión del demandante, como se advierte de la transcripción precedente, que lo que él solicita a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es que sean declarados nulos LOS ACTOS DE ELECCION que él identifica en su petición primera. Sin embargo ninguna norma legal vigente tiene previsto que los actos de elección popular sean acusables o enjuiciables como tales ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

"A este respecto es diáfana y perentoria la exigencia procesal del artículo 206 del Código Contencioso Administrativo, cuando ordena al acusador que 'Para obtener la nulidad de una elección o de un registro electoral o acta de escrutinio DEBERA DEMANDARSE PRECISAMENTE EL ACTO POR MEDIO DEL CUAL LA ELECCION SE DECLARA, ... (Mayúsculas mías)".

"Habiendo, por lo tanto, impugnado el señor Martínez Sendoya, como ya se vio, solamente los ACTOS DE ELECCION de los doctores

Alberto Santofimio Botero, Gregorio Rudas Ch. y Augusto Trujillo como Senadores de la República, y no los ACTOS DE DECLARATORIA DE ELECCION de éstos como era lo procedente según la ley, no puede el Juez Supremo de lo Contencioso Administrativo, cuya competencia es rogada y no oficiosa, pronunciarse sobre materia distinta de la pedida, sin usurpar jurisdicción".

"De lo anterior se infiere, igualmente, que, al demandar lo no demandable el cuidadano actor faltó a la obligación procesal de identificar en debida forma "EL ACTO QUE ACUSA", o sea, que el contenido de la demanda tampoco se ciñe a lo que sobre el particular y en forma expresa dispone el artículo 210 del Código Contencioso Administrativo, especialmente en su literal a) en consonancia con el mismo literal del artículo 84 *ibídem*".

Para la Sala la argumentación anterior se resiente de atenerse más o lo literal de la norma que al espíritu de la misma. En efecto, el acto de elección y la declaratoria de la misma se cumplen en un mismo proceso y como consecuencia ineludible ésta de aquel. En consecuencia al demandarse los actos de elección proferidos por los señores delegados de la H. Corte Electoral para la circunscripción electoral del Tolima, insertos en el acta general de escrutinios iniciada el día 12 de marzo, se está identificando en forma inequívoca el acto final de elección y la consecuente declaratoria de elección, contenidos en la misma acta. Lo que la norma del artículo 206 del Código Contencioso Administrativo busca es evitar que se demanden actos intermedios como los escrutinios municipales o sus registros sin pedir la anulación de la declaratoria de elección. En la demanda que se estudia no sólo se identifica el acto de elección y su declaratoria, sino que ello se ratifica en varios pasajes del libelo en donde el actor hace expresa referencia a la nulidad de la declaratoria de elección, de suerte que para la Sala es incuestionable que la demanda se dirige no sólo contra los actos de elección sino también contra los actos por medio de los cuales fueron declaradas las elecciones. Para corroborar la anterior interpretación conviene destacar los siguientes apartes de la sentencia de esta Corporación del 13 de diciembre de 1972 en la que se dijo:

"El capítulo XX de la Ley 67 de 1941 consagra el sistema contencioso electoral colombiano, según el cual la acción de nulidad electoral sólo sabe contra el acto por medio del cual se declara la elección. El alcance o finalidad de la demanda no puede ser, en ningún caso, el de impugnar la decisión de la corporación electoral que anula los votos, sin atacar primordialmente la declaratoria misma de la elección. Quiere el legislador que la acción se ejercite para afectar la declaratoria o elección en todo o en parte, pero no simplemente para que se anulen decisiones de la corporación escrutadora y no se toque la elección declarada por ella misma. Las irregularidades que en materia electoral están erigidas en causales de nulidad, sólo pueden dar acción eficaz cuando afectan el resultado de la elección; sí esta no se modifica, la acción no prospera aunque la irregularidad alegada como fundamento sea evidente" (Sentencia 13 de diciembre de 1962, tomo LXV, números 399-400, pág. 314)". No prospera en consecuencia el cargo, lo que conduce al estudio de las cuestiones de fondo de la demanda.

La cuestión de fondo

La demanda agrupa en dos partes el estudio de las normas violadas: las aplicables al doctor Alberto Santofimio Botero y las referentes al caso de los doctores Gregorio Rudas Chinchilla y Augusto Trujillo Muñoz. En la misma forma se estudiarán estos dos extremos del litigio.

El caso del doctor Santofimio Botero

Indica la demanda como violadas, con la elección del doctor Santofimio Botero, los artículos 14, 15 y 94 de la Constitución Nacional y el numeral 4º del parágrafo del artículo 4º de la Ley 85 de 1916.

Dice el artículo 14 de la actual codificación constitucional "son ciudadanos los colombianos mayores de 18 años".

"La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad. También se pierde o se suspende, en virtud de decisión judicial, en los casos que determinen las leyes".

"Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación". (Acto Legislativo Nº 1 de 1975).

A su turno el artículo 15 establece:

"La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa indispensable para elegir y ser elegido y para desempeñar empleos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción". (Acto Legislativo Nº 1 de 1975, artículo 2º).

Finalmente, el numeral 4º del parágrafo del artículo 4º de la Ley 85 de 1916 establece:

"Parágrafo. El ejercicio de la ciudadanía se suspende:

"1º .....

"2º.....

"3º .....

"4º Por causa criminal pendiente, desde que el Juez dicte auto de prisión".

Con vista en las disposiciones anteriores sostiene la demanda que "el doctor Alberto Santofimio Botero no era —ni es— ciudadano en ejercicio, por haberse dictado en su contra auto de detención por los delitos de peculado y falsedad en documentos públicos", y se detiene extensamente en el análisis del contenido de la última disposición citada, esto es, sobre el alcance de lo que se entiende por causa criminal pendiente y auto de prisión.

El señor apoderado de los impugnadores refuta la anterior tesis del actor con las siguientes observaciones:

"a) *Aspecto constitucional.* La Constitución de 1886 en su artículo 16 establecía: 'La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad. También pierde la calidad de ciudadano quien se encuentre en uno de los siguientes casos, judicialmente declarados: 1º Haberse comprometido al servicio de una Nación enemiga de Colombia; 2º Haber pertenecido a una facción alzada contra el Gobierno de una Nación amiga; 3º Haber sido condenado a sufrir pena aflictiva;

4º Haber sido destituido del ejercicio de funciones públicas, mediante juicio criminal o de responsabilidad; 5º Haber ejecutado actos de violencia, falsedad o corrupción en elecciones. Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación del Senado".

"Y el artículo 17 *ibídem* era del siguiente tenor: 'El ejercicio de la ciudadanía se suspende: 1º Por notoria enajenación mental; 2º Por interdicción judicial; 3º Por beodez habitual; 4º POR CAUSA CRIMINAL PENDIENTE DESDE QUE EL JUEZ DICTE AUTO DE PRISION". (Las mayúsculas son mías)".

"Como puede observarse a simple vista, el legislador de 1916 reprodujo literalmente el texto de estos dos preceptos constitucionales, haciendo de ellos un solo artículo, o sea el 4º de la Ley 85 de 1916 de 31 de diciembre sobre elecciones, cuya primera parte es la transcripción del memorado artículo 16 constitucional y cuyo parágrafo es la copia del artículo 17 *ibídem*, cuando expresó:"

"La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad".

"También pierde la calidad de ciudadano quien se encuentre en uno de los siguientes casos, judicialmente declarados:"

"1º Haberse comprometido al servicio de una nación enemiga de Colombia;"

"2º Haber pertenecido a una facción alzada contra el Gobierno de una nación amiga;"

"3º HABER SIDO CONDENADO A SUFRIR PENA AFLICTIVA;"

"4º Haber sido destituido del ejercicio de funciones públicas, mediante juicio criminal o de responsabilidad;"

"5º Haber ejecutado actos de violencia, falsedad o corrupción en elecciones".

"Los que hayan perdido la ciudadanía podrán solicitar rehabilitación del Senado".

"PARAGRAFO. El ejercicio de la ciudadanía se suspende:"

"1º Por notoria enajenación mental;"

"2º Por interdicción judicial;"

"3º Por beodez habitual;"

"4º POR CAUSA CRIMINAL PENDIENTE, DESDE QUE EL JUEZ DICTE AUTO DE PRISION". (Las mayúsculas son mías)".

"Pero, volviendo a la tesis central que se viene desarrollando, acerca de la insubsistencia del artículo 4º de la Ley 85 de 1916, transcripción fiel de los artículos 16 y 17 de la Constitución Política de 1886, basta consultar lo preceptuado por el Acto Legislativo Nº 1 de 1936 (agosto 5) en virtud de cuyo artículo 34 quedaron expresamente derogados entre otros, los artículos 16 y 17 de la Constitución de 1886".

"De consiguiente y al tenor de lo preceptuado por el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, el mentado artículo 4º de la Ley 85 de 1916 debe

desecharse como insubsistente desde la misma fecha de vigencia de la reforma constitucional de 1936, por ser aquella norma legal anterior y contraria a la letra y al espíritu de la Constitución y ser esta, además, "ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente".

"Así pues, si en 1916 y con posterioridad hasta el 5 de agosto de 1936 cuando se expidió el acto legislativo Nº 1 de 1936, rigió y tuvo efecto la Ley 85 de 1916 en lo relacionado con elecciones, del 5 de agosto de 1936 en adelante, la tantas veces memorada Ley 85, al menos en su artículo 4º, que fue en el que la demanda fundamentó principalmente su acción, quedó sin efecto alguno en razón de la derogatoria expresa que por el artículo 34 del mencionado Acto Legislativo Nº 1 se hizo de los artículos 16 y 17 de la Constitución de 1886, idéntico el texto de estos dos últimos palabra por palabra, como atrás se vio, al artículo 4º de la Ley 85 de 1916 que establecía los eventos de pérdida y suspensión de la ciudadanía, eventos de suspensión de los cuales el último, precisamente, rezaba: "4º Por causa criminal pendiente desde que el Juez dicte auto de prisión".

Sobre el tema debatido observa la Sala: El artículo 7º del Acto Legislativo Nº 1 de 1936 subrogó los artículos 16 y 17 de la Constitución de 1886, adoptando el texto que figura hoy como artículo 14 de la Carta, con la salvedad de la edad requerida para adquirir la ciudadanía que fue modificada por el Acto Legislativo Nº 1 de 1975. Por otra parte, el artículo 34 del mismo Acto Legislativo primeramente mencionado declaró expresamente derogados, entre otros, los artículos 16 y 17 de la Carta de 1836 que se han venido analizando. De suerte que las causales enumeradas taxativamente en estos artículos de la Constitución de 1886, han desaparecido y, de acuerdo con la norma vigente, la pérdida o suspensión de la ciudadanía sólo se produce "en virtud de decisión judicial, en los casos que determinen las leyes".

En consecuencia, el artículo 4º de la Ley 85 de 1916, que como se ha visto era transcripción fiel de los artículos 16 y 17 de la Constitución vigente en aquella época, quedó sin vida jurídica al ser derogados por el Acto Legislativo Nº 1 de 1936 los textos constitucionales que le servían de fuente.

"Si de acuerdo con el artículo 14 de la actual Constitución la ciudadanía se pierde al perderse la nacionalidad y también se pierde o se suspende 'en virtud de decisión judicial' es evidente que tal decisión debe ser expresa, esto es, que se fulmine como pena o surja de la condena o como consecuencia de interdicción contra un ciudadano determinado y en virtud de legislación preexistente. En frente de esta norma la ciudadanía no se pierde como consecuencia de la simple pérdida de la libertad como medida precautelativa, antes o después de iniciado el proceso, ni por beodez habitual, ni por notoria enajenación mental, si no existe decisión judicial en tal sentido.

En los autos no aparece prueba alguna que acredite que contra el doctor Alberto Santofimio Botero se haya proferido decisión judicial que decrete la pérdida o suspensión de la ciudadanía ni acto condenatorio de donde surja tal consecuencia, luego las súplicas de la demanda en cuanto conciernen a la nulidad de la elección de dicho Senador no habrán de prosperar, siendo en consecuencia superfluo entrar a analizar los extensos argumentos de las partes en lo referente al con-

tenido de la detención precautelativa o del auto de proceder para efectos de la decisión que ha de tomarse.

El caso de los doctores Rudas Chinchilla y Trujillo Muñoz

El libelo fundamenta la solicitud de nulidad de la elección de los doctores Gregorio Rudas Chinchilla y Augusto Trujillo Muñoz como Senadores de la República, en calidad de suplentes, por la circunscripción electoral del Tolima, en la circunstancia de que ninguno de los dos han desempeñado alguno de los cargos enumerados en el artículo 94 de la Constitución Nacional, ni tampoco han sido profesores universitarios por cinco años a lo menos, ni han ejercido por tiempo no menor de cinco años su profesión de abogados. La demanda acepta que son colombianos, ciudadanos en ejercicio y mayores de 30 años.

Al respecto observa la Sala que tanto el doctor Gregorio Rudas Chinchilla, como el doctor Augusto Trujillo Muñoz, probaron haber desempeñado el cargo de Gobernador del Tolima como encargados, en varias oportunidades y ambos también fueron designados Gobernadores *ad-hoc* para el cumplimiento de funciones específicas, propias de tal cargo; que en ejercicio del mismo ambos dictaron decretos, resoluciones y otros actos inherentes a la condición de Gobernador de Departamento. El artículo 94 de la Carta no específica si el ejercicio de los cargos allí enumerados debe ser en propiedad, interinidad o encargo, y donde la norma no distingue no le es dable hacerlo al interprete, luego la prueba aportada al presente juicio por los doctores Rudas y Trujillo es suficiente, a juicio de la Sala, para demostrar el cumplimiento de los requisitos constitucionales para ser elegidos Senadores de la República, sin que sea del caso analizar si han ejercido la profesión por más de cinco años, o la cátedra universitaria por igual tiempo, pues el cumplimiento de cualquiera de los tres requisitos es suficiente para comprobar la elegibilidad al mencionado cargo. No prosperan, por lo tanto, las súplicas de la demanda, por lo que respecta a los doctores Rudas Chinchilla y Trujillo Muñoz.

En mérito de las consideraciones anteriores, 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:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sesión celebrada el día 4 de septiembre de 1979.

Jorge Dávila Hernández, Osvaldo Abello Noguera, Alfonso Angel de la Torre, Alfonso Arango Henao, Aydeé Anzola Linares, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Jorge Dangond Flórez, Carlos Galindo Pinilla, Enrique Low Murtra, (aclaración de voto); *Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Mario Enrique Pérez Velasco, Jacobo Pérez Escobar, Ignacio Reyes Posada, Jorge Valencia Arango.*

Mauricio Torres Cuervo, Secretario.

CIUDADANIA. (ACLARACION DE VOTO). — No hay pérdida o suspensión de la ciudadanía en razón de la existencia de un auto de detención, pero la razón para llegar a esta conclusión es por virtud de que la Ley 85 de 1916 fue derogada por otra ley posterior y no por el acto Legislativo Nº 1 de 1936.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso. — Bogotá, D. E., septiembre dieciocho de mil novecientos setenta y nueve.

Referencia: Radicación Electoral 435.

Aclaración de voto del consejero Enrique Low Murtra.

Con todo el respeto me permito expresar las razones por las cuales, aunque coincido con la parte resolutiva de la ponencia aprobada por la Sala en relación con el juicio electoral número 435 discrepo muy cordialmente de los elementos de juicio contenidos en la parte motiva de la sentencia.

A mi entender, la ponencia se estructura con base en dos argumentos principales:

1º) Que la derogatoria expresa de los artículos 16 y 17 de la nomenclatura constitucional de 1886, implicó derogatoria de la Ley 85 de 1916 por cuanto ésta se limitaba a reproducir los artículos derogados.

2º) Que además existe incompatibilidad entre el texto constitucional vigente que anuncia "La ciudadanía se pierde... en virtud de *decisión judicial* en los casos que determinen las leyes" y el texto de la ley que asevera que existe suspensión de la ciudadanía "por auto de prisión", lo cual ha sido interpretado por el ponente arguyendo que la norma constitucional ordena que la pérdida o suspensión de la ciudadanía debe ser contenida de *modo expreso* en la misma sentencia.

No creo en la validez de ninguna de estas dos premisas.

1º) La supremacía de la Constitución en Colombia tiene un doble sentido: material y formal. Material porque en la jerarquía de las normas ocupa el primer lugar, de modo que todo ordenamiento jurídico está subordinado a ella. La Constitución, bien es sabido, está por encima de la ley y ésta a su vez subordina todas las demás disposiciones en el orden jurídico de la Nación. Formal, porque la Constitución no puede modificarse fácilmente. Requiere mayores trámites (dos vueltas en el debate parlamentario). Nuestro régimen jurídico ha sido por esto clasificado por Vidal Perdomo de constitución rígida a diferencia del régimen que prevalece en otros países que tienen, lo que el mismo Vidal clasifica como constituciones flexibles. (Derecho Consitucional General —Universidad Externado de Colombia— 1978).

Este formalismo del régimen constitucional colombiano tiene, sin duda, sus ventajas, pero también tiene sus desventajas. Conviene una Constitución rígida porque le otorga al sistema jurídico un mayor grado de estabilidad y permanencia ya que la Constitución no se modifica a los vaivenes de cada coyuntura o momento político, generando así una gran estabilidad en el orden social.

Sin embargo, toda sociedad por su naturaleza eminentemente dinámica, evoluciona constantemente, cambian sus aspiraciones, sus conflictos, sus percepciones, sus mismos valores y su sentido de ser. Por ello, los moldes jurídicos de la sociedad que son precisamente aquellos elementos que conforman el ordenamiento constitucional deben ajustarse a esa permanente dinámica y a esa constante evolución. Una constitución rígida limita con frecuencia que las instituciones jurídicas se ajusten a los imperativos sociales de cada época.

Existen, pues dos dimensiones en toda proyección del orden social. Una estática que se plasma en su deseo de estabilidad para asegurar su permanenecia. Otra dinámica que se proyecta en la necesidad de ajustarse a las modificaciones del ordenamiento político que conlleva la historia de los pueblos.

Nuestro constituyente resolvió sabiamente este conflicto de objetivos sociales y estableció una Carta relativamente rígida pero a su vez corta, ya que como lo anota Pérez González, es deseable que limite su alcance y delegue a la ley buena parte del ordenamiento jurídico de un país.

A menudo se le han quitado a la Constitución disposiciones que bien pudieran llamarse casuísticas con el fin de reducir su extensión para ampliar su fuerza. Norma que antes absorbía la Constitución fueron delegadas a la ley y al propio ejecutivo se le entregaron poderes por voluntad directa del constituyente.

Buen ejemplo de esto es lo que acontenció en 1936 cuando las condiciones para perder la ciudadanía fueron trasladadas de la Constitución a la ley.

En efecto, la Constitución de 1886 establecía causales de pérdida y suspensión de la ciudadanía en forma precisa en sus artículos 16 y 17. En 1936 la Constitución expresamente dijo que la ciudadanía se perdía de hecho al perder la nacionalidad y en virtud de decisión judicial en los casos que *determinen las leyes*, esto es, expresamente, textualmente, remitió a la ley lo que antes era del dominio de la Constitución.

No creo, por tanto, que la derogatoria de los artículos 16 y 17 del anterior ordenamiento constitucional haya implicado derogatoria total de la Ley 85 de 1916. La voluntad del Constituyente no fue derogar la ley, sino derogar la jerarquía constitucional de unas reglas que podía ejercer mejor el legislador.

Visto de otro modo podría decirse que existen dos posibles efectos de una reforma constitucional: 1º) Que se derogan las leyes que le son contrarias. Se entiende que la Constitución es norma reformatoria, y derogatoria de la ley; 2º) Que se le quita jerarquía al ordenamiento jurídico cuando la Constitución le delega a la ley la potestad

de reglar un ordenamiento determinado. Esto es aplicable cuando el ordenamiento constitucional no contraría la ley.

Cuál fue la voluntad del constituyente de 1936 cuando derogó los artículos 16 y 17 de la anterior nomenclatura constitucional que determinaba en forma casuística los casos en los cuales se perdía la ciudadanía?

Sin duda, se quiso eliminar del ordenamiento constitucional las reglas establecidas al respecto, pero no se quiso, en modo alguno, quitarle a la ley esta potestad que antes correspondía a la Constitución. Una cosa es el orden constitucional y otra el orden legal. Y la Constitución, muchas veces, deja a la ley normas de derecho que deben tener mayor dinámica y flexibilidad evolutiva.

Quiso la Constitución en 1936 que lo que antes correspondía, por competencia al constituyente, pasara al legislador. Tanto es así que en el texto mismo de la norma se expresó literalmente que "la ciudadanía se pierde..... en los casos que determinen las leyes" (artículo 14). Debe por lo tanto entenderse que la reforma constitucional de 1936 buscó entregarle al legislador la potestad de reglar los casos de pérdida de ciudadanía que antes había limitado al propio texto de la Constitución.

2º) Tampoco es correcto suponer que los términos "decisión judicial" a que se refiere el artículo 14 de la Constitución Nacional impliquen que la pérdida o suspensión de ciudadanía deba determinarse de modo *expreso* en una decisión judicial.

Ciertamente la norma constitucional dice que la ciudadanía se pierde *de hecho* cuando hay pérdida de la nacionalidad y en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley. Es decir, la Constitución distingue entre la pérdida de hecho esto es, *ipso facto,* y la pérdida de derecho, esto es, *ipso iure.* Pero no quiere decir que la sentencia o decisión judicial deba, *en forma expresa,* manifestar la pérdida de ciudadanía como sanción.

A este respecto es interesante estudiar el contexto de las normas del derecho penal colombiano que establecen las sanciones. En ellas se instituye que las sanciones se dividen en dos grandes grupos, las principales y las accesorias. Entre las primeras encontramos el presidio, la prisión y el arresto. Entre las segundas la pérdida de ciudadanía que a veces también opera como sanción principal. Las penas accesorias en materia penal son inherentes a las penas principales. Por ello, puede decirse que si un delincuente es condenado a pena de presidio o prisión, *ipso iure* pierde la ciudadanía, como bien lo dice el artículo 12 de la Ley 16 de 1969 (que subrogó el antiguo artículo 58 del Código Penal):

"Por regla general, y salvo las excepciones consigandas en la parte especial de este Código, las penas de presidio y prisión llevan consigo interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, y para los extranjeros, la expulsión del territorio nacional; la de presidio puede traer, además, la pérdida de la patria potestad, y la de prisión podrá acarrear la suspensión de la patria potestad durante el tiempo de la condena".

De donde, se sigue que la pérdida o suspensión de la ciudadanía no necesita aparecer de modo expreso en la sentencia del juez. Basta una decisión judicial que conlleve inherente *por virtud de la ley,* la sanción de pérdida o suspensión de la ciudadanía. En tal evento la pérdida o suspensión de los derechos públicos se produce *ipso iure* aun cuando la sentencia no lo haya establecido en forma expresa.

Esta tesis la ratifica la Corte en sentencia de 3 de septiembre de 1948 y ha sido reiterada práctica del Tribunal Superior de Bogotá. Si un juez, en sentencia condenatoria omite aplicar la sanción accesoria ella opera por ministerio de la ley. Además, los términos literales del artículo 97 del mismo código penal sustentan la validez de esta posición. Dice así la norma:

"Las penas de interdicción de derechos y funciones públicas y la de prohibición o suspensión del ejercicio de un arte o profesión, empezarán a correr desde el día en que la sentencia quede ejecutoriada, si se impusieren como penas principales; pero cuando fueren accesorias, se aplicarán de *hecho, mientras* durare la pena principal; cumplida ésta, empezará a correr el término que se señale para ellas en la sentencia".

Así se ha establecido como sanción penal la pérdida de ciudadanía, denominada por el código "interdicción de derechos; y funciones públicas", a veces como pena principal, y otras veces como accesoria. Cuando se establece como pena principal el juez debe dictarla expresamente en su sentencia. Cuando es accesoria y el juez no la dicta opera *ope leges,* por ministerio de la ley, pues es natural que lo principal sigue a lo accesorio.

De esto se colige que no hubo contradicción entre la reforma constitucional de 1936 y el texto de la Ley 85 de 1916. No habiendo tal contradicción es necesario colegir que la Ley 85 de 1916 siguió vigente a pesar de que el acto legislativo de 1936 derogó expresamente los artículos 16 y 17 de la anterior nomenclatura constitucional.

3º) Finalmente, es menester hacer una reflexión alrededor del artículo 382 de la Ley 94 de 1938, antiguo código de procedimiento penal. En esta norma se dijo categóricamente que el auto de detención no tiene carácter penal. Creo que esta norma contiene clara contradicción en relación con lo prescrito por la Ley 85 de 1916 que establecía la suspensión de la ciudadanía a causa de un auto de prisión.

El Código de Procedimiento Penal vigente hoy, no contiene norma alguna que reproduzca lo que decía el artículo 382 atrás citado, es decir, no se anota su carácter no punitivo sino totalmente preventivo. No obstante, si la ley de 1938 derogó tácitamente la ley de 1916 la vieja norma no revive por la derogatoria de la ley posterior. En este evento es preciso dar vigencia al principio consagrado en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 que dice: "Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ellas se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una ley derogada sólo resolvería su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva".

En el caso de autos se discute si la ciudadanía se pierde o suspende por auto de detención. Sobre esto cabe decir que en 1938 el Código de Procedimiento Penal que se dictó entonces derogó cualquier norma

vigente en la época de su sanción que le fuere contraria. Y es indiscutible que el auto de detención no tiene carácter penal. Aun cuando el nuevo código omitió este artículo, debe entenderse que la ley de 1938 derogó las normas preexistentes que establecían la pérdida de ciudadanía por auto de prisión, y el estatuto de procedimiento penal actualmente en vigencia, no haciendo referencia alguna a este aspecto, dejó sin efecto la Ley 85 de 1816, en lo pertinente.

En otras palabras, aunque es válida la conclusión de la ponencia en cuanto no hay pérdida o suspensión de la ciudadanía en razón de la existencia de un auto de detención, pienso que la razón para llegar a esta conclusión es por virtud de que la Ley 85 de 1916 fue derogada por otra ley posterior y no por el Acto Legislativo número 1 de 1936.

Respetuosamente,

Enrique Low Murtra



ELECTORALES. PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. La elección de Procurador General de la Nación es acto administrativo que corresponde, como atribución especial a la Cámara de Representantes, de terna presentada por el Presidente de la República. No es esencial, para la validez de la manifestación presidencial, que el Ministro de Justicia firme la nota que contiene la decisión adoptada sobre lo fundamental que es la conformación de la terna (artículo 57 Constitución Nacional). RETIRO FORZOSO. Las disposiciones del Decreto 2400 de 1968 no son aplicables al Procurador General de la Nación, pues ese estatuto regula la Administración del Personal que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. El Procurador General está por fuera de la carrera judicial, con las consecuencias de que tampoco se le puede aplicar las disposiciones sobre retiro.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., septiembre once de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Dangond Flórez*)

Referencia: Expediente 508 y 516. Actor: Armando Yepes Garcés.

I

Demandas

A. El ciudadano Armando Yepes Garcés, en ejercicio de la acción pública electoral consagrada en el Código Contencioso Administrativo, pidió a esta Corporación, en demanda presentada el 29 de septiembre de 1978, que, previos los trámites correspondientes, se "anulen la elección y la declaración de elección del doctor Guillermo González Charry para el cargo de Procurador General de la Nación efectuadas por la Honorable Cámara de Representantes el día miércoles 20 de septiembre de 1978".

Como hechos fundamentales, el demandante expuso, en síntesis:

1. El señor Presidente de la República presentó a la Cámara de Representantes, el 5 de septiembre de 1978, tres nombres, los de los doctores Guillermo González Charry, Samuel Arango Reyes y Hernando Castilla Samper, "a efectos de que procediera a elegir uno de ellos como Procurador General de la Nación".

2. La Cámara de Representantes aprobó la Proposición Nº 61, por medio de la cual señaló la fecha del 20 de septiembre del mismo año para proceder a la elección.

3. En la fecha señalada y en su condición de Representante a la Cámara, el demandante presentó una proposición en el sentido de que se devolviera el acto de comunicación de los antes citados nombres al señor Presidente, para la debida integración de la terna, pues "el doctor Samuel Arango Reyes no era elegible para desempeñar el cargo de Procurador General de la Nación" por haber llegado a la edad de 65 años nació el 3 de mayo de 1911 en Tona.

4. "Pero, no obstante, ni siquiera se la consideró".

5. La Cámara de Representantes "eligió y declaró elegido como Procurador General de la Nación para el período constitucional 1978-1982 al doctor Guillermo González Charry de una terna desintegrada, de una terna de dos, pues dos y no tres eran los elegibles".

Según el actor se violaron los artículos 102, 57 y 144 de la Constitución; 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968; 31 del Decreto 250 de 1970; 194 del Código Contencioso Administrativo y 145, 150 y 159 del Reglamento General de la Cámara de Representantes —Ley 15 de 1945—, por las siguientes razones:

1. De acuerdo con el artículo 102 de la Constitución Nacional, corresponde a la Cámara de Representantes elegir el Procurador General de la Nación, de terna presentada por el Presidente de la República y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 57, "ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Jefes de Departamento, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo".

Como la presentación de la terna "es acto del Presidente que no está exceptuado por el inciso 2º del mencionado artículo 57 de la Carta de los que carecen de valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el respectivo Ministro, en este caso el de Justicia" y como ese acto "apenas lo suscribió el señor Presidente de la República, que fue quien lo comunicó a la Honorable Cámara de Representantes", se violó, directamente, esa norma.

2. El Decreto 250 de 1970 que contiene el llamado Estatuto de la carrera judicial y del Ministerio Público, establece en su artículo 31, como edad de retiro forzoso, la de 65 años para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Disciplinario y del Consejo de Estado y de las Fiscalías de éste; el artículo 144 de la Constitución exige para ser Procurador General de la Nación las mismas condiciones que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 repiten las anteriores exigencias.

El señor Presidente de la República no presentó a la Cámara de Representantes, para la elección de Procurador General de la Nación, "tres nombres elegibles, una terna, sino sólo dos", porque uno de ellos, el del Consejero de Estado doctor Samuel Arango Reyes "no era ni es elegible" por tener más de 65 años de edad.

Por lo anterior, la Cámara de Representantes "violó directamente, por no haberlos tomado en cuenta, siendo del todo pertinentes, los artículos 31 del Decreto 250 de 1970; 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968 y el artículo 144 de la Constitución Nacional".

3. "A tenor del artículo 194 del Código Contencioso Administrativo cuando quien deba hacer una elección advierta que alguno o algunos de los nombres que integran una terna carezca de los requisitos señalados en la ley para desempeñar el cargo, podrá devolverla para que se reintegre con candidatos que reunan las condiciones".

El actor, Representante a la Cámara, "teniendo conocimiento de que el doctor Samuel Arango Reyes no podía ser elegido Procurador General de la Nación", presentó una "proposición motivada que terminaba enviando los nombres remitidos a la Honorable Cámara por el Presidente Julio César Turbay Ayala para que la reintegrara con tres personas que reunieran las condiciones de elegibilidad para el cargo de Procurador".

Y como lo anterior no se hizo "se violaron los artículos 150, 145 y 159 de la Ley 15 de 1945, en concordancia con el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo que la Honorable Cámara de Representantes no tuvo en cuenta al hacer la elección y posterior declaración de elección del doctor González Charry de una terna en que sólo dos nombres eran elegibles contra la expresa advertencia de la irregularidad".

B. El 25 de octubre de 1978, el mismo ciudadano presentó otro libelo, agregando, a lo consignado en el anterior, dos hechos nuevos:

1. El día 4 de octubre de 1978, la Cámara de Representantes "le impartió la confirmación a la elección ilegal del doctor Guillermo González Charry para el cargo antes indicado. Y en el orden del día para el 4 de octubre del año en curso no se hizo expresa mención de que el asunto sería considerado tal y como puede verse en los Anales número 41 y este hecho apenas vino a conocerse por la insersión del Acta del día 4 en los Anales número 45 del 10 de los corrientes".

2. "Finalmente el señor Presidente de la República lo posesionó del cargo el día viernes 20 de octubre del año en curso" (1978).

En esta otra demanda el actor pidió además de lo solicitado en la primera, que se anule "la confirmación de la elección y la posesión del doctor Guillermo González Charry para él y del cargo de Procurador General de la Nación". Y advirtió: "anteriormente demandé la nulidad de la elección, de la declaración de elección y de la confirmación de la elección de Guillermo González Charry para Procurador General de la Nación. Ahora demando los mismos actos y también la posesión para satisfacción de todas las vertientes jurisprudenciales en el H. Consejo. Pero personalmente soy de la opinión de que basta demandar la elección y la declaración de elección".

C. Radicados bajo los números 508 y 516 se inició el trámite de los procesos y el 28 de febrero del año en curso, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, se ordenó la reunión de los mismos y el sorteo del Consejero que debía redactar el proyecto de sentencia.

Cumplido lo anterior y como la Sala rechazó por mayoría de votos la ponencia presentada por el doctor Alfonso Arango Henao, correspondió la redacción del fallo al Consejero siguiente en el orden

alfabético, y a ello se procede en vista de que no existe causal alguna de nulidad de la actuación.

II

Oposición

Al proceso 508 se presentó como parte impugnadora el doctor Alfonso Izasa Moreno y propuso la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968 y 31 del Decreto 250 de 1970 porque "en el caso de que puedan aplicarse contra el derecho que tiene todo ciudadano a participar en el gobierno de su país, en igualdad de condiciones, deben interpretarse en el sentido de que el ciudadano que ocupa un cargo y que ha llegado a la edad de retiro forzoso, tiene el derecho de retirarse para gozar del descanso; pero mal podría interpretarse como una obligación de dejar de contribuir con su experiencia y preparación a las actividades del Estado. Esas normas se han dictado como un desarrollo del artículo 17 de la Constitución Nacional, según el cual el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado".

III

Concepto del Ministerio público

A. En la oportunidad procesal y dentro del expediente 508, la Fiscalía Quinta de la Corporación a cargo de la doctora Clara Forero de Castro, observó, en primer término, que no fue acusado el acto de confirmación de la elección del doctor Guillermo González Charry como Procurador General de la Nación y agregó:

"En el caso presente y en general en aquellos en que el nombramiento o elección estan sujetos a posterior confirmación, a fin de verificar si el elegido reune las calidades constitucionales y legales para ejercer el cargo, no se considera perfecto el acto de nombramiento ni tiene efectos legales, hasta tanto no se cumpla dicha actuación.

"En sentir de la Fiscalía, la elección o nombramiento por sí solos no pueden producir el efecto jurídico que con ellos se busca, el cual no no es otro distinto de conferir a una persona el derecho de posesionarse y entrar así a ejercer el cargo para el cual ha sido designado, es decir, darle una investidura oficial.

"De manera tal, que siendo la confirmación acto indispensable para el perfeccionamiento del primero, este último debe controvertirse necesariamente en el proceso, pues sólo con él culmina el acto de elección y puede surtir efectos en derecho.

"La tesis sostenida por el H. Consejo de Estado según la cual, si se controvierten actos que necesitan de posterior aprobación para su validez, es necesario demandar el acto aprobatorio, ya que es éste el que viene a dar eficacia jurídica al aprobado, (sentencia de 15 de julio de 1963. Consejero Ponente doctor Alejandro Domínguez Molina. Anales del Consejo de Estado Nº 401-402, página 85), la encuentra esta Fiscalía aplicable al caso de los nombramientos, pues no otra cosa sino la posterior aprobación del mismo viene a ser el acto de confirmación.

"También la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 25 de septiembre de 1973, de la que fue Ponente el Magistrado doctor Luis Sarmiento Buitrago, dentro del juicio electoral incoado por el ciudadano Alberto Camargo Torres, expresó:

" 'Tratándose de un acto complejo, el actor debió acusar de modo principal los tres actos constitutivos de la unidad integral de la operación jurídico administrativa, es decir, el nombramiento, la confirmación y la posesión ...'.

"La Corte ratificó así su doctrina al respecto y rechazó la demanda por ineptitud.

"Se permite sí la Fiscalía aclarar, que en su concepto, no es necesario demandar la posesión, pues como lo ha sostenido el H. Consejo de Estado en sentencia de 10 de agosto de 1977, este no es ni acto administrativo ni electoral; viene a ser, a juicio de este Despacho, la materialización del nombramiento que ya se ha perfeccionado con la confirmación.

"En este orden de ideas, la circunstancia de no haberse demandado en su totalidad el acto de elección, hace inepta la demanda e impide al H. Consejo de Estado un pronunciamiento de fondo".

B. En cuanto a la demanda presentada el 25 de octubre de 1978 —expediente 516— la misma Fiscalía anotó que ese hecho "no permite tampoco un pronunciamiento de fondo", pues, según lo dispuesto por el artículo 209 del Código Contencioso Administrativo, el término de caducidad de la acción electoral es de diez días y estos "deben comenzar a contarse desde el día siguiente a la elección o nombramiento, o desde el día siguiente a la confirmación cuando la ley exige este requisito para comprobar que el elegido reune las calidades que son legalmente indispensables para ejercer el cargo, es decir, cuando el acto inicial se perfecciona y puede producir efectos en derecho", y como la confirmación de la elección del doctor Guillermo González Charry para ejercer el cargo de Procurador General de la Nación tuvo lugar el 4 de octubre de 1978 y la demanda fue presentada el día 25, "ya se había producido el fenómeno jurídico de la caducidad".

IV

Examen de las excepciones

Sobre las excepciones propuestas por el impugnador de la demanda presentada el 29 de septiembre de 1978 y por el Ministerio Público, la Sala estima:

1. La supuesta incompatibilidad entre la norma constitucional según la cual "el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado" y las disposiciones sobre retiro forzoso contenidas en los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968 y 31 del Decreto 250 de 1970, no existe.

El precepto de la Carta se debe entender, y así lo ha entendido el legislador, en el sentido de que el hombre debe trabajar cuando está en condiciones aptas para ello y tiene derecho a un justo descanso, con garantía especial, a determinada edad.

La Constitución, al autorizar al Congreso para determinar la estructura de la administración nacional y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, lo faculta también para establecer el régimen de prestaciones sociales, las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antiguedad, y de jubilación, retiro o despido (artículos 62, 76, Plebiscito de 1957, artículo 5º) y también ordena el establecimiento de la carrera judicial, la reglamentación de sistemas de concurso para la selección de candidatos, las pensiones para quienes cumplan un determinado tiempo de servicio y el retiro obligatorio, con derecho a prestaciones, cuando el trabajo del funcionario sufra notoria disminución por razones de salud o haya cumplido la edad máxima señalada para cada cargo. (artículo 162, Plebiscito de 1957, artículo 12).

Lo dispuesto sobre retiro forzoso en el Decreto Ley 2400 de 1968, regulador de la administración del personal civil que presta servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, y en el Decreto Ley 250 de 1970 o Estatuto Orgánico de la Carrera Judicial y del Ministerio Público, es desarrollo congruente de las normas superiores y, en consecuencia, carece de fundamento la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el doctor Isaza Moreno.

2. La opinión de la Fiscalía sobre ineptitud de la demanda que dio origen al proceso 508, porque no se acusó el acto de confirmación, es inaceptable pues el Código Contencioso Administrativo claramente dispone en el artículo 193 que si la elección de un funcionario "se ha hecho mediante ternas, deberá acusarse la elección o designación misma" y en el artículo 209, de manera armónica, ordena. "Toda demanda en relación con alguna de las acciones concedidas en los artículos anteriores, deberá presentarse ante la entidad competente dentro del término de diez días hábiles a contar del siguiente al en que se verifique el acto por medio del cual la elección se declara. Dentro del mismo término deberá presentarse la demanda contra un nombramiento, y en tal caso los diez días se cuentan desde el siguiente a la fecha de la expedición de aquel".

3. Como la elección del Procurador General se realizó el 20 de septiembre de 1978 y el libelo que originó el proceso 516 fue presentado el 25 de octubre del mismo año, vale decir, cuando ya había vencido el término perentorio establecido en el precepto legal antes transcrito, resulta evidente la configuración del fenómeno jurídico de la caducidad y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

V

Consideraciones generales

Antes de entrar al estudio concreto de los supuestos de hecho y de derecho que, según el actor, conducen a la declaración de nulidad impetrada, es conveniente exponer el criterio general sobre interpretación jurídica que servirá de soporte doctrinario a la motivación.

Las normas abstractas contienen una variedad indiscutible de sentidos implícitos, de objetos reales representados intelectualmente y que deben ser valorados en el proceso de interpretación.

La sentencia es una norma individual producida dentro del marco de la reglamentación general. Es la actualización de un determinado significado, la valoración de ciertas conductas contenidas o expresadas, mediante conceptos, en la norma abstracta. Por eso, la conveniente comprensión del derecho dinámico impone la aceptación del poder creador del juez y por ello, como ha escrito con razón el doctor Darío Echandía, lo que al intérprete le corresponde hacer es desentrañar o desarrollar el sentido de las ideas comprendidas en el texto y construir con ellas un sistema posiblemente no imaginado antes y, así, sacar consecuencias aplicables a nuevos casos. Sus palabras textuales son:

"La verdad es que el juez no es una máquina de subsumir ni un legislador o creador de normas generales: el juez está sometido a la ley, y tiene que aplicarla al caso concreto, pero como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad porque siempre tiene cierta dosis de indeterminación, el dicho juez, al aplicar la norma general individualizándola, crea una norma nueva, no general sino singular, pero al fin y al cabo norma que enriquece el acervo del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula, y frente a los actos de ejecución que han de convertirla en realidad, el mismo valor de exigibilidad coactiva que posee la norma general frente a todos los órganos encargados de su aplicación y a todas las personas que deben ajustar su conducta a los preceptos de tal norma.

"La sentencia judicial, como norma individual, no es sólo una operación lógica de individualización, sino un acto de creación que implica, dentro de ciertos límites, un punto de vista propio sobre la justicia y un acto propio de valorización de los conceptos expresados en la ley.

"Si bien es cierto que la relación entre la norma general y la individual es la misma que existe entre el género y la especie, es decir, que es una relación puramente lógica, la verdad es que la individual implica, por otra parte, la determinación de qué especie es precisamente la que ha de elegirse, pues la norma general deja siempre ese margen de libertad y semejante acto de elección no es ya una simple operación lógica, sino un acto creador.

"En este sentido el juez que no crea normas jurídicas de carácter general ni podría hacerlo en tanto que actúe como juez, es sin embargo un auténtico creador de derecho, un colaborador más —como el legislador o el administrador— en el proceso dinámico de la creación del orden jurídico". (La renovación del derecho —Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia— Bogotá, 1974, Nºs 204-205, págs. 201-202).

A. *Prueba de los hechos*

El actor adjuntó al libelo los Anales del Congreso del 13 y 26 de septiembre de 1978, debidamente autenticados, en los cuales aparece:

1. En la sesión del día 12 de septiembre de 1978 de la Cámara de Representantes se dio lectura a la siguiente comunicación:

"República de Colombia. Presidencia Bogotá, D. E., septiembre 5 de 1978.

Señor doctor

Jorge Mario Eastman

Presidente de la Honorable Cámara de Representantes
Bogotá, D. E.

Señor Presidente:

En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 144 de la Constitución Nacional me permito enviar a esa honorable corporación, por su digno conducto, la terna de candidatos a la Procuraduría General de la Nación.

Considero que en ningún campo se requiere como en el judicial la colaboración de los partidos, pues la justicia puesta en unas solas manos encuentra cuando menos tropiezos psicológicos para el cumplimiento cabal de sus objetivos. Siendo el actual Ministro de Justicia un distinguido profesional del Derecho perteneciente al partido conservador y habiendo estado ocupada la Procuraduría en los últimos años por eminentes miembros de ese mismo partido, entre los cuales quiero destacar la brillante actuación que le correspondió desempeñar al doctor Jaime Serrano Rueda, he pensado que el país mirará con satisfacción la integración de una terna liberal en la que figuren personas que por su hoja de servicios constituyen garantía para todos los colombianos.

La terna para Procurador General de la Nación queda oficialmente integrada así: doctor Guillermo González Charry, actual Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, doctor Samuel Arango Reyes, actual Consejero de Estado y doctor Hernando Castilla Samper, prestigioso abogado en ejercicio.

Me abstuve de incluir en la terna nombres de parlamentarios, porque a mi entender, el artículo 109 de la Constitución Nacional constituye un impedimento para ello, ya que taxativamente señala los cargos para los cuales pueden ser designados los miembros del Congreso Nacional por el Presidente de la República.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme como su amigo y compatriota.

Julio César Turbay".

2. El representante Armando Barona Mesa, quien dio lectura al documento anterior, presentó la Proposición Nº 61: "Señálase el miércoles 20 de septiembre para que a la primera hora de la sesión se proceda a la elección de Procurador General de la Nación", y según constancia del acta, fue sometida a consideración y aprobada.

3. En la sesión del 20 de septiembre de 1978, abierta la postulación de candidatos para la elección, presentado el nombre del doctor Guillermo González Charry, previamente escogido por las mayorías, y leídas diversas constancias, el representante Armando Yepes Garcés presentó una proposición en estos términos:

"Honorable Cámara de Representantes

Vistos:

Que citada la corporación para elegir al Procurador General de la Nación se estableció que el doctor Samuel Arango Reyes, integrante de la terna presentada por el señor Presidente de la República, tiene 67 años cumplidos.

"Considerando:

"Que el Decreto 250 de 1970, comprensivo del estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público establece, en su artículo 31, como edad de retiro forzoso, la de 65 años para Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Disciplinario y del Consejo de Estado y en las Fiscalías de éste;

"Que la circunstancia anotada hace violatoria la Constitución Nacional cuando en su artículo 144 establece que para ser Procurador General de la Nación se requieren las mismas condiciones exigidas para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia;

"Que los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968 repiten las mismas exigencias;

"Que el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo advierte que cuando "alguno o algunos de los nombres que integran una terna carezca de los requisitos señalados en la ley para desempeñar el cargo, podrá ser devuelta la terna por el funcionario o corporación que debe hacer la designación, a fin de que se reintegre con candidatos que reunan las condiciones ...".

"Que en estas condiciones la edad de retiro forzoso del doctor Samuel Arango Reyes vicia de nulidad la terna presentada, Resuelve:

"Devuélvase al señor Presidente de la República la terna presentada para que la reintegre con personas que reunan las condiciones de idoneidad requeridas por la ley".

En el acta de la sesión no aparece constancia sobre consideración de lo propuesto pues "cerrada la inscripción de candidatos" la Presidencia designó los escrutadores y verificada la votación y efectuado el escrutinio se obtuvo el resultado que a contiuación se registra: "Total de votos depositados, ciento sesenta y tres (163). En favor del doctor Guillermo González Charry, ciento veintitrés (123) votos. En blanco, cuarenta (40) votos". Y luego se lee: "En consecuencia del anterior resultado, la Presidencia pregunta a la corporación si declara legalmente elegido como Procurador General de la Nación al señor doctor Guillermo González Charry, y la Cámara responde afirmativamente".

4. Según el documento correspondiente allegado al juicio, el doctor Samuel Arango Reyes fue bautizado en la Parroquia de Tona —Arquidiócesis de Bucaramanga—, el 15 de mayo de 1911.

B. *Examen de los hechos frente a las normas*

1. El primer cargo formulado por el actor se refiere al aspecto formal de la comunicación que el Presidente de la República, en ejercicio de su potestad constitucional no discutida, envió a la Cámara de Representantes el 5 de septiembre de 1978.

Según el demandante, ese documento carece de valor y fuerza porque no fue refrendado y comunicado por el Ministro de Justicia, conclusión ésta que deduce al confrontarlo con el artículo 57 de la Carta.

Para encontrar el auténtico significado constitucional, el exacto contenido y alcance de la norma invocada, hay que examinar, así sea brevemente, los antecedentes de su establecimiento y su configuración actual, a través de las diferentes reformas, a partir de 1886:

Los constituyentes del 86 consignaron en la codificación fundamental:

"*Artículo* 59. El Presidente de la República es el Jefe del Poder Ejecutivo, y lo ejerce con la indispensable cooperación de los ministros. El Presidente y los ministros, y en cada negocio particular el Presidente con el ministro del respectivo ramo, consituyen el Gobierno".

Esa obligada colaboración ministerial sirvió de base a la garantía de responsabilidad frente a posibles abusos innominados del Jefe del Gobierno y que se consagró en la siguiente norma:

"*Artículo* 122. El Presidente de la República o el que en su lugar ejerza el Poder Ejecutivo, es responsable únicamente en los casos siguientes, que definirá la ley:

"1º Por actos de violencia o coacción en elecciones;

"2º Por actos que impidan la reunión constitucional de las Cámaras Legislativas, o estorben a estas o a las demás corporaciones o autoridades públicas que establece esta Constitución, el ejercicio de sus funciones; y

"3º Por delitos de alta traición.

"En los dos primeros casos la pena no podrá ser otra que la destitución, y, si hubiere cesado en el ejercicio de sus funciones el Presidente, la de inhabilitación para ejercer nuevamente la presidencia.

"Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento o remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza mientras no se ha refrendado y comunicado por el ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se constituye responsable".

Como anotó José María Samper, con esta última regla se pretendió poner a salvo la responsabilidad general pues, aparte de los tres motivos consagrados expresamente, "si por ordenes del Presidente o actos que de él emanen, se viola la Constitución o las leyes, los responsables son los Ministros, o los agentes respectivos, o unos y otros, según las circunstancias", y la garantía "es de mucho precio porque si el ministro del ramo refrenda y comunica el acto del Presidente, ya la Nación tiene a quien exigir la responsabilidad, al ser el acto vituperable; y si aquel ministro se deniega y resiste, su resistencia sirve para evitar el mal, o su separación del Ministerio es un principio de responsabilidad moral para el Presidente, y abre el camino a la responsabilidad del Ministro sucesor". (Derecho Público Interno de Colombia —Bogotá—, 1951, Tomo II, págs. 313-315).

El Acto Legislativo Nº 3 de 1910 modificó y dividió el precepto anterior así:

"*Artículo* 29. El Presidente de la República o quien haga sus veces, será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes.

"*Artículo* 30. Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo, quien por el mismo hecho se consituye responsable".

El Acto Legislativo Nº 1 de 1936 dispuso en el artículo 22 que "el órgano ejecutivo lo constituyen el Presidente de la República y los Ministros del despacho" y que "el Presidente y los Ministros, y en cada negocio particular, el Presidente con el Ministro del respectivo ramo, constituyen el Gobierno". Y en la Codificación Constitucional de este año quedó esta norma en el artículo 53 y en los artículos 119 y 120 se repitieron los preceptos de la reforma de 1910.

El Acto Legislativo Nº 1 de 1945 ordenó:

"*Artículo* 30. El artículo 120 de la Constitución quedará así:

"Artículo 120. El Presidente de la República y los Ministros del Despacho o los Jefes de Departamentos Administrativos, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, constituyen el Gobierno.

"Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento o remoción de Ministros y Jefes de Departamentos Administrativos, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea refrendado y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se constituyen responsables".

Esa norma se llevó al artículo 57 de la Codificación de 1945 y ha permanecido, sin modificación alguna, hasta el presente, así como subsiste, bajo el número 130, el precepto según el cual el Presidente de la República, o quien haga sus veces, será responsable por sus actos u omisiones que violen la Constitución o las leyes.

De la anterior relación fluye, con claridad, el significado teleológico de la normatividad fundamental y surge también la certidumbre de que la frase "ningún acto del Presidente" no se le debe dar un sentido inconmensurable sino un alcance sujeto a valuación, acorde con la naturaleza de la actividad presidencial y examinada ésta a la luz de los principios del derecho administrativo, en armonía con la específica atribución de competencia constitucional o legal.

Los actos del Presidente que requieren, para su validez, el refrendo y la comunicación son, sin duda, los decretos, resoluciones y otras providencias de carácter general y aquellos que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas concretas de manera definitiva. La exigencia de que sea refrendado y comunicado el acto por el Ministro o el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente es, realmente ineludible, en toda actuación de gobierno cumplida en ejercicio del poder de decisión ejecutoria. Así lo entendió el legislador

cuando expresó en el artículo 75 de la Ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal, que a los Ministros corresponde "autorizar con su firma los decretos u ordenes del Presidente" y "ser órganos de comunicación con los empleados públicos y los particulares".

La elección de Procurador General de la Nación es acto administrativo que corresponde, como atribución especial a la Cámara de Representantes, de terna presentada por el Presidente de la República, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 102-1 de la Carta, en armonía con lo dispuesto en los artículos 119-1 y 144 de la misma. Es, pues, un acto complejo formado por dos voluntades que se unen cuando el Jefe del Estado presenta o envía la terna, según las expresiones de la Constitución, y la Cámara de Representantes escoge a quien ha de ejercer las funciones del empleo. El Presidente de la República postula y la Cámara de Representantes elige, declara y confirma la elección.

Es obvio que una postulación de tanta trascendencia, puesto que se trata del ejercicio de una atribución relacionada con la administración de justicia para la provisión del más alto cargo en el Ministerio Público, implica un previo acuerdo entre el Presidente y su colaborador respectivo. Pero no es esencial, para la validez de la manifestación de voluntad presidencial, que el Ministro de Justicia firme la nota que contiene la decisión adoptada sobre lo fundamental que es la conformación de la terna.

En el presente caso, sólo el Presidente de la República suscribió la comunicación a la Cámara de Representantes, pero es un hecho público que el Ministro de Justicia, en documento ampliamente divulgado, expresó su opinión personal y política sobre la actuación cumplida y de manera explícita reconoció que la terna se formó con los nombres de ciudadanos intachables, profesionales distinguidos, cuya trayectoria, personalidad y carácter conoce la opinión pública.

La interpretación expuesta sobre el mandato hipotético, señalado por el demandante como infringido, y la real situación comprobada en el juicio, no conduce a declarar la invalidez del acto jurídico de postulación, inicial en el procedimiento previsto por la Carta para la elección de Procurador General de la Nación.

2. El segundo motivo de censura presentado por el autor de la demanda toca con las disposiciones sobre retiro forzoso contenidas en los Decretos 2400 de 1968 y 250 de 1970 y la circunstancia, demostrada en el plenario, de que uno de los incluidos en la terna enviada por el Presidente de la República a la Cámara de Representantes, había sobrepasado la edad límite fijada en tales estatutos.

Se advierte, en primer término, que nuestros constituyentes y legisladores, desde el implantamiento del sistema republicano, no han tenido un criterio uniforme y claramente consagrado sobre la ubicación del Ministerio Público dentro de una de las tres ramas del poder. Pero se observa, asimismo, que a través de todas las transformaciones constitucionales y legales ha predominado la idea de que esta institución se debe someter a una regulación especial, mas cerca de la jurisdicción que del ejecutivo porque las funciones de sus agentes se cumplen, principalmente, ante los tribunales y juzgados como colaboradores de éstos en la misión de impartir justicia. Así ha sido

siempre y, acorde con esa tradición institucional, la Carta vigente dedica el Título XIV a regular su composición y sus complejas atribuciones: defender los intereses de la Nación; promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas; supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos y perseguir los delitos y contravenciones. Y diversos estatutos orgánicos se han expedido para desarrollar los ordenamientos superiores y especialmente los que se refieren a la Procuraduría General.

Se puede decir que el Jefe del Ministerio Público, el Procurador General de la Nación, bajo la suprema dirección del Gobierno según la fórmula constitucional, actúa, en determinados casos, de acuerdo con instrucciones del Presidente de la República, pero en ejercicio de sus funciones como representante de la sociedad y defensor de la Constitución y de la ley procede con absoluta independencia.

De lo anterior se desprende la afirmación categórica de que las disposiciones del Decreto Ley 2400 de 1968 no son aplicables al Procurador General de la Nación pues ese estatuto regula la administración del personal que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

En 1945 se dio un paso importante en el camino hacia la conveniente independencia del Ministerio Público al cambiar el sitema anterior de nombramiento de Procurador General, que correspondía al Gobierno, por el de elección en la Cámara de Representantes de terna elaborada por el Presidente de la República, y al transformarse la organización total mediante "preceptos encaminados a obtener la unidad de acción y la necesaria jerarquía que debe existir entre los funcionarios de diverso grado, que componen aquel cuerpo", como lo expresó la Comisión que estudió el proyecto de Acto Legislativo reformatorio de la Constitución.

La conformación y funcionamiento de la rama jurisdiccional tambin fue materia de importantes innovaciones como la contenida en la siguiente norma"La ley establecerá la carrera judicial y reglamentará los sistemas de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales y los del Ministerio Público, las jubilaciones o pensiones que decrete el Estado para quienes hayan cumplido un determinado tiempo de servicio o se retiren forzosamente. También deberá retirarse obligatoriamente con derecho a las prestaciones sociales que determine la ley el funcionario cuyo trabajo sufra notoria disminución por razones de salud o que haya cumplido la edad máxima señalada en la ley para cada cargo".

El retiro obligatorio, de acuerdo con la historia fidedigna de su establecimiento, se concibió en 1945 como inherente a la carrera judicial, inseparable de ésta. Se buscó la estabilidad de los funcionarios y empleados adscritos a ella, pero al mismo tiempo se dispuso la limitación de permanenecia en el servicio, según señalamiento, que debía hacer la ley, de la edad máxima para cada cargo.

Una interpretación acorde con el singular tratamiento que se dio en la constitución al empleo de Procurador General, las exigencias inmodificadas para ocupar ese importante destino, la alta jerarquía, la forma especial de su elección mediante el acuerdo de voluntad del Presidente de la República y la Cámara de Representantes y el período

determinado, indican que no es jurídicamente posible, dentro del sistema, su inclusión en la carrera judicial y su sometimiento a las reglas sobre retiro forzoso. La Sala estima, pues, que el Procurador General quedó por fuera de la Carrera Judicial, con la consecuencia de que tampoco se le pueden aplicar las disposiciones sobre retiro.

Como se sabe, el legislador no dio cumplimiento al mandato incluido en el artículo 162 de la Constitución, sino después de que en el artículo 12 del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957 se ordenó:

"La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado serán paritarios.

"Los Magistrados de la Corte Suprema y los Consejeros de Estado permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta y no hayan llegado a edad de retiro forzoso.

"Las vacantes serán llenadas por la respectiva corporación.

"La ley reglamentará la presente disposición y organizará la carrera judicial".

El Decreto Ley 250 de 1970, orgánico de la Carrera Judicial y del Ministerio Público, dictado en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 16 de 1968, dispuso en el artículo 3º:

"Para los efectos del presente estatuto se consideran funcionarios los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, del Tribunal Disciplinario, los Tribunales Superiores de Distrito, de Aduanas y Administrativos, los Jueces Superiores, de Circuito, de Menores, de Instrucción Criminal y Municipales y los Fiscales del Consejo de Estado, de los Tribunales Superiores de Distrito, de Aduanas y Administrativos y de los Juzgados, y se consideran empleados quienes desempeñen los demás cargos en las mismas corporaciones y despachos.

"Los demás funcionarios y empleados del Ministerio Público, excepto el Procurador General de la Nación, los Procuradores, el Secretario General y el Asesor Jurídico de la Procuraduría, los Fiscales Delegados y los empleados del despacho de aquel, se regirán por el presente estatuto".

Y en el Título V, artículo 31, el mismo Decreto Ley estableció:

"Señálase como edad de retiro forzoso en las magistraturas de la Corte Suprema de Justicia, del Tribunal Disciplinario y del Consejo de Estado y en las Fiscalías de éste, la de sesenta y cinco años; y la de sesenta años en las magistraturas, y fiscalías de Tribunal, en los juzgados y fiscalías de juzgado y en los empleos subalternos".

Como se ve con claridad, el legislador extraordinario, al desarrollar los mandamientos constitucionales sobre carrera judicial, excluyó expresamente de sus ordenamientos al Procurador General de la Nación. Y procedió de acuerdo con la Carta pues ésta, reformada por el artículo 12 del Plesbiscito de 1957 en cuanto a las prescripciones sobre período de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Consejeros de Estado, previó, de manera especial, el retiro forzoso de éstos, con el fin de imponer un límite y evitar la magistratura vitalicia, pero no se refirió al Jefe del Ministerio Público, ni modificó ninguna de las

disposiciones particulares sobre requisitos para el ejercicio del cargo, forma de elección y término de permanencia en el empleo.

De lo expuesto resulta evidente la falta de fundamento jurídico de la demanda al indicar como violado el artículo 31 del Decreto 250 de 1970.

Si se aplicara, con rigor, una antigua jurisprudencia del Consejo según la cual la acusación sólo se debe analizar frente a las normas expresa y precisamente citadas por el demandante, "por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción", debería concluir aquí el examen respecto de la regulación del retiro forzoso porque el actor solamente mencionó como infringidos los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968 y 31 del Decreto 250 de 1970. Pero la Sala considera conveniente anotar que varias disposiciones de este último estatuto fueron derogadas o modificadas por decretos posteriores. En efecto:

El Decreto Ley 523 de 1971, sobre planta de personal de la Procuraduría General de la Nación, dispuso:

"*Artículo* 4º Son aplicables a los funcionarios y empleados a que se refiere el presente Decreto, en cuanto fueren pertinentes, las normas contenidas en los Títulos III, IV, V, XI y XII del Decreto Ley 250 de 1970.

"Para los Procuradores Delegados, el Secretario General y el Procurador Auxiliar se señala como edad de retiro forzoso la de sesenta y cinco años, para los demás funcionarios y empleados la de sesenta años".

Y también derogó el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 250 de 1970.

Se observa que, según el texto antes copiado, a los funcionarios y empleados de la Procuraduría General se deben aplicar las normas contenidas, entre otras, en el Título V del Decreto Ley 250 de 1970, que se refieren al retiro forzoso, pero "en cuanto fueren pertinentes", y ya se vio que esas reglas no son aplicables al Procurador General, y esto explica también por qué la disposición comentada señaló edad de retiro —65 años— a los Procuradores Delegados, al Secretario General y al Procurador Auxiliar y omitió al Procurador General y sería ilógico suponer que el legislador hubiera querido incluirlo implícitamente entre "los demás funcionarios y empleados" porque resultaría absurdo un ordenamiento que impusiera al superior el abandono del servicio a una edad menor que la indicada para el retiro de sus inmediatos subalternos.

El Decreto Ley 546 de 1971, por medio del cual se estableció el régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de sus familiares, unificó, en 65 años, la edad de retiro forzoso, pero tampoco hizo referencia al Procurador General de la Nación.

Se puede decir, por último, que cualquier norma legal posterior que colocara al Procurador General dentro de las previsiones sobre carrera y retiro forzoso sería inconstitucional y, por consiguiente, inaplicable.

Y como el constituyente no autorizó al legislador para incluir al Procurador General en la carrera y fijar a éste edad de retiro forzoso y como, en efecto, se le excluyó, de las disposiciones respectivas, según se ha visto, es claro que el Presidente de la República procedió en forma inobjetable, sin violar ninguna norma, al poner en la lista enviada a la Cámara de Representantes el nombre del doctor Samuel Arango Reyes pues éste sí reunía las condiciones para ser elegido y por ello, seguramente, la Corporación se abstuvo de hacer uso de la facultad prevista en el artículo 194 del Código Contencioso Administrativo y, así, obró con absoluta libertad al escoger de la terna, que consideró bien confeccionada, al doctor Guillermo González Charry, quien también reunía los requisitos exigidos por la Constitución en el artículo 150: "ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de treinta y cinco años de edad y ser abogado titulado; y, además, haber sido magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en propiedad, o magistrado de alguno de los Tribunales Superiores de Distrito por un período no menor de cuatro años; o fiscal de Tribunal Superior por el mismo tiempo; o Procurador General de la Nación por tres años; o Procurador Delegado por cuatro; o Consejero de Estado por el mismo período; o haber ejercido con buen crédito por diez años a lo menos, la profesión de abogado o del profesorado en jurisprudencia en algún establecimiento público".

VI

Decisión

Por todo lo anterior, 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,

Resuelve:

PRIMERO. Se declara la caducidad de la acción dentro del proceso radicado bajo el número 516.

SEGUNDO. Se deniegan las súplicas de la demanda en el juicio distinguido con el número 508.

Cópiese y notifíquese.

Jorge Dávila Hernández, (presidente); *Bernardo Ortiz Amaya,* (aclaración de voto); *Jorge Dangond Flórez, Alfonso Angel de la Torre,* (aclaración de voto); *Enrique Low Murtra, Jorge Valencia Arango, Carlos Betancur Jaramillo,* (salvó voto); *Osvaldo Abello Noguera, Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Ignacio Reyes Posada, Alvaro Orejuela Gómez, Carlos Galindo Pinilla, Mario Enrique Pérez V., Jacobo Pérez Escobar, Alfonso Arango Henao.*

Mauricio Torres Cuervo, Secretario.

ELECTORALES. PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. EDAD DE RETIRO FORZOSO. (SALVAMENTO DE VOTO). Lo que se dice de los magistrados de la Corte a este respecto, forzosamente deberá predicarse del Procurador. La remisión que hace la Constitución Nacional a los requisitos y condiciones para ser Procurador a los mismos señalados para los Magistrados de la Corte, no permite pensar que aquél, en cuanto a edad, esté en mejores condiciones que éstos.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Procesos Nºs 508 y 516. Actor: Armando Yepes G. Ponentes: Doctor Alfonso Arango H. y doctor Jorge Dangond Flórez.

Con todo respeto me separo de los planteamientos hechos por la Sala Plena en el proceso de la referencia, los cuales fueron elaborados por el señor Consejero Dangond Flórez. Son razones de mi discrepancia las siguientes:

1º Estimo que el acto mediante el cual se eligió al doctor Guillermo González Charry como Procurador General de la Nación está afectado de nulidad, por cuanto en la conformación de las ternas enviadas por el señor Presidente de la República a la H. Cámara de Representantes, se violaron normas tanto de jerarquía legal como constitucional. Comparto así fundamentalmente la ponencia original elaborada por el señor Consejero Arango Henao y de la cual cabe destacar:

> "Dispone el artículo 144 de la Constitución Nacional que "el Procurador General de la Nación será elegido por la Cámara de Representantes, de terna enviada por el Presidente de la República, para un período de cuatro años, y deberá reunir las mismas condiciones que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia". Y esas condiciones están consignadas en el artículo 150 de la misma Carta, que, además, dispone en su artículo 148 lo que dijo el artículo 12 del Plebiscito de 1º de diciembre de 1957, referente a los Magistrados de la Corte Suprema y a los Consejeros de Estado que éstos "permanecerán en sus cargos mientras observen buena conducta y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso", y agregó que la ley reglamentará esa disposición y organizará la carrera judicial.
>
> "Y el Decreto Ley 250 de 1970, 'por el cual se expide al Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público', dispuso en su artículo 31 'como edad de retiro forzoso en las magistraturas de la Corte Suprema de Justicia.... la de sesenta y cinco años', lo

que vale decir, que esa misma condición, por mandato expreso de la Carta, se exige, para el Procurador General de la Nación.

"Aunque la Carta en el artículo 150 al fijar las condiciones para ser elegido Magistrado de la Corte no exige que tenga menos de 65 años, este tope máximo, de fijación legal por permisión de la Constitución, conocido como edad de retiro forzoso, está en el mismo ordenamiento en su artículo 148 (artículo 12 del plebiscito) con referencia expresa a los mencionados Magistrados. Edad de retiro señalada en 65 años para estos, por el artículo 31 del Decreto 250 de 1970.

"En este orden de ideas, si un Magistrado de la Corte no puede ejercer el cargo después de los 65 años, tampoco podrá ser designado después de cumplir esa edad. En otros términos, si no se puede ser Magistrado después de la edad de retiro, no se puede elegir a alguien que haya rebasado esa edad.

"Y lo que se dice de los Magistrados de la Corte a este respecto, forzosamente deberá predicarse del Procurador. Así, no podrá ser elegido luego de haber cumplido la edad de retiro forzoso señalada en la ley y si la cumpliere durante el ejercicio de su cargo deberá retirarse del mismo, así esté dentro del período de 4 años que señala la Carta, en igual forma como deben dejar el cargo los Magistrados de la Corte a pesar de la vitalicidad. En este campo ni unos ni otro podrán hablar de un derecho adquirido.

"La remisión que hace la Constitución a los requisitos y condiciones para ser Procurador a los mismos señalados para los Magistrados de la Corte, no permite pensar que aquél, en cuanto a edad, esté en mejores condiciones que éstos. Donde el Legislador, para el caso el Constituyente, no distingue, no le es permitido al interprete hacerlo, dice una elemental y sabia regla de hermenéutica.

"La edad, nadie puede dudarlo, es una condición de eligibilidad y desde que se estableció el retiro forzoso, juegan tanto la mínima como la máxima, con igual fuerza. Su desconocimiento en uno y otro sentido, vicia de nulidad el acto de elección.

"Los miembros de una terna, cuando la ley exige que un nombramiento se haga por ese procedimiento, tienen que reunir todos condiciones de elegibilidad, porque de lo contrario sería bastante fácil hacer fraude a la ley, incluyendo uno o dos nombres que no reunieran los requisitos, para favorecer a uno de los ternados. En estas hipótesis podría hablarse, con ironía, que alguien lo nombraron porque su 'terna' estuvo compuesta por uno o por dos nombres solamente".

2º Si bien es cierto la demanda no es muy amplia al señalar todas las disposiciones legales y constitucionales violadas por el acto impugnado, no es menos cierto que en el citado libelo se hizo mención de las fundamentales y que de los mismos hechos se infieren lógicamente otras, que deben aplicarse sin que por esto pueda hablarse del desconocimiento del socorrido principio, hoy un tanto en desuso, de que ésta es una jurisdicción eminentemente rogada.

Como confirmación de lo dicho transcribe a continuación el memorando que durante la discusión de este asunto presenté ante la Sala Plena en torno a este aspecto procesal. Allí se lee:

"No comparto la apreciación hecha por los señores Consejeros Valencia Arango, Ortiz Amaya y Arango Henao en el sentido de que por tratarse de una jurisdicción rogada el juez administrativo no puede fallar sino con sujeción a las normas precisamente citadas por el actor y según el concepto de infracción alegado.

"Es cierto que el ordinal 4º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo sienta como regla general que en el proceso contencioso administrativo el juzgador deberá fallar con sujeción a las normas violadas y según el concepto de violación expuesto en la demanda y que este principio muestra cómo el juez administrativo no ejerce al tomar la decisión un control general de legalidad, como sí lo hace la Corte Suprema de Justicia frente a la acción de inexequibilidad y con relación a la Carta Constitucional. Pero no es menos cierto que lo anterior no quiere significar que si de las voces de la demanda se infieren claramente las normas violadas, aunque no citadas, éstas no pueden aplicarse. Sí puede hacerse, porque en el fondo el problema se reduce a la simple identificación del derecho violado. Y esto debe ser así, sobretodo en las acciones públicas de nulidad y electorales que pueden instaurarse por cualquiera persona aunque no tenga título de abogado, y que impone, por ende, que la interpretación del juez sea más amplia. No tendría sentido que el legislador le entregara la titularidad de la acción a toda persona sin distinguir y que el juez analizara las demandas con criterio restrictivo sólo exigible a un especialista".

3º Para el suscrito no hay duda que las normas sobre retiro forzoso cobijan al Procurador General de la Nación. Se hace esta afirmación luego del análisis de los desarrollos legales que se cumplieren a partir de la reforma constitucional de 1945, la cual dispone en su artículo 162:

"La ley señalará la carrera judicial y reglamentará los sistemas de concursos para la selección de los candidatos *que hayan de desempeñar los cargos judiciales y los del Ministerio Público,* las jubilaciones o pensiones que decreta el Estado para quienes hayan cumplido un determinado tiempo de servicio o *se retiren forzosamente.* También deberá retirarse obligatoriamente con derecho a las prestaciones sociales que determine la ley el funcionario cuyo trabajo sufre notoria disminución por razones de salud, *o que haya cumplido la edad máxima señalada en la ley para cada caso*". (Subrayas fuera del texto).

En desarrollo de este principio constitucional se expidió el Decreto 250 de 1970, el cual en su artículo 31 estableció como edad de retiro forzoso para el personal perteneciente a la rama jurisdiccional y al Ministerio Público, la de 65 años. Aunque el inciso final del artículo 3º excluye expresamente a algunos altos funcionarios de este Ministerio de las previsiones del Estatuto, entre estos al Procurador, no es

menos cierto que el artículo 8º del Decreto 523 de 1971 deroga expresamente esa excepción, haciendolo así aplicable, en extremos como el del retiro forzoso, a todo el personal, sin excepciones.

Posteriormente el Decreto 546 en su artículo 5º señala para el personal a que se refiere según su enunciado, como edad de retiro forzoso la de 65 años. En este decreto no se hace ninguna excepción y donde no distingue el legislador no es posible que el intérprete lo haga.

Para sostener que estos dispositivos legales sobre retiro forzoso no se aplican al Procurador cuando ellos se refieren, precisamente, a la rama jurisdiccional y al Ministerio Público sin distingos, habría que concluir, contra *legem,* que este funcionario no pertenece a tal Ministerio.

Y el legislador se ha mantenido en la misma línea. Así el Decreto 1660 de 1978 en forma inequívoca dice que el estatuto se aplica a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del *Ministerio Público* y de las Direcciones de Instrucción Criminal; y que tales funcionarios y empleados deben dejar el servicio oficial cuando se encuentren en situación de retiro forzoso, o sea, al cumplir los 65 años. La inclusión del cargo de Procurador en las previsiones del mencionado ordenamiento es también inequívoca. Basta leer su artículo 3º, el que al hacer la enumeración de los funcionarios del Ministerio Público incluye el primer término el antecitado funcionario, que es indiscutiblemente su cabeza, pese a la norma constitucional que ordena que este Ministerio será ejercido bajo la suprema dirección del Gobierno.

Comparto, sí, la argumentación que hace la ponencia que obtuvo el respaldo de la mayoría en torno al primer cargo formulado en la demanda correspondiente a la comunicación, suscrita únicamente por el Presidente de la República, y contentiva de la terna para la elección del Procurador. Sobre la acertada argumentación allí contenida nada tengo que agregar.

Con todo respeto,

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá, D. E., septiembre veintiséis (26) de mil novecientos setenta y nueve (1979).

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION. (ACLARACION DE VOTO). — Exigencia de señalarlos expresamente en la demanda, luego si falta una u otra no podrá dársele curso a la demanda y por lo tanto no puede haber concepto de violación de normas que no han sido señaladas específicamente por el demandante.

Referencia: Expediente Nºs 508 y 516. Actor: Armando Yepes Garcés.

Por estar de acuerdo con la decisión tomada se votó favorablemente la ponencia presentada en este negocio, pero los suscritos Consejeros se sienten en la obligación de aclarar que para fundamentar la decisión eran suficientes las consideraciones hechas en la parte motiva hasta la frase que dice: "Si se aplicara, con rigor, una antigua jurisprudencia del Consejo según la cual la acusación sólo se debe analizar frente a las normas expresa y precisamente citadas por el demandante, 'por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción', debería concluir aquí el examen respecto de la regulación del retiro forzoso porque el actor solamente mencionó como infringidos los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968 y 31 del Decreto 250 de 1970".

En efecto, en forma reiterada se ha sostenido que las demandas ante la jurisdicción contencioso administrativo señalan los límites de conocimiento del juez y por ello el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo en su numeral 4º dispone que la demanda debe contener "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación"; igual cosa exige el literal c) del artículo 210 del Código Contencioso Administrativo al hablar de lo que debe contener la demanda en materia electoral y que textualmente dice: 'Las disposiciones que se estimen violadas y el concepto de la violación'.

Luego si falta una u otra de las exigencias mencionadas no podrá dársele curso a la demanda y por lo tanto no puede haber concepto de violación de normas que no han sido señaladas específicamente por el demandante.

Por eso, las anotaciones posteriores hechas por la Sala en la parte final de la motivación del fallo, si bien pudieran ser discutibles, al criterio de los suscritos no tienen cabida dada la exigencia de señalar expresamente en la demanda las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de su violación.

Esta la razón por la cual los suscritos Consejeros aclaran su voto.

Bogotá, D. E., septiembre 17 de 1979.

Alfonso Angel de la Torre, Bernardo Ortiz Amaya.

ELECTORALES. CONTRALOR AUXILIAR. — Aunque es cierto que el artículo 62 de la Constitución Nacional indica que la "ley determinará las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos en la Constitución", este no es un principio absoluto que implique competencia excluyente y única del Congreso en esta materia. La ley en sentido estricto, podrá hacerlo respecto no sólo de empleos del orden nacional, sino también en el orden departamental y en el municipal. Sin embargo, cuando no se ha hecho uso de tal facultad para el ámbito Departamental o Municipal, las Asambleas y los Concejos pueden por medio de actos de carácter general exigir ciertas calidades a las personas que van a desempeñar cargos creados por tales corporaciones, siempre, claro está, que no estén en contradicción con las normas superiores que ya hubieren señalado requisitos. En el señalamiento de calidades para ejercer el cargo de Contralor Auxiliar creado por la Asamblea, bien podría invocarse como autorización constitucional para ello la del numeral 8º del artículo 187 de la Carta.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., noviembre veinte de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Bernardo Ortiz Amaya*)

Referencia: Expediente Nº 536. Actor: María Cecilia Baldrich Paredes. Apelación sentencia de marzo 1º de 1979 Tribunal del Cauca. Nulidad elección de Henry O. Holguín David, como Contralor Auxiliar del Departamento del Cauca. ELECTORAL.

La ciudadana MARIA CECILIA BALDRICH PAREDES formuló demanda ante el Tribunal Administrativo del Cauca para obtener la declaración de nulidad de la elección hecha por la Asamblea Departamental del Cauca en cabeza del señor Henry Otoniel Holguín David como Contralor Auxiliar de ese Departamento.

La actora considera que las razones de ilegalidad de ese acto radican en la violación del artículo 9º de la Ordenanza Nº 3 de 1973 de la misma Asamblea y del artículo 190 inciso 3º de la Constitución Nacional.

Oportunamente se hizo parte el señor Henry Otoniel Holguín David, por medio de apoderado debidamente constituido, quien impugnó las peticiones de la demanda.

Tramitado el negocio en primera instancia el Tribunal del Cauca por sentencia del 1º de marzo de 1979 declaró la nulidad del acto realizado por la Asamblea Departamental en consideración a que el ele-

gido no reúne las calidades y requisitos del inciso 3º del artículo 190 de la Constitución Nacional exigido por el artículo 9º de la Ordenanza Nº 3 de 1973.

Interpuesto el recurso de apelación, el interesado solicita que se revoque, pues considera que el nombrado tiene un título idóneo para desempeñar el cargo y porque estima que el artículo 9º de la Ordenanza Nº 3 de 1973 desconoce lo previsto por el artículo 62 de la Constitución Nacional y por lo tanto no debe ser aplicable al presente caso.

Inicialmente el impugnador había manifestado que la decisión de la Asamblea tiene igual jerarquía que la Ordenanza que exige requisitos al Contralor Auxiliar pues están ambos actos dictados por la misma Corporación, y la nulidad sólo puede operar cuando se violan normas de mayor jerarquía.

Tramitado el negocio en esta segunda instancia sin que se observe nulidad procesal alguna se oyó el concepto del Fiscal 5º del Consejo de Estado doctora Clara Forero de Castro quien considera que se debe confirmar la sentencia apelada.

Para resolver se considera

El texto del artículo 9º de la Ordenanza Nº 3 de 1973 de la Asamblea Departamental del Cauca es del siguiente tenor:

"*ARTICULO* 9º En lo sucesivo el Contralor Auxiliar deberá reunir las condiciones y calidades que, para Contralor Departamental, enuncia el artículo 190, inciso tercero de la Constitución Política".

La Fiscal 5ª del Consejo de Estado opinó en la siguiente forma:

"El señor HENRY OTONIEL HOLGUIN DAVID, quien fuere reconocido como parte impugnadora en el proceso de la referencia, por medio de apoderado ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 1º de marzo de 1979.

"Corresponde a la Fiscalía emitir concepto de fondo, a lo cual procede mediante las siguientes

Consideraciones

"Mediante el ejercicio de la acción electoral se solicitó al Tribunal declarar nulo el acto por medio del cual la Asamblea Departamental del Cauca, en sesión de 24 de octubre de 1978, eligió y declaró electo al señor Henry Otoniel Holguín David, como Contralor Auxiliar del Departamento del Cauca.

"La sentencia de primera instancia, luego de un juicioso estudio de la cuestión planteada, encontró acertados los planteamientos de la parte demandante y accedió a lo pedido.

"Como disposiciones violadas se citaron los artículos 9º de la Ordenanza Nº 3 de 1973, 190 inciso 3º y 192 de la Constitución Nacional, por el hecho de no reunir la persona elegida, las mismas

calidades exigidas para ser Contralor Departamental, conforme al artículo 9º de la Ordenanza Nº 3 de 1973.

"El señor Holguín David se opuso a las pretensiones de la actora, con los siguientes argumentos que así se sintetizan:

"a) La Constitución Nacional indica que únicamente la ley puede determinar 'las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos en los casos no previstos por la Constitución". (Artículo 62).

"Ocurrió entonces que la Asamblea aplicó preferencialmente al elegir, el artículo 62, reconociendo el vicio constitucional de la ordenanza u ordenazas que señalaron requisitos para el ejercicio del cargo de Contralor Auxiliar.

"b) No existe quebranto del artículo 192 de la Constitución Nacional, puesto que los acuerdos y ordenanzas son obligatorios para los organismos o personas que no tienen poder decisorio respecto a esos actos, puesto que tanto los Concejos Municipales como las Asambleas Departamentales en cada caso, pueden derogarlos sin esperar a que la Jurisdicción Contencioso Administrativa los suspenda o anule.

"c) No existe ninguna norma que atribuya competencia a la jurisdicción para anular un acto administrativo de una Asamblea Departamental por ser contrario a una ordenanza por ella misma dictada, y las competencias no se presumen sino que deben estar consagradas en la ley o reglamento.

"d) El Contralor Auxiliar electo, reúne los requisitos indicados en el artículo 9º de la Ordenanza Nº 3 de 1973, porque aceptando que la Contaduría es una ciencia económica o financiera, el hecho de ser él un contador 'autorizado', lo equipara a un profesional universitario.

"e) La norma que se citó como violada es el artículo 9º de la Ordenanza Nº 3 de 1973, derogada por la Nº 38 de 1975, sin que le sea dable al juzgador deducir la violación de normas que no fueron invocadas en el libelo.

"El recurso de apelación se fundamenta en idénticos argumentos.

"Este Despacho se permite expresar su concepto sobre cada uno de los argumentos expuestos, no sin antes advertir que aunque estima necesario para la viabilidad de un pronunciamiento de fondo en los juicios electorales, que se acusen tanto el acto de nombramiento como el de confirmación cuando esta formalidad se requiere, en el presente caso no aparece que las normas departamentales exijan la confirmación de la elección de Contralor Auxiliar ni que esta se hubiera llevado a efecto por la Asamblea; lo cual hace imposible la exigencia de demandar un acto inexistente.

"I *Planteamientos previos al estudio del caso* sub judice

"Aunque el problema debatido es el de la validez o invalidez de la elección de Contralor Auxiliar hecha por la Asamblea De-

partamental, desde el punto de vista de los requisitos que debe reunir el elegido, esta Fiscalía se permite manifestar al margen del conflicto jurídico que concretamente se plantea, algunas dudas y reparos acerca de la facultad misma de las Asambleas para hacer esta elección.

"El artículo 10 de la Ordenanza Nº 3 de 1973, traída a los autos, señala que el Contralor Auxiliar será elegido por la Asamblea Departamental.

"Pero ocurre que las Asambleas Departamentales sólo pueden hacer aquello para lo cual la Constitución y la ley las han facultado.

"El artículo 187 de la Constitución Nacional en el numeral 8º atribuye competencia a las Asambleas para 'Organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años'.

"En ninguno de sus once numerales este artículo faculta para hacer otros nombramientos distintos al de Contralor.

"Aun cuando en el expediente no se ha establecido el origen del cargo de Contralor Auxiliar, cabe anotar que el Decreto Nº 1839 de 1956, expedido por el Señor Presidente de la República con base en las facultades de Estado de Sitio, en su artículo 6º creó el cargo de Contralor Auxiliar y señaló calidades o requisitos para su ejercicio, indicando que sería un funcionario de libre nombramiento y remoción del Contralor, llamado a reemplazarlo en las ausencias temporales de éste.

"Sin embargo, este Decreto fue derogado por la Ley 6ª de 1958. Por tanto, debe presumirse que el cargo de Contralor Auxiliar, pasó a ser de creación local con base en la facultad del numeral 8º citado.

"Pero en cuanto a la elección de la persona que debe desempeñarlo, por tratarse de un funcionario subalterno del Contralor, debería corresponderle a él tal nombramiento y el del resto de empleados del servicio a su cargo, tal como acontece en el orden nacional.

"Esta Fiscalía estima que la Asamblea del Cauca se atribuyó una competencia que no le otorgaba ni la Consitución ni la ley al reservarse el nombramiento de Contralor Auxiliar.

"II *El caso debatido*

"Concretándose la Fiscalía al estudio del asunto planteado en la demanda y al análisis de los argumentos expuestos por la parte impugnadora, se permite conceptuar:

"a) *Señalamiento de calidades para el ejercicio de cargos públicos*

"En sentir de la Fiscalía, aunque es cierto que el artículo 62 de la Constitución Nacional indica que 'la ley determinará las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previsto en la Constitución', este no es un principio absoluto que implique competencia excluyente y única del Congreso en esta materia.

"En efecto, aparece a primera vista la conveniencia de que sea un acto de carácter general, que cobije a todas las personas el que señale las calidades que deben reunirse para ocupar determinados empleos, cuando la propia Constitución no lo ha hecho.

"La ley, en sentido estricto, podrá hacerlo respecto no sólo de empleos del orden Nacional, sino también en el orden Departamental y en el Municipal.

"Sin embargo, cuando no se ha hecho uso de tal facultad para el ámbito Departamental o Municipal, cree la Fiscalía que las Asambleas o los Concejos pueden por medio de actos de carácter general —Ordenanzas o Acuerdos— exigir ciertas calidades a las personas que van a desempeñar cargos creados por tales Corporaciones, siempre, claro está, que no estén en contradicción con las normas superiores que ya hubieren señalado requisitos.

"Sabido es que la competencia de las Asambleas Departamentales está supeditada a la Constitución y a la ley, es decir, que sólo pueden ocuparse de asuntos para los cuales las haya autorizado la Constitución y la ley.

"Pero en el caso que nos ocupa, de señalamiento de calidades para ejercer el cargo de Contralor Auxiliar, creado por la Asamblea, bien podría invocarse como autorización Constitucional para ello la del numeral 8º del artículo 187 de la Carta, en cuanto indica como de competencia de las Asambleas la facultad de 'Organizar la Contraolría Departamental' ".

"Dentro de ella, es apenas normal que se dicten disposiciones encaminadas a su buen funcionamiento y se pretenda la escogencia de personas que por reunir determinados requisitos, ofrezcan mayores garantías para el ejercicio de las tareas que le son propias. Aun cuando en este proceso no se ha establecido cuáles son las funciones del Contralor Auxiliar, si a él corresponde reemplazar al principal en ausencias temporales, no es extraño que se le exijan idénticas calidades cuando con ello no se está obrando en contra de lo previsto por la Constitución o la ley. Mal haría una Asamblea Departamental señalando calidades para el ejercicio del cargo de Contralor Departamental puesto que ya expresamente lo hizo la Constitución, pero en ausencia de disposiciones constitucionales o legales, puede hacerlo la Asamblea por medio de Ordenanzas, dentro de su función de organizar las Contralorías Departamentales. Ya se vio anteriormente que el Decreto Nº 1839 de 1956 fue derogado expresamente por la Ley 6ª de 1958, desapareciendo así un ordenamiento legal en esta materia.

"Ahora bien, en el caso concreto de autos, era necesario observar el mandato ordenanzal puesto que no se ha comprobado que hubiera sido suspendido o anulado por la jurisdicción contenciosa, y la asamblea cuando eligió al apelante en el cargo de Contralor Auxiliar del Departamento, en ningún momento manifestó su propóstio de aplicar la excepción de inconstitucionalidad a que se refiere el señor apoderado.

"b) *Obligatoriedad de las Ordenanzas*

"Pretende el señor apoderado del apelante que una Ordenanza no es precepto obligatorio para la Asamblea que la expidió, por el hecho de tener la facultad de derogarla.

"Este razonamiento resulta por demás extraño pues a nadie le es dable desconocer o violar las normas jurídicas, menos aún a quienes las han expedido.

"Si el Congreso dicta una ley, los actos que esa misma entidad profiera en desarrollo de la misma, deben ajustarse a ella. Lo mismo puede predicarse del Presidente de la República cuando dicta decretos reglamentarios de las Asambleas y los Concejos respecto a los actos de carácter general que expiden.

"Caso distinto es el de la derogatoria, que puede hacerse generalmente por quien tiene competencia para expedir las normas y mediante un acto de igual categoría.

"Las Asambleas pueden ciertamente derogar por medio de Ordenanzas nuevas, otras expedidas anteriormente, mas no a través de un acto condición como es el de la expedición de un nombramiento. Al ejercer la facultad de nombrar debe observar y respetar lo establecido por ella misma.

"c) *Competencia para anular actos de nombramiento hechos por las Asambleas*

"La competencia para conocer de los juicios referentes a las elecciones o nombramientos hechos por las Asambelas Departamentales está atribuida a los Tribunales Administrativos en primera instancia y el Consejo de Estado en última, por el artículo 191 del Código Contencioso Administrativo, y no debe confundirse este factor con las causales de anulación de los actos Administrativos. Cosa bien distinta será encontrar o nó que un acto de tal naturaleza viole normas superiores de derecho. Ya la Fiscalía expresó su criterio sobre si las Asambleas al hacer una elección deben respetar las normas generales —Ordenanzas— por ellas expedidas. A este respecto cabe también citar el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo.

"d) *Requisitos para ser Contralor Auxiliar*

"Según la Ordenanza invocada, deben ser los mismos que la Constitución Nacional en su artículo 190, inciso 3º exige para ser elegido Contralor Departamental, es decir, ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 25 años y ser abogado o tener título universitario en ciencias económicas o financieras o haber ejercido el cargo de Contralor en propiedad.

"La demandante impugna el nombramiento recaído en el señor Henry Otoniel Holguín David, precisamente porque afirma que carece del requisito del título universitario en derecho o en ciencias económicas o financieras.

"Al proceso no se aportó el título que acredite tal calidad, no siendo de recibo para suplirlo, en sentir de la Fiscalía, la resolución que lo autorizó para ejercer la profesión de Contador Público, sin que para llegar a esta conclusión sean necesarios razonamientos distintos a los expuestos por el Tribunal y por su Fiscal colaborador al respecto.

"e) *Vigencia de la norma que se invoca como violada*

"A los autos ha sido traída una copia autenticada del órgano de publicidad de los actos del Gobierno Departamental del Cauca, en donde aparece publicada la Ordenanza Nº 3 de 1973, cuyo artículo 9º señala los requisitos que deben reunir el Contralor Auxiliar. Parece ser que con posterioridad se expidió la Ordenanza Nº 38 de 1975, la cual en su artículo 1º reproduce el 9º de la Nº 3 de 1973, según afirmación del Tribunal.

"Pero como en el proceso no se ha demostrado la derogatoria de la primera ni se conoce el texto de la segunda, la causal de nulidad invocada sigue siendo válida tal como lo aceptó el Tribunal.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar la confirmación de la sentencia apelada".

La Sala comparte los planteamientos de orden jurídico presentados por la Fiscalía y como evidentemente el elegido no exhibe título universitario en ciencias económicas o financieras ni es abogado y tan sólo acreditó su título de Contador Público juramentado, éste no puede quedar comprendido dentro de las exigencias mencionadas por el inciso 3º del artículo 190 de la Constitución Nacional por lo tanto no reúne los requisitos establecidos por la ordenanza departamental.

Las razones anteriores son suficientes para que 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 con su colaborador Fiscal.

Falla:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Jorge Dávila Hernández, (presidente); *Alfonso Angel de la Torre, Enrique Low Murtra, Jorge Valencia Arango*, (no asistió a sala); *Bernardo Ortiz Amaya, Osvaldo Abello Noguera, Carlos Betancur Jaramillo*, (aclara sobre motivación); *Jorge Dangond Flórez*, (con salvamento de voto); *Ignacio Reyes Posada, Alvaro Orejuela Gómez, Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Carlos Galindo Pinilla*, (no asistió a sala); *Mario Enrique Pérez*, (no asistió a sala); *Jacobo Pérez Escobar*, (no asistió a sala); *Alfonso Arango Henao*, (no asistió a sala).

Mauricio Torres Cuervo, Secretario.

ELECTORALES. CONTRALOR AUXILIAR. — Las calidades para desempeñar ciertos empleos (los de creación constitucional o legal) serán señaladas por la ley cuando la Constitución no lo haya hecho. A escala departamental o municipal este aspecto varía, pero solamente frente a aquellos funcionarios creados por los organismos competentes de estos niveles.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

SALVAMENTO DE VOTO

Doctor Jorge Dangond Flórez

Referencia: Expediente Nº 536. Actor: María Cecilia Baldrich Paredes.

Considero que se ha debido ratificar en esta oportunidad la jurisprudencia contenida en fallo de fecha 20 de octubre de 1976 —expediente Nº 250— en el cual, después de hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución, en armonía con el 76, ordinal 10, de la misma, se expresó:

"Dice aquella norma, en lo pertinente: "La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; *las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos en la Constitución.* A pesar de que el texto es claro en su enunciado 'La *ley determinará'*, el ordinal 10º, del artículo 76 aclara aún más el asunto, al disponer *'artículo* 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: 10) Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 132 y demás preceptos constitucionales'. La transcripción de estas normas permite concluir, en principio, que las calidades para desempeñar ciertos empleos (los de creación constitucional o legal, se entienda) serán señalados por la ley cuando la Constitución no lo haya hecho. Así se observa como en la Carta se establecen los requisitos para ser Senador, Representante, Magistrado de la Corte, Consejero de Estado, etc., pero se ve también que se crean otros cargos sin el señalamiento de requisitos (caso de los alcaldes, personero, gobernadores etc. etc.). Para todos estos, por voluntad del constituyente, rige el principio contenido en el artículo 62 y sólo la ley podrá llenar ese vacío. En los de creación legal, será el legislador el competente para el efecto. A escala departamental y municipal este aspecto varía, pero solamente frente aquellos funcionarios creados por los organismos competentes de estos niveles. En aquella será el Gobernador el competente para la creación de los empleos que demanden los servicios del Departamento, (artículo 194-9 de la Constitución), dentro de la estructura que para la ad-

ministración de éste haya establecido la respectiva Asamblea mediante ordenanza, teniendo en cuenta las funciones de las diferentes dependencias y las distintas categorías de empleos. A nivel municipal sucede algo similar, aunque no exista la norma que le permita al Alcalde tomar expresamente tales medidas. Frente a estos empleos, —se recalca— no será la ley la encargada de fijar las calidades o los requisitos para su desempeño".

Bogotá, D. E., diciembre cinco de mil novecientos setenta y nueve.

Jorge Dangond Flórez.

ELECTORALES. CONTRALOR AUXILIAR. — Pese a que con base en el artículo 62 de la Carta sostuve que las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución deben ser fijados única y exclusivamente por la ley, en el, presente asunto me someto a la decisión de la mayoría que permite a las Asambleas y Concejos señalar esos requisitos a niveles departamental y municipal y para funcionarios de sus respectivas órbitas.

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 536. María Cecilia Baldrich Paredes.

Con todo respeto manifiesto que, a pesar de que he venido sosteniendo tesis contrarias a la expuesta en el fallo elaborado por el doctor Bernardo Ortiz Amaya, acato en esta oportunidad la decisión mayoritaria tomada por la Sala Plena, ya que corresponde a una posición ya reiterada.

He venido sosteniendo en forma repetida que cuando uno de los Consejeros sostiene tesis minoritaria, deberá salvar el voto frente al caso concreto que se está discutiendo; pero que frente a asuntos similares futuros no debe seguir asumiendo la misma actitud, por cuanto el respeto a la decisión de la mayoría debe imponerse a la larga. En este sentido, al minoritario no le queda otra salida que la de acatar lo así decidido, pudiendo sí propiciar que se reabra el debate sólo cuando tenga aspectos nuevos para discutir.

Por esta razón, y pese a que con base en el artículo 62 de la Carta sostuve que las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución, deben ser fijados única y exclusivamente por la ley, en el presente asunto, repito, me someto a la decisión de la mayoría que permite a las asambleas y concejos señalar esos requisitos a niveles departamental y municipal y para funcionarios de sus respectivas órbitas.

Respetuosamente.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., noviembre veintiseis de mil novecientos setenta y nueve.

ELECTORALES. VICEPROCURADURIA. — No es de creación Constitucional, sino legal, lo mismo que las calidades (Artículo 5º de la Ley 25 de 1974) y de conformidad con el artículo 62 de la Carta "La ley determinará.. las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos". Excepción general a la regla de que para ocupar un cargo en la rama jurisdiccional y en el Ministerio Público es preciso reunir los requisitos exigidos por la Constitución y la ley. Esta excepción opera para el desempeño de cargos en propiedad, en interinidad o por encargo.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., octubre dieciséis de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Mutra*)

Referencia: Radicación 519. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfán. Juicio electoral. Nulidad parcial del artículo 1º del Decreto 347 del 20 de octubre de 1978. Nombramiento como Viceprocuradora General de la Nación de la doctora Susana Montes de Echeverry.

Es el momento de decidir lo referente a la demanda parcial interpuesta contra el artículo 1º del Decreto 347 del 20 de octubre de 1978 por medio del cual el Procurador General de la Nación, nombró como Viceprocuradora a la doctora Susana Montes de Echeverry.

1. *La demanda*

A. El actor señaló como quebrantados los artículos 144, 150, 154 y 159 constitucionales; los artículos 5º de la Ley 25 de 1974 y 66 de la Ley 167 de 1941. Finalmente el Decreto 1660 del 4 de agosto de 1978

B. Expresó que la doctora Susana Montes de Echeverry no cumple con los requisitos constitucionales taxativamente exigidos para ser nombrada y para ejercer sus funciones. Solamente con los de ciudadanía y profesión, pero no el de edad, pues según las declaraciones dadas a la prensa, expresó tener solamente 30 años de edad "circunstancia que una vez demostrada, sería suficiente para invalidar su nombramiento" (folio 4).

C. En cuanto a los requisitos mal denominados "subsidiarios" (artículos 144, y 150 de la Carta), la doctora de Echeverry no los cumple para ser magistrada de la Corte Suprema de Justicia "porque hace solamente siete años que obtuvo su título..... como lo afirmara en sus declaraciones, lo que será objeto de prueba, y el período de diez años exigidos por la Constitución es obvio que no podría comenzarse a contar antes de obtener el título" (folio 5).

2. *La impugnación*

El ciudadano Pedro Elías Navarro Bonnet, se opuso a las súplicas de la demanda, por tres razones:

A. La excepción de inconstitucionalidad.

El artículo 4º de la Ley 25 de 1974 es inconstitucional, pues de conformidad con el artículo 145 de la Constitución el Procurador General tiene como función especial la de "nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia", "facultad que es discrecional y libre" y la ley no puede "sin violar la Constitución, establecer requisitos para esos nombramientos" (folio 9). Por ello deberá dejar de aplicarse la citada norma (artículo 215 de la Constitución).

B. La excepción de falta de presupuesto de demanda en forma.

Por cuanto el demandante no señaló ni las partes ni su vecindario, "ya que de no haberse citado a la demandada el proceso será nulo", por violación del artículo 26 de la Carta.

C. Propone la nulidad de lo actuado.

Como consecuencia de lo anterior, por no haberse notificado la admisión de la demanda a la doctora de Echeverry (numeral 3º del artículo 113 de la Ley 167 de 1941).

3. *La coadyuvancia*

El ciudadano Eduardo Aldana Ruiz reiteró las peticiones de la demanda, "los planteamientos generales sobre los motivos en que sustentan (sic) la nulidad" y agregó además:

A. Que el inciso del artículo 11 del Decreto 717 de 1978 "no establece ninguna excepción a la regla general sobre obligación de reunir requisitos, sino que se limita a decir cual es la remuneración a que tiene derecho la persona que no reúne los requisitos Constitucionales o legales, y entonces la excepción o excepciones que permitan ejercer funciones sin reunir los correspondientes requisitos se deben buscar en otra parte" (folio 11).

B. Según los artículos 5º del Decreto 250 de 1970 y 3º del Decreto 717 de 1978, para desempeñar en propiedad cargos en el MINISTERIO PUBLICO se requiere el lleno de los requisitos constitucionales y legales, "sin que se insinúe alguna excepción en esas disposiciones" (folio 11).

C. El artículo 10 del Decreto 250 de 1970 contempla el caso de la designación en interinidad de quien carezca de requisitos "sólo a falta de candidatos idóneos", norma esta, que ha de concordarse con el inciso del artículo 11 del Decreto 717 de 1978, o sea que "solamente cuando no haya candidatos idóneos podrá nombrarse persona que no cumpla con las condiciones de ley. En tal evento la remuneración será el equivalente al 75% de la asignación del cargo" (folio 12).

4. *El concepto fiscal*

Surtido en la forma debida el trámite probatorio, el doctor Euclides Londoño Cardona, fiscal cuarto del Consejo de Estado formuló las siguientes conclusiones:

A. En relación con la nulidad propuesta por el impugnador y de acuerdo con "las especificaciones propias del proceso electoral no es obligatorio notificar al elegido o nombrado" (folio 99).

B. En relación con la excepción de inconstitucionalidad expresa que:

"La facultad conferida al Procurador General de la Nación de nombrar y remover libremente a sus dependientes debe ejercerse conforme a las calidades y antecedentes exigidos por la ley para el desempeño de ciertos empleos. (Artículo 62 Constitución Nacional)" (folio 99).

C. En cuanto al nombramiento de la doctora de Echeverry dijo "las pruebas allegadas a los autos demuestran fehacientemente que (la Viceprocuradora), no reúne los requisitos constitucionales, exigidos por el artículo 5º de la Ley 25 de 1974 para el desempeño de Viceprocuraduría General de la Nación" (folio 99).

D. Acepta también la fiscalía que aunque el artículo 11 del Decreto Ley 0717 "prevee la posibilidad de que el nombrado no reúna los requisitos señalados *por la ley* (como en el presente) y al efecto consagra las consecuencias salariales" "si el nombramiento en dicho empleo en las últimas condiciones pudiere tener consecuencias indefinidas o en propiedad y no provisionales o interinas, entonces lo que es excepción se convertiría en regla general desvirtuándose así la exigencia legal plasmada en el precepto 3º del Decreto Ley 717 de 1978 (artículo 44 y siguientes del Decreto 1660 de 1978" (folio 99).

E. Que la nulidad no puede predicarse de todos los casos de nombramiento, sino cuando éste se hace en propiedad. (folio 100).

F. En lo relativo a lo dicho por el coadyuvante, la fiscalía admite, que si bien el nombramiento en el caso sometido a examen, no fue provisional o interino, el ataque se dirige "precisamente por esta circunstancia, apoyada además en normas no aducidas en la demanda (Decreto 250 de 1970), por lo que no podría sustentarse la decisión sobre la base de esas alegaciones, porque sería tanto como extender hasta el último día de la fijación en lista la posibilidad de impugnar un nombramiento, independientemente del término de diez días fijados por la ley" (folio 100).

Traído el negocio a Sala plena se ordenó tramitar un incidente de nulidad con el fin de permitirle a la doctora Susana Montes de Echeverry allanar la eventual falla procesal. La doctora Montes de Echeverry se presentó a la secretaría general del Consejo y manifestó lo siguiente: "Manifiesto que allano la posible nulidad procesal por falta de notificación del auto admisorio de la demanda". Este punto aparece al folio 109 vuelto. Por lo tanto, el Consejo, al resolver este juicio electoral, no encuentra pertinente un pronunciamiento sobre la petición de nulidad procesal de lo actuado propuesto por el impugnador Pedro Elías Navarro Bonnet.

Para resolver se considera

I. La prueba

Se encuentran probados los siguientes hechos:

A. Que la doctora Susana Montes de Echeverry nació en Bogotá

el 16 de febrero de 1947, esto es, que al ser nombrada viceprocuradora tenía la edad de 31 años cumplidos.

B. Que la doctora Montes de Echeverry obtuvo su título de abogada el 8 de noviembre de 1968 y que desde entonces ha ejercido la profesión en distintos cargos públicos y privados. Quiere esto decir que en el momento de ser nombrada tenía tan sólo nueve años largos de ejercicio profesional.

II. *La excepción de inconstitucionalidad*

La Viceprocuraduría no es de creación constitucional, sino legal, lo mismo que las calidades (artículo 5º de la Ley 25 de 1974) y de conformidad con el artículo 62 de la Carta "La ley determinará ..... las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos". Y el artículo 162 dice que la ley establecerá la carrera judicial y reglamentará los sistemas de concursos para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales y los del ministerio público. No es pues "libre" en cuanto hace al cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales la provisión del cargo de Viceprocurador, como lo afirma el impugnante, aunque sí es libre en cuanto a la escogencia del candidato que reuniendo estos requisitos haya de desempeñar el cargo por virtud expresa del artículo 145 de la Constitución.

III. *El artículo* 11 *del Decreto* 717 *de* 1978

Desde 1965 normas de carácter legal y reglamentario han establecido reiteradamente que un funcionario de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público puede ejercer el cargo sin reunir los requisitos establecidos por la ley para el desempeño del mismo, con la consecuencia de sufrir una disminución en su remuneración. Así el Decreto 1698 de 1964 exigió a los secretarios y relatores de la *Corte Suprema de Justicia* y del Consejo de Estado reunir los mismos requisitos que un Magistrado del Tribunal Superior de Distrito Judicial, y en vista de las dificultades que este hecho implicaba, se dictó el Decreto 3071 de 1965 en el cual se dijo que los secretarios y relatores de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que acrediten reunir los requisitos exigidos por el Decreto 1698 de 1964 tendrían el mismo sueldo de los Magistrados de los Tribunales de Distrito Judicial, con lo cual permitió implícitamente que tales funcionarios desempeñen sus cargos sin el lleno de los requisitos legales con meras consecuencias salariales. Esta misma regla se repite y extiende a varios cargos de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público con el Decreto 307 de 1969 que estableció distintos sueldos para los funcionarios de la rama jurisdiccional que tuviesen las calidades exigidas por la ley en comparación con los que no tuviesen tales calidades. Nuevamente el Decreto 2049 de 1969 establece sueldos inferiores para funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público cuando no reúna los requisitos legales.

Estos preceptos se reiteran nuevamente de manera muy clara en los Decretos 250 de 1970 y 523 de 1971 en los cuales se lee lo siguiente:

"Decreto 250 de 1970. *Artículo* 13º. La asignación básica correspondiente a cada empleo será la misma para quien quiera que lo desempeñe con el lleno de los requisitos constitucionales y legales, sea en propiedad, en interinidad o por encargo; la de quienes carezcan de tales requisitos no podrá exceder de las tres cuartas partes de aquélla.

"*Artículo* 14º. Sin embargo, cuando se ejerza en interinidad o por encargo un empleo sin la plenitud de los requisitos constitucionales y legales exigidos para él, pero reuniendo los de otro de inferior categoría, la asignación básica del funcionario o empleado será la que corresponda al cargo inferior de más alto grado para el cual sea idóneo.

"Decreto 523 de 1971

"*Artículo* 3º. Quienes desempeñaren cargos en la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales, devengarán el 75 por ciento de la asignación mensual del cargo correspondiente".

Posteriormente establece el artículo 11 del Decreto 717 de 1978: "*De la remuneración de las personas que no reúnan requisitos.* La asignación básica mensual de los empleos de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público será la fijada en la escala de remuneración establecida en el artículo 5º del presente estatuto.

"Sin embargo, siempre que una persona no reúna los requisitos señalados por la ley para el ejercicio de un cargo, sólo tendrá derecho a percibir una remuneración equivalente al setenta y cinco por ciento de la asignación básica fijada en la escala".

Finalmente el artículo 52 del Decreto 1660 de 1978 ratifica lo propio y anota:

"Quien desempeñe un cargo sin reunir la totalidad de los requisitos y calidades exigidos por la Constitución, la ley o el reglamento, para ocuparlo como titular o en propiedad, devengará como sueldo básico el setenta y cinco por ciento (75%) del asignado al cargo. Si viniere ejerciendo otro empleo en la Rama Jurisdiccional, en el Ministerio Público o en las Direcciones de Instrucción Criminal, y hubiere adquirido por sueldo y prima de antiguedad una remuneración superior a este sententa y cinco por ciento (75%), continuará percibiendo la remuneración anterior. Aquella limitación no se aplicará a los servidores que, con anterioridad a la vigencia del Decreto 717 de 1978, ejercían sus empleos sin reunir aquellos requisitos y calidades; quienes tendrán derecho a percibir una remuneración equivalente al ochenta y tres por ciento (83%) de la asignación básica señalada para el respectivo cargo".

Estas normas establecen una excepción general a la regla de que para ocupar un cargo en la rama jurisdiccional y en el Ministerio Público es preciso reunir los requisitos exigidos por la Constitución y la ley. Cuál es el alcance de estas disposiciones? Deben ellas entenderse como lo dice el concepto fiscal, que tan sólo se aplican a nombramientos provisionales en la rama jurisdiccional y del Ministerio Público? o debe por el contrario extenderse a todo nombramiento, en cuyo caso podría nombrarse válidamente un Viceprocurador con carácter titular con el 75% de la asignación legal?

Del contexto de las disposiciones legales que regulan la carrera judicial y del Ministerio Público es indiscutible que el nombramiento de la Viceprocuradora General, sin reunir los requisitos de ley, es válido. Hay varias razones para sostener esta tesis:

1º) El cargo de Viceprocurador no es de creación constitucional; lo creó la ley. Los requisitos exigidos para desempeñarlo tienen su origen en la ley, y ella misma puede por tanto establecer las excepciones que considere a los requisitos por ella establecidos. Desde luego estas excepciones no cubren los requisitos exigidos directamente por la Constitución, y no podría hacerse extensiva la excepción legal al caso de Magistrados de la Corte, a los Consejeros de Estado o al Procurador mismo, por cuanto a ellos se aplica la norma constitucional. Puede sí aplicarse a los cargos de creación legal, pues la misma ley que crea la regla establece la excepción.

Fue la Ley 25 de 1974 la que, por primera vez, creó el cargo de Viceprocurador dentro de la Estructura de la Administración, así como creó también una serie de dependencias y organismos hasta entonces inexistentes y les señaló sus funciones. En los artículos 1º y 2º (Capítulo II-2-1), señala al personal asistente del Viceprocurador General dentro de esa nueva estructura; en el artículo 5º, señala las calidades que debe reunir quien desempeñe tal cargo al decir que debían ser las mismas de un Magistrado de la Corte; y en el artículo 29 indica que su remuneración será igual al 75% de la que corresponde al Procurador General. Posteriormente en el Decreto Extraordinario 542 de 1977 se reitera que el sueldo del Viceprocurador sería igual al 75% del que corresponde al Procurador General (artículo 2º).

Las normas antes citadas permiten expresamente desempeñar cargo en la Procuraduría General de la Nación sin reunir los requisitos de ley, recibiendo una menor asignación. Por tanto la misma ley que estableció la regla, determinó la excepción.

2º) Dice un conocido principio de derecho que donde la ley no distingue no debe el intérprete entrar a hacer distinciones. Este principio aplica en el caso de estudio, pues las leyes establecen que puede ejercerse el cargo sin el lleno de los requisitos legales recibiendo una remuneración inferior a la destinada al cargo. No distinguen dichas normas si se trata de desempeñar el cargo en propiedad o si se trata de desempeñarlo en forma interina o transitoria. No debe el intérprete hacer una distinción no establecida por la ley pues en ello implicaría desconocer el artículo 27 del Código Civil que ordena aplicar el tenor literal de una norma clara.

3º) El artículo 13 del Decreto 250 de 1970 dice que: "La asignación básica corespondiente a cada empleo será la misma para quien quiera que lo desempeñe con el lleno de los requisitos constitucionales y legales, sea en propiedad, en interinidad o por encargo; la de quienes carezcan de tales requisitos no podrá exceder de las tres cuartas partes de aquélla".

Por lo cual es absolutamente claro que la excepción anotada opera para el desempeño de cargos en propiedad, en interinidad o por encargo. Pero como el mismo Decreto 250 de 1970 decía en su artículo 5º que: "Para desempeñar *en propiedad* cargos de la rama jurisdiccional se requiere el lleno de los requisitos constitucionales y legales

exigidos para él" (subrayado de la Sala); al tiempo que la norma de 1978 (el Decreto 717) se limita a decir: "Para desempeñar los empleos a que se refiere el presente decreto (los de la rama jurisdiccional y el Ministerio Público) será necesario cumplir los requisitos exigidos en la Constitución, en las leyes....". Quiere esto decir que en el contexto del Decreto 250 de 1970 una excepción como la que se estudia podría interpretarse, como lo hizo la fiscalía, en el sentido de cubrir solamente los casos en los cuales no se desempeña el cargo en propiedad. Esta interpretación no es consistente con el régimen de 1978 pues el artículo 3º del Decreto 717 de 1978 no dice, como decía la norma subrogada, que los requisitos se exigen para ejercer el cargo en propiedad. Por qué eliminó el legislador las palabras *"en propiedad"* del texto literal de la norma? La respuesta es obvia: su deseo era que por vía general todos los que desempeñen un cargo en propiedad o transitoriamente reúnan los requisitos exigidos por la ley; e igualmente la excepción del artículo 11 permite que cuando dichos requisitos no se cumplan puede nombrarse una persona con una asignación inferior a la que normalmente cubre el cargo. Por tanto no es válido arguir como lo dice el fiscal que "sí es posible desempeñar el cargo de viceprocurador general de la Nación sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley pero en forma provisional". Esta interpretación, correcta frente al tenor del artículo 5º del Decreto 250 de 1970, deja de tener aplicación en vista de que el artículo 3º del Decreto 717 de 1978 subrogó parcialmente el decreto mencionado extendiendo tanto para el ejercicio normal del cargo como para el caso de excepción de ejercer el cargo con menor remuneración, la regla de que el que desempeña un cargo debe reunir los requisitos de ley (o recibir una menor remuneración) tanto si es en propiedad como si es por encargo. No es válido decir que porque el Decreto 717 de 1978 no contiene en la planta de personal el cargo del Procurador y el de Viceprocurador no le es aplicable a éstos en lo pertinente, pues por vía general está regulando el régimen de personal de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público. Pero aún, si así fuese, normas tan claras como el Dto 523. de 1971, permitirían aplicar el mismo criterio en lo pertinente.

4º. Si aún, en gracia de discusión, se dijese que el cargo de Viceprocurador no puede ser ejercido en propiedad por persona que no reúna los requisitos de ley, cabría aplicar la presunción establecida por el artículo 47 del Decreto 1660 de 1978 que dice que 'el nombramiento será provisional cuando se vincule a personas que no reúnen los requisitos para el cargo'. De modo que cuando la doctora Susana Montes de Echeverry fue nombrada para desempeñar el cargo de Viceprocuradora General de la Nación, por Ministerio de esta presunción de ley, debe entenderse que su nombramiento fue provisional y es válido, aún sobre la interpretación restrictiva que el nombramiento sin calidades sólo puede aplicarse a quien ha sido designado para desempeñar un cargo en forma provisional o transitoria. Sobre esta interpretación se diría que la doctora Susana Montes de Echeverry desempeña el cargo en forma transitoria por virtud de la presunción establecida en el artículo 47 del Decreto 1660 de 1978 y que su nombramiento es válido, cabiendo aquí aplicar lo enunciado por el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil que establece "que el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto". Como la ley presume que el nombramiento recaído en persona que no reúne las condiciones legales se entiende que tiene carácter provisional, aún aceptando la tesis

del fiscal, el nombramiento de la doctora Susana Montes de Echeverry es válido.

IV. *La decisión*

Por lo expuesto, 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:

1º Niéganse las peticiones de la demanda;

2º Comuníquese a la doctora Susana Montes de Echeverry y al Procurador General de la Nación.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Jorge Dávila Hernández, Alfonso Arango Henao, (salvó voto); *Osvaldo Abello Noguera, Aydeé Anzola Linares, Alfonso Angel de la Torre, Carlos Betancur Jaramillo,* (salvó el voto); *Samuel Buitrago Hurtado,* (salvó el voto); *Jorge Dangond Flórez, Carlos Galindo Pinilla,* (con salvedad de voto); *Bernardo Ortiz Amaya,* (salvó el voto); *Alvaro Orejuela Gómez, Mario Enrique Pérez Velasco,* (con salvedad de voto); *Jacobo Pérez Escobar,* (con salvamento de voto); *Ignacio Reyes Posada, Jorge Valencia Arango, Enrique Low Murtra.*

Mauricio Torres Cuervo, Secretario.

ELECTORALES. FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL Y DEL MINISTERIO PUBLICO. — Excepción al cumplimiento de requisitos legales para el desempeño de cargos en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público, con la condición de que el nombramiento tenga un carácter provisorio. Cuando el nombramiento es en interinidad así debe indicarse expresamente en el acta correspondiente, si ella no aparece, ha de entenderse que la designación no es provisional o transitoria.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expdiente 519 (C. P. Doctor Enrique Low Murtra).

Bogotá, D. E., noviembre doce de mil novecientos setenta y nueve.

Discrepo de la motivación y de la decisión contenida en la sentencia. En mi opinión debió declararse la nulidad del nombramiento de la doctora Susana Montes de Echeverry como Viceprocuradora General de la Nación por no reunir los requisitos legales para el desempeño de ese empleo. En efecto, el artículo 5º de la Ley 25 de 1974 prescribe que el Viceprocurador General de la Nación debe tener las mismas calidades que la Consitutción exige para ser Procurador General y la doctora de Echeverry, ni tenía la edad requerida, ni había desempeñado en propiedad los cargos que enumera el artículo 150 de la Constitución Nacional, ni tampoco había ejercido su profesión de abogado por un término no inferior a 10 años.

En la sentencia se aduce una secuencia de decretos que comienza con el Nº 3071 de 1965 y culmina con el número 1660 de 1978 para sostener que, por medio de ellos se instituyó una excepción al cumplimiento de requisitos legales para el desempeño de cargos en la Rama jurisdiccional y en el Ministerio Público.

Si los decretos en mención tuvieran el sentido y el alcance que se les asigna en la sentencia, lo cual no comparto, se trataría de una *"excepción"* tan amplia como la regla que, por lo tanto, no sería tal, sino que equivaldría prácticamente a una derogación de la exigencia de requisitos legales para el desempeño de cargos en la rama jurisdiccional y en el ministerio público, en cuanto quedaría a discreción del órgano nominador acatar o no la voluntad de la ley. No sobra relievar a qué extremos de desajuste orgánico y funcional podría llegarse con un sistema en virtud del cual quede al criterio del destinatario de la norma, acatarla o no.

Constituye sustento fundamental de la decisión mayoritaria, según se expresa en ella, el Decreto Ley 717 de 1978, y su Decreto Re-

glamentario, que se distingue bajo el número 1660 de 1978. Pero veamos qué se dispone allí, en lo pertinente y cómo se armonizan esas disposiciones con las demás normas legales sobre la materia.

Decreto Ley 717 *de* 1978

1º) Sus prescripciones se aplican a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional (artículo 1º).

2º) Para el desempeño de los empleos es "necesario reunir los requisitos fijados en la Constitución, en las Leyes *especiales sobre funcionarios y empleados* de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público, o en el Manual de requisitos mínimos que expida el Gobierno para los cargos cuyas condiciones de ejercicio no están determinadas por la ley". (artículo 3º se subraya).

3º) Remuneración del 75% para quien desempeñe el empleo sin reunir los requisitos legales (artículo 11).

Decreto 1660 *de* 1978

1º) El nombramiento de persona que no reúna las calidades exigidas para el empleo sólo puede ser en interinidad o provisionalmente (artículo 42 Nº 2 y 47). Estos artículos desarrollan el 3º del Decreto Ley 717 de 1978, el 4º, el 5º y el 8º y siguientes del Decreto 250 de 1970.

2º) "*La provisionalidad es la vinculación transitoria* al servicio", (artículo 45) con un límite máximo de 90 días (artículo 50).

3º) La interinidad o provisionalidad de quien no reúna las exigencias constitucionales o legales no podrá prolongarse mas de 90 días (artículo 42 inciso final).

4º) El artículo 52 del Decreto reglamentario que se comenta dice:

> "Quien desempeñe un cargo sin reunir la totalidad de los requisitos y calidades exigidos por la Constitución para ocuparlo como titular o en propiedad, devengará como sueldo básico el setenta y cinco por ciento del asignado al cargo".

Este desempeño, según las normas antes citadas, necesariamente debe tener origen en una designación en interinidad o provisional y, por lo mismo, no puede durar más de 90 días.

La interinidad o provisionalidad de un nombramiento puede convertirse en situación de estabilidad, únicamente en el caso de funcionarios que fueron designados con aquél carácter, *no obstante reunir las condiciones constitucionales y legales,* una vez que hayan transcurrido noventa días desde la fecha de su posesión.

De lo anterior se deduce que, en principio, el desempeño de funciones exige como presupuesto que la persona investida reúna las calidades constitucionales y legales. Sólo por excepción, la ley y los reglamentos admiten la designación de quien no tenga tales calidades, con la condición de que el nombramiento tenga un caracter provisorio.

Las disposiciones de los Decretos 717 y 1660 de 1968 que se citan en la sentencia forman parte de un complejo normativo, consituido por el articulado completo de tales decretos y por las demás disposicio-

nes con fuerza de ley que mantienen su vigencia. Por lo tanto su exacto sentido y alcance no pueden precisarse, abstrayéndolas del conjunto y haciendo caso omiso de sus finalidades, como se hace en el fallo.

Lo normal y corriente en el servicio público, por razones obvias, es la designación en propiedad; lo excepcional es el nombramiento en interinidad. Por consiguiente cuando la designación tenga éste último carácter así debe indicarse expresamente en el acto correspondiente. Si ella no aparece, ha de entenderse que la designación no es provisional o transitoria. En el acto que se impugna se designó a la Doctora de Echeverry como Viceprocuradora General de la Nación sin expresa o restricción a la titularidad que se le confería, ni limitación alguna en el tiempo, por manera que debe entenderse como una designación en propiedad. Así debió entenderlo el funcionario nominador cuando después de transcurrido mas de un año de su posesión, ella continúa en el desempeño de la función. Por consiguiente el acto de nombramiento así concedido quebranta los artículos 3º del Decreto 717 de 1978, 4º, 5º, 8º y siguientes del Decreto 250 de 1970, 42 y 45 del Decreto 1660 de 1970 en armonía con el 11 del 707 de 1978.

Carlos Galindo Pinilla.

ELECTORALES. FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL O DEL MINISTERIO PUBLICO. — Sólo por excepción y en forma interina, estos funcionarios pueden ejercer el cargo sin reunir los requisitos establecidos por la Consitución o la ley para el desempeño del mismo, porque, por regla general, únicamente el que cumple tales exigencias podrá ser designado y desempeñar las funciones correspondientes.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Proceso electoral 519. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfán. Ponente: Doctor Enrique Low Murtra.

Con todo respeto me separo de la decisión tomada por la Sala Plena el 16 del presente mes, en el proceso de la referencia, por las razones que expreso a continuación:

a). El señor Procurador General de la Nación puede nombrar y remover libremente a los empleados de su inmediata dependencia, *siempre y cuando para el desempeño de esos cargos la ley no haya establecido ciertos requisitos y antecedentes.* A esta conclusión se arriba luego de armonizar los artículos 62 y 145 (ordinal 4º) de la Carta. La misma sentencia cuestionada acepta que para la elección del Vice-Procurador, el Procurador "no es libre" en cuanto hace el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales para la provisión de dicho cargo.

b). La Ley 25 de 1974 en su artículo 5º exige el lleno de ciertos y determinados requisitos para desempeñar el cargo de Vice-Procurador.

c). Se comprobó adecuadamente dentro del proceso no sólo que la doctora Susana Montes de Echeverry fue designada para el citado cargo mediante el Decreto 347 de 20 de octubre de 1978, el cual, en lo que fue objeto de impugnación, reza: "Artículo Primero. Nómbrase Vice-Procurador General de la Nación a la doctora Susana Montes de Echeverry en reemplazo del doctor Humberto Rueda Silva, cuya renuncia se acepta", sino que la mencionada profesional no cumplía las exigencias legales para su desempeño, ni en cuanto a la edad requerida ni al ejercicio profesional.

d). Estimo que sólo por excepción, y eso en forma interina o provisional, un funcionario de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público pueda ejercer el cargo sin reunir los requisitos establecidos por la Constitución a la ley para el desempeño del mismo, porque,

por regla general, únicamente el que cumpla tales exigencias podrá ser designado y desempeñar las funciones correspondientes.

Todo nombramiento, en gracia a ese principio general, se entiende o presume hecho en propiedad y en persona que tenga la aptitud legal para el efecto. De allí que sobre el calificativo "en propiedad" que se estila en muchos nombramientos y que se imponga, sí, la salvedad cuando esa designación sea en interinidad o provisional. La excepción, como tal, requiere declaración expresa. Tan cierto es que ante el silencio del nominador se entiende el mandamiento en propiedad, que el mismo legislador, para evitar que los funcionarios designados sin el lleno de los requisitos legales pudieran alegar los derechos inherentes a esa propiedad, tuvo que estatuir que en estos casos el nombramiento se entendía como provisional.

Este es el sentido de la ley y no el exagerado que se le da en la sentencia, la cual permite concluir (conclusión que considero de notoria gravedad para una correcta marcha de la administración) que el legislador le está dando carta blanca a ésta para que designe a quien no reúna los requisitos legales (aún con desmedro de los que sí los satisfacen) con la sola consecuencia de devengar un sueldo menor al asignado al cargo. O, en otros términos, que quien no reúna los requisitos legales podrá ser designado con título diferente, y por ende con prerrogativas distintas, el de interino o provisional.

e). El artículo 11 del Decreto 717 de 1978 no tuvo la virtualidad de modificar el sistema anterior y menos la de autorizar nombramientos como si fueran en propiedad de personas no aptas legalmente para su ejercicio. Unicamente estableció una asignación menor para aquellos que no cumplieran los requisitos legales exigidos para el desempeño del cargo y con esto no hizo otra cosa que hacer justicia. No sería equitativo que quien tuvo que reunir una serie de requisitos, por ejemplo, título profesional, ejercicio durante un lapso dado, cierta edad, determinada experiencia etc. etc. goce de las mismas contraprestaciones que quien llegó al cargo sin haberlos cumplido, total o parcialmente.

De allí que las consecuencias que se derivan de ese decreto no sean sino de carácter económico, máxime cuando la índole misma del aludido ordenamiento no lo hacía apto para modificar el sistema legal anterior.

Pretender extraer consecuencias diferentes de ese ordenamiento es desquiciar todo el régimen de vinculación de los funcionarios al servicio público y es propiciar, abiertamente, que a éste lleguen personas sin ninguna idoneidad.

Hago la salvedad sí, que frente a la doctora Susana Montes de Echeverri se dan las mejores virtudes de capacidad, seriedad e idoneidad profesionales y que lo que me separa de la decisión mayoritaria tiene que ver sólo con su *aptitud legal*, y ésta, en mi concepto no es la adecuada para el caso.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., octubre veintiséis de mil novecientos setenta y nueve.

ELECTORALES. FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL Y DEL MINISTERIO PUBLICO. — Para desempeñar cargos en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público, es necesario reunir las exigencias constitucionales, legales y del manual de requisitos mínimo que expida el gobierno. Las personas que no reúnan los requisitos pueden ser designadas, desde luego en interinidad o provisionalmente, devengando una remuneración igual al 75% de la correspondiente asignación básica.

SALVAMENTO DE VOTO

(Consejero: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 519. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfán. Ponente: Doctor Enrique Low Murtra.

En forma atenta consigno en este salvamento de voto los motivos legales y jurídicos que me llevaron a estar en desacuerdo con el criterio mayoritario en la sentencia dictada en el proceso de la referencia.

Mediante el artículo 1º del Decreto Nº 347 de 20 de octubre de 1978, expedido por el señor Procurador General de la Nación, fue nombrada Vice-Procuradora la doctora Susana Montes de Echeverry. Como en él no se advierte o explica que la designación se hiciera interina o provisionalmente, en sana lógica hay que entender que el nombramiento fue hecho en propiedad.

Lo usual es que cuando se hace un nombramiento, sin especificar que es provisional o interino, se establece por esa misma circunstancia que se trata de una designación en propiedad. Esta es la regla general. La excepción, obviamente, es lo contrario, es decir, que el acto de nombramiento diga expresamente que es en la modalidad de provisional o de interino y en este caso debe estarse a la precisión que al respecto se haga. Lo opuesto equivale a darle categoría de regla general a la excepción, esto es, a desvirtuar la esencia íntima de los actos de nombramiento o variar la manifestación de voluntad que ellos contienen.

El conocimiento que pudo tener la entidad nominadora, en el sentido de que la doctora Montes de Echeverry no reunía las calidades necesarias para ejercer el alto cargo para el cual fue escogida, está objetivado en la siguiente anotación del acta de posesión: "La posesionada devengará el 75% de la asignación que corresponda al cargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 717 de 1978". Pero esto no convalida la situación controvertida en este proceso, dada la naturaleza que tiene el acta de posesión de todo funcionario público. Evidentemente, el alcance de ella no es otro que el que llanamente le asigna el artículo 65 de la Carta, que radica en la pro-

mesa bajo juramento de "sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben". Este precepto está reiterado en el artículo 251 del C. R. P. y M. En todo caso la posesión es una ritualidad que no sustituye ni modifica el acto de nombramiento.

Está demostrado en el plenario que cuando la doctora Montes de Echeverry fue nombrada Vice-Procuradora General de la Nación no reunía los requisitos legales para el desempeño de ese empleo, en lo referente a la edad y al ejercicio de su profesión de abogada o de cargos que habilitan para ello. En consecuencia, no podía ser nominada en propiedad para la referida posición dentro del Ministerio Público, como en realidad de verdad lo fue.

Lo anterior es más relevante si se repara en que el artículo 5º de la Ley 25 de 1974 reclama para el cargo de Vice-Procurador General los requisitos y calidades exigidas por la Constitución para ser Procurador General de la Nación, que por remisión del artículo 144 de la misma son los señalados para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, previstos en el artículo 150 *ibídem*. Además, el problema se torna en superlativo porque entre las funciones del cargo de Vice-Procurador General está la de reemplazar al Procurador General en los casos de falta temporal o impedimento de éste.

De otra parte, es cierto que el artículo 165 de la Constitución faculta al Procurador General para nombrar y remover libremente los empleados de su inmediata dependencia, entre los cuales se cuenta el Vice-Procurador General. Pero también lo es que se trata de una función reglada, vale decir con sometimiento a las disposiciones legales sobre la materia. Ahora bien, conforme al artículo 5º del Decreto 250 de 1970, para la provisión y el desempeño en propiedad de cargos de la Rama Jurisdiccional o del Ministerio Público se requiere la satisfacción de los requisitos consitucionales y legales exigidos para ello, incluida la selección por medio de concurso, con la salvedad de que se puede prescindir del último para los cargos de libre designación. Según el artículo 3º del Decreto Ley 717 de 1978, para desempeñar cargos en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público, precisa reunir las exigencias constitucionales, legales y del manual de requisitos mínimos que expida el Gobierno. Y, de acuerdo con el artículo 11 del último estatuto, las personas que no reúnan los requisitos pueden ser designadas, desde luego en interinidad o provisionalmente, devengando una remuneración igual al 75% de la correspondiente asignación básica.

De lo expuesto se deduce sin ningún esfuerzo que el régimen de excepción del Decreto 717 de 1978 es para los nombramientos provisionales o interinos, cuando se presenten los eventos que hagan posible esta clase de designaciones y acatando la temporalidad a que ellas están sujetas.

Admitir lo contrario significa prohijar indirectamente —de hecho— que las personas carentes de las condiciones constitucionales y legales ejerzan indefinidamente cargos para los cuales se predican determinados requisitos, lo que atenta contra la debida integración de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público.

Las consideraciones que anteceden están enfocadas frente a las cuestiones de hecho y de derecho planteadas en este proceso y no afectan la idoneidad general que distingue a la doctora Susana Montes de Echeverry.

Atentamente,

Mario Enrique Pérez.

Bogotá, D. E., noviembre quince de mil novecientos setenta y nueve.

ELECTORALES. VICEPROCURADOR GENERAL. — Fue en ejercicio del artículo 62 de la Constitución Nacional que el artículo 5º de la Ley 25 de 1974 estableció las calidades que se requieren para ser nombrado Viceprocurador General con carácter de titular, y esta norma debe cumplirse rigurosamente.

El Decreto 717 de 1978 Artículo 11 y el 52 del 1660 del mismo año, tratan de "la remuneración de las personas que no reúnan los requisitos", lo que no significa que dichas normas estén derogando tácitamente el artículo 5º de la Ley 25 de 1974, ya que ellas sólo son aplicables en los casos en que los cargos sean provistos en interinidad, provisionalmente o en encargo, pero nunca en propiedad o como titular.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 519. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfan. Ponente: Doctor Enrique Low Murtra.

Con todo respeto expreso mi disentimiento del fallo adoptado por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación con fecha 22 de agosto de 1979, por las siguientes razones jurídicas:

1ª La sentencia referida no accede a declarar la nulidad del artículo 1º del Decreto Nº 347 de 20 de octubre de 1978 en cuanto por él se nombró a la doctora Susana Montes de Echeverry Viceprocuradora General de la Nación, a pesar de que en el expediente "se encuentran probados los siguientes hechos:

"A. Que la doctora Susana Montes de Echeverry nació en Bogotá el 16 de febrero de 1947, esto es, que al ser nombrada viceprocuradora tenía la edad de 31 años cumplidos.

"B. Que la doctora Montes de Echeverry obtuvo su título de abogada el 8 de noviembre de 1968 y que desde entonces ha ejercido la profesión en distintos cargos públicos y privados. Quiere esto decir que en el momento de ser nombrada tenía tan sólo nueve años largos de ejercicio profesional".

Con base en las afirmaciones anteriores no es posible jurídicamente considerar que el Procurador General de la Nación al designar como titular (artículo 44 Decreto 1660 de 1978) a la doctora Susana Montes de Echeverry Viceprocuradora General se ajustó a las normas legales que estaba obligado a cumplir para ello. En efecto, según el artículo 5º de la Ley 25 de 1974, "el Viceprocurador General deberá reunir los requisitos y calidades exigidas por la Constitución al Procurador

General de la Nación". A su vez el artículo 144 de la Carta establece que para ser elegido Procurador General de la Nación deben llenarse los mismos requisitos que la Constitución exige en el artículo 150 para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, es decir, los siguientes:

"Colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía, tener más de treinta y cinco años de edad y ser abogado titulado; y, además, haber sido Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, en propiedad, o Magistrado de alguno de los Tribunales Superiores de Distrito, por un período no menor de cuatro años; o Fiscal de Tribunal Superior por el mismo tiempo; o Procurador General de la Nación por tres años, o Procurador Delegado por cuatro; o Consejero de Estado por el mismo período; o haber ejercido con buen crédito, por diez años, a lo menos, la profesión de abogado o el profesorado en jurisprudencia en algún establecimiento público".

De suerte, pues, que si la doctora Montes de Echeverry al ser nombrada Viceprocuradora sólo tenía la edad de 31 años cumplidos, es palmario que incumple el requisito de la edad exigido por el artículo 150 de la Constitución, que es de 35 años; y si además tan sólo acreditó haber ejercido la profesión en distintos cargos públicos y privados "por nueve años largos", es también evidente que no cumplió el requisito que la citada norma constitucional exige en relación con la experiencia profesional, que es "de diez años a lo menos".

Para fundamentar su decisión, la mayoría de la Sala sostiene que los artículos 11 del Decreto 717 de 1978 y 52 del Decreto 1660 del mismo año "establecen una excepción general a la regla de que para ocupar un cargo en la rama jurisdiccional y en el Ministerio Público es preciso reunir los requisitos exigidos por la Constitución y la ley. Cuál es el alcance de estas disposiciones? Deben ellas entenderse como lo dice el concepto fiscal, que tan sólo se aplican a nombramientos provisionales de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público? O debe por el contrario extenderse a todo nombramiento, en cuyo caso podría nombrarse válidamente un viceprocurador en carácter titular con el 75% de la asignación legal?.

"Del contexto de las disposiciones legales que regulan la carrera judicial y del Ministerio Público es indiscutible que el nombramiento de la Viceprocuradora General, sin reunir los requisitos de ley, es válido. Hay varias razones para sostener esta tesis" (folios 121 y 122).

Las normas antes citadas son del siguiente tenor:

Artículo 11 del Decreto 717 de 1978. *"De la remuneración de las personas que no reúnan requisitos.* La asignación básica mensual de los empleos de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público será la fijada en la escala de remuneración establecida en el artículo 5 del presente estatuto.

"Sin embargo, siempre que una persona no reúna los requisitos señalados por la ley para el ejercicio de un cargo, sólo tendrá derecho a percibir una remuneración equivalente al setenta y cinco por ciento de la asignación básica fijada en la escala".

Artículo 52 Decreto 1660 de 1978. "Quien desempeñe un cargo sin reunir la totalidad de los requisitos y calidades exigidos por la Consti-

tución, la ley o el reglamento, para ocuparlo como titular o en propiedad, devengará como sueldo básico el sententa y cinco por ciento (75%) del asignado al cargo. Si viniere ejerciendo otro empleo en la Rama Jurisdiccional, en el Ministerio Público o en las Direcciones de Instrucción Criminal, y hubiere adquirido por sueldo y prima de antiguedad una remuneración superior a este setenta y cinco por ciento (75%), continuará percibiendo la remuneración anterior. Aquella limitación no se aplicará a los servidores que, con anterioridad a la vigencia del Decreto 717 de 1978, ejercían sus empleos sin reunir aquellos requisitos y calidades, quienes tendrán derecho a percibir una remuneración equivalente al ochenta y tres por ciento (83%) de la asignación básica señalada para el respectivo cargo".

Para interpretar correctamente las normas transcritas deben tenerse en cuenta las siguientes disposiciones constitucionales:

El artículo 62 de la Constitución prescribe que la ley determinará "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución".

A su turno el artículo 162 señala que "la ley establecerá la carrera judicial y reglamentará los sistemas de concurso para la selección de los candidatos que hayan de desempeñar los cargos judiciales y los del Ministerio Público".

Igualmente encuentro que los empleados de la Procuraduría General de la Nación que no sean de carrera son de libre nombramiento y remoción del Procurador General al tenor del ordinal 4º del artículo 145 de la misma Carta.

Resulta, pues, que de conformidad con el artículo 62 de la Constitución corresponde al Legislador determinar "las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución", y uno de esos casos es precisamente el cargo de Viceprocurador General. Fue en ejercicio de esta atribución que el artículo 5º de la Ley 25 de 1974 estableció las calidades que se requieren para ser nombrado Viceprocurador General con carácter de titular, y esta norma debe cumplirse rigurosamente.

Sostiene el fallo que como la misma Ley 25 de 1974, la cual creó por primera vez el cargo de Viceprocurador dentro de la estructura de la Administración, estableció en el artículo 29 "que su remuneración será igual al setenta y cinco por ciento (75%) de la que corresponde al Procurador General" y que con posterioridad el Decreto Extraordinario 542 de 1977 reiteró que el sueldo de Viceprocurador sería igual al setenta y cinco por ciento (75%) del que corresponde al Procurador General, estas normas "permiten expresamente desempeñar el cargo en la Procuraduría General de la Nación sin reunir los requisitos de ley, recibiendo una menor asignación. Por tanto la misma ley que estableció la regla, determinó la excepción"(folios 122 y 123).

No se puede desprender la conclusión anterior del hecho de que la ley haya establecido que el Viceprocurador General debe devengar el 75% de lo que devengare el Procurador General de la Nación. La ley no ha establecido que como Viceprocurador General titular puede

ser nombrada una persona que no reuna los requisitos señalados en el artículo 5º de la Ley 25 de 1974.

Si bien es cierto que el artículo 11 del Decreto 717 de 1978 así como el artículo 52 del Decreto Reglamentario 1660 del mismo año, tratan "de la remuneración de las personas que no reúnan los requisitos", ello no quiere significar que dichas normas estén derogando tácitamente el artículo 5º de la Ley 25 de 1974, puesto que dichas normas sólo son aplicables en los casos en que los cargos sean provistos en interinidad, provisionalmente o encargo, pero nunca en propiedad o como titular. Pues, si se acepta la tesis de la sentencia comentada hay que aceptar también sus consecuencias absurdas, como sería, por ejemplo, la de que puede ser designado como Viceprocurador General titular o en propiedad un agrónomo o un médico, con la sola consecuencia de que su sueldo sería el 75% del 75% del que corresponde al Procurador General de la Nación. Es una regla de interpretación jurídica de que las leyes no se deben interpretar en forma tal que conduzcan a consecuencias manifiestamente absurdas a la luz del derecho, "bien porque sean contradictorias o incongruentes con otra norma cuya aplicación no se discute, o bien porque se someta a los ciudadanos a un régimen inicuo o aberrante, o bien porque resulte sin sentido alguno, haciéndola inoperante".

Según la doctrina aceptada por el fallo, resultaría inoperante la norma del artículo 5º de la Ley 25 de 1974, que establece las calidades para ser nombrado Viceprocurador General de la Nación.

2ª Sostiene el fallo que aún aceptando en gracia de discusión "que el cargo de Viceprocurador no puede ser ejercido en propiedad por persona que no reúna los requisitos de ley, cabría aplicar la presunción establecida por el artículo 47 del Decreto 1660 de 1978, que dice que 'el nombramiento será provisional cuando se vincule a personas que no reúnen los requisitos para el cargo'. De modo que cuando la doctora Susana Montes de Echeverry fue nombrada para desempeñar el cargo de Viceprocuradora General de la Nación, por Ministerio (sic) de esta presunción de ley, debe entenderse que su nombramiento fue provisional y es válido, aún sobre la interpretación restrictiva que el nombramiento sin calidades sólo puede aplicarse a quien ha sido designado para desempeñar un cargo en forma provisional o transitoria" (folio 125 y ss.).

No comparto la tesis de que como el Procurador General de la Nación en su decreto de nombramiento de la Dra. Montes de Echeverry no expresó que era en propiedad, debe entenderse que es provisional por no llenar las calidades para desempeñar en propiedad el cargo, porque lo que se presume es lo que generalmente acontece y lo que generalmente acontece en nuestro país, según nuestro ordenamiento jurídico, es que los nombramientos se hacen en propiedad a menos que en el acto de designación se exprese que se hacen con otro carácter. Esto teniendo en cuenta que la estabilidad en el empleo es la regla y lo transitorio o temporal es lo excepcional al tenor de los artículos 42, 45 y 48 del Decreto 1660 de 1978. Pero aún en el supuesto de que el señor Procurador General de la Nación hubiese nombrado a la doctora Montes de Echeverry provisionalmente o en interinidad, se ha-

brían violado los siguientes preçeptos legales, muy claros y precisos por cierto, ya que en la Procuraduría sí hay funcionarios que reúnen los requisitos exigidos por la ley'.

El artículo 9º del Decreto 250 de 1970, que dice: "La corporación o funcionario a quien corresponda la provisión en propiedad, designará al interino entre quienes reúnan los requisitos constitucionales y legales propios del cargo y dentro de ellos seguirá este orden:

"1. Funcionarios de carrera del grado inmediatamente inferior.

"2. Funcionarios de servicio de ese grado.

"3. Funcionarios de carrera de grados inferiores.

"4. Funcionarios de servicio de esos grados.

"5. Personas extrañas a la carrera y al servicio.

"Igual orden se seguirá para la provisión en propiedad cuando debiendo hacerse por concurso este no se haya realizado o se haya agotado la lista".

El artículo 10 *ibídem* ."Sólo a falta de candidatos idóneos, podrá designarse en interinidad a quien carezca de los requisitos de ley.

"Dentro del respectivo período, los interinos que reúnen los requisitos constitucionales y legales exigidos para el cargo, tienen derecho de permanenecia mientras subsista la causa de la interinidad; los demás podrán ser removidos libremente".

El Decreto Reglamentario 1660 de 1978 ratifica, como era natural, los principios y reglas anteriores, así:

"Artículo 42. La autoridad nominadora podrá proveer en interinidad un cargo en los siguientes casos:

"1. Cuando el concurso sea declarado desierto y mientras se hace la designación en propiedad;

"2. Cuando no pueda proveerse una vacancia definitiva con persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño, caso en el cual la interinidad no podrá exceder de tres meses;

"3. Cuando la causa que motive un encargo se prolongue por más de un mes y mientras ella subsista o se haga la designación en propiedad, y

"4. Cuando se provea la vacante dejada por un funcionario que ha pasado a desempeñar interinamente otro empleo por término superior a un mes".

El artículo 43 expresa: "En los casos señalados en el artículo precedente, la corporación o funcionario a quien corresponda la provisión en interinidad hará la designación en personas que reúnan los requisitos y calidades exigidos, y dentro del siguiente orden de prelación:

"1º) Funcionarios del grado inmediatamente inferior, y

"2º) Funcionarios de otros grados inferiores.

"Sólo a falta de los anteriores, la designación podrá recaer en funcionarios del servicio que no reúnan los requisitos y calidades o, en último término, en personas ajenas al mismo.

"Dentro del respectivo período, los interinos que reúnan los requisitos exigidos para el empleo tienen derecho de permanencia mientras subsista la vacancia transitoria; los demás podrán ser removidos libremente".

El artículo 44 dice: "Para los cargos que no tengan período, los funcionarios o empleados serán designados como titulares o provisionales".

El artículo 45 precisa: "Sin perjuicio de la facultad de libre remoción la titularidad es la vinculación al servicio por tiempo indefinido, y la provisionalidad es la vinculación transitoria al mismo".

El artículo 46 reafirma: "Para ser designado titular de un cargo se requiere reunir la totalidad de las condiciones constitucionales, legales o reglamentarias exigidas para su desempeño".

Sería el caso preguntar si a la doctora Susana Montes de Echeverry se la nombró por tiempo indefinido o si la vinculación fue transitoria. Si fue "transitoria", debió cesar desde hace algún tiempo, porque esta vinculación no puede ser mayor que la del interino, que es de tres (3) meses cuando la persona designada no reúna los requisitos para el cargo (artículo 42 numeral 2º, Decreto 1660 de 1978). Entonces, su vinculación fue por tiempo indefinido, es decir, como titular del cargo.

3º Sostiene la sentencia que de conformidad con un conocido principio de derecho, "donde la ley no distingue no debe el intérprete entrar a hacer distinciones. Este principio aplica (sic) en el caso de estudio, pues las leyes establecen que puede ejercerse el cargo sin el lleno de los requisitos legales recibiendo una remuneración inferior a la destinada al cargo. No distinguen dichas normas si se trata de desempeñar el cargo en propiedad o si se trata de desempeñarlo en forma interina o transitoria. No debe el intérprete hacer una distinción no establecida por la ley pues en (sic) ello implicaría desconocer el artículo 27 del Código Civil que ordena aplicar el tenor literal de una norma legal" (folio 123).

Si bien es cierto que las normas vigentes sobre la materia no distinguen para efectos de asignar el 75% del sueldo a quien no reúna los requisitos establecidos por la ley para ejercer el cargo en propiedad o como titular, entre nombramientos hechos en propiedad, en interinidad o provisionalmente, ello no quiere decir que las normas sean claras y no deban, por consiguiente, acudirse a la interpretación teleológica y lógico-sistemática de las mismas. Las expresadas normas tenían que redactarse así precisamente para que pudieran concordar con lo dispuesto en los artículos 48 y 50 del Decreto 1660 de 1978, los cuales no analiza el fallo. El artículo 48 expresa lo siguiente: "Mien-

tras se reglamenta la carrera, los empleados de las fiscalías y de la rama jurisdiccional que reúnan los requisitos para el cargo, con excepción de los de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, serán nombrados para el período del correspondiente fiscal, magistrado o juez, y deberán tomar posesión dentro de los términos señalados en la ley.

"Estos empleados gozarán de estabilidad, y no podrán ser removidos durante el período de sus respectivos superiores, salvo por causas disciplinarias.

"Parágrafo. Los empleados designados para ocupar un cargo transitoriamente vacante, tendrán derecho a la estabilidad durante el término de la vacancia, siempre que reúnan los requisitos para ejercerlo".

El artículo 50 es del siguiente tenor: "Si dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de su posesión, los funcionarios de la rama jurisdiccional y los fiscales nombrados en propiedad no hicieren los nombramientos de que trata el artículo 48, los empleados que venían prestando sus servicios al correspondiente despacho tendrán derecho a la estabilidad de sus cargos hasta el vencimiento del período respectivo, siempre que no se encuentren en ninguna de las situaciones señaladas en el artículo precedente".

De suerte que si un funcionario de la rama jurisdiccional al posesionarse encuentra que unos empleados de su despacho no reúnen las calidades exigidas por nuevas disposiciones legales y no hace el nombramiento de que trata el artículo 48 del Decreto 1660 de 1978, estos empleados "tendrán derecho a la estabilidad en sus cargos hasta el vencimiento del período respectivo, siempre que no se encuentren en ninguna de las situaciones señaladas en el artículo precedente". Como se ve, en esta hipótesis prevista expresamente por la ley, el empleado que se encuentre desempeñando un cargo sin llenar la totalidad de los requisitos legales, continuará hasta el vencimiento del período del respectivo fiscal, magistrado o juez, pero con la consecuencia económica prevista de que sólo devengará el 75% del sueldo que le haya sido asignado en la respectiva escala de remuneración, por el sólo hecho de que no sea reemplazado dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de posesión del correspondiente funcionario por una persona que sí reúna todos los requisitos.

Pero es que hay algo más: La sentencia expresa, a pesar de lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 1660 de 1978 que la doctora Susana Montes de Echeverry fue nombrada Viceprocuradora General de la Nación como titular. Pero ella no llenaba la totalidad de los requisitos y calidades exigidos por la ley para el desempeño del cargo como titular o en propiedad, como lo afirma la misma sentencia. Es que el artículo 52 es claro al expresar que devengará como sueldo básico el 75% del asignado al cargo, "quien desempeñe un cargo sin reunir la totalidad de los requisitos y calidades exigidos por la Constitución, la ley o el reglamento, *para ocuparlo como titular o en propiedad*" (el subrayado es mío).

Es suficiente lo expuesto para concluir que la sentencia objeto de este salvamento de voto se aparta en mi concepto de la letra y del

espíritu de las disposiciones legales que se citan como su fundamento, razón por lo cual he tenido que disentir con todo respeto de la opinión mayoritaria.

Jacobo Pérez Escobar.

Bogotá, D. E., noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

SALVAMENTO DE VOTO

De los Consejeros Bernardo Ortiz Amaya y Samuel Buitrago Hurtado.

Como las consideraciones hechas en el Salvamento de Voto que antecede, suscrito por el Consejero doctor Jacobo Pérez Escobar, compendia con brillantez y precisión el criterio que los suscritos Consejeros expusimos oportunamente en la Sala Plena con ocasión de la discusión del proyecto de sentencia, nos adherimos a él y reiteramos nuestra inconformidad con el mencionado fallo.

Samuel Buitrago Hurtado, Bernardo Ortiz Amaya.

Bogotá, D. E., diciembre cinco de mil novecientos setenta y nueve.

ELECTORALES. PROCEDIMIENTO EQUIVOCADO. — La equiquivocación de procedimiento atenta gravemente contra el artículo 26 de la Constitución Nacional que tutela el debido proceso y que reclama la observancia de "la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., diciembre doce de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 580 Electoral. Actor: Francisco de la Hoz.

Mediante demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Córdoba, el ciudadano y abogado Francisco de la Ossa Olivera solicitó la nulidad y la suspensión provisional del artículo 2º del Decreto Nº 1309 de 9 de noviembre de 1978, expedido por el Gobernador del citado Departamento, por medio del cual fue designado Alcalde de Montería el doctor Ricardo Pretelt Torres.

Conforme al texto de la demanda, la acción se instauró con fundamento en lo estatuido en el artículo 63 del Código Contencioso Administrativo y con la petición de que se siguiera el procedimiento ordinario señalado en dicho Código. Consta también en el libelo que el actor radicó la competencia en el Tribunal, en primera instancia, con invocación del numeral 2º del artículo 54 *ibídem.*

La demanda fue presentada dentro de los diez días siguientes a la fecha de expedición del Decreto de nombramiento demandado.

El fondo de la acción lo hace consistir el demandante en que como la Corte Electoral había declarado elegido al doctor Ricardo Pretelt Torres como Representante Principal a la Cámara, por la Circunscripción de Córdoba, para el período constitucional 1978 a 1982, no podía ser designado Alcalde del Municipio de Montería, por prohibirlo el artículo 109 de la Constitución Nacional, concordancia con el 181 de la misma y el 127 de la Ley 96 de 1920, disposiciones éstas que indicó como quebrantadas por el acto acusado.

El Tribunal del conocimiento decidió en primera instancia el proceso, en contra de las pretensiones del actor, por medio de la sentencia de 27 de junio del año en curso, contra la cual éste interpuso el recurso de apelación. Y aunque ha llegado el momento de resolver dicho recurso, la Sala estima que primero debe ocuparse de la nulidad que en seguida se examina.

Acontece que, inexcusablemente, el Tribunal Administrativo de Córdoba, a pesar de tratarse de una acción de carácter electoral, con procedimiento especial y por cierto muy propio, la tramitó en primera

instancia con sujeción al ordinario. Además, el Tribunal entró a estudiar la errónea solicitud de suspensión provisional que formuló el demandante, siendo que el ordinal 1º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo prohibe dicha medida cautelar en los juicios electorales, y llegó también al extremo de proferir fallo de mérito en un proceso viciado de una nulidad inallanable.

Si bien el artículo 191 del Código Contencioso Administrativo les da competencia a los Tribunales Administrativos para conocer, en primera instancia, y al Consejo de Estado, en última, de los juicios referentes a los nombramientos hechos por los Gobernadores y las demás autoridades, funcionarios y corporaciones del orden departamental, ello debe entenderse que es con sometimiento al trámite especial o electoral.

Como es sabido, estos procedimientos son muy distintos. El primero —el electoral— está contenido en los artículos 209 a 220 y 224 a 241 del Código Contencioso Administrativo y 167 a 171 de la Ley 28 de 1979. El ordinario está preestablecido en el capítulo XV de la misma obra. Además, el electoral es bastante breve y acude a la celeridad para lograr, con eficacia en el tiempo, el respeto de la voluntad popular y el control de legalidad de las determinaciones que tomen las corporaciones públicas y los funcionarios que hacen elecciones y nombramientos.

La diferencia entre los procedimientos ordinario y electoral es sustancial. Así, por ejemplo, el último contempla la acumulación de procesos de que trata el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, que es *suigeneris*. En cambio, en el ordinario cabe la acumulación común y corriente, que no está revestida de la peculiaridad que caracteriza la anterior, precisamente por la naturaleza del juicio electoral. De otra parte, el trámite del electoral comprende la audiencia pública instituida por el artículo 169 de la Ley 28 de 1979, que es forzosa y reglada. No así el del ordinario, para el cual rige la audiencia de que se ocupa el artículo 90 del Código Contencioso Administrativo, que es de carácter potestativo para el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos.

La narrada equivocación en cuanto al procedimiento con que se siguió esta acción, atenta gravemente contra el artículo 26 de la Constitución Nacional, que tutela el debido proceso y que reclama la observancia de "la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Esta no es una frase vana sino, al contrario, de gran contenido institucional, que atañe directamente con el procedimiento con el cual deben ventilarse los procesos y que representa una larga y penosa conquista del Derecho y de la seguridad de los asociados.

Aunque el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo no incluye entre las causales expresas de nulidad el seguir un juicio con "un procedimiento distinto del que legalmente corresponda", la nulidad que aquí se predica tiene una estirpe superior, cual es el artículo 26 de la Carta, que recoge un principio universal de derecho. Ahora bien, no es equivocado afirmar que la causal de nulidad establecida en el numeral 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, es un desarrollo lógico del canon 26 de la Consitución. De consi-

guiente, su aplicación no resulta extraña a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en garantía del debido proceso.

Es cierto que la Sala Plena de lo Contenciso Administrativo en la sentencia de 7 de octubre de 1970, al decidir un juicio en el cual se había seguido un procedimiento equivocado, expresó: "A pesar de esa anomalía procesal la Sala considera que no es del caso decretar la nulidad de lo actuado en razón de que el procedimiento ordinario es más amplio que el propio del juicio electoral de nulidad de un nombramiento, a más de lo cual, no está consagrada especialmente en la ley esta circunstancia como causal de nulidad" (Anales, Tomo LXXIX, Nos 427 y 428, pág. 347). Pero también lo es que el fallo fue dictado durante la vigencia de la Ley 105 de 1931, en cuyo artículo 448; sobre causas de nulidad en todos los juicios no figuraba, como sí figura en el actual Código de Procedimiento Civil, el motivo expreso de nulidad, de darle al proceso un trámite diferente al señalado en la ley. De otra parte, no había sido expedido el actual Código Electoral, que introdujo modificaciones en el procedimiento electoral, como la relacionada con la audiencia a que ya se aludió.

La sentencia comentada registró varias salvedades de voto y en la suscrita por los Consejeros doctores Alfonso Arango Henao y Juan Hernández Sáenz se consignan, entre otros, los siguientes argumentos de discrepancia:

"I. Es garantía para las gentes y para la incolumidad del orden jurídico institucional que los juicios se tramiten por los procedimientos que de manera expresa y específica les haya señalado el legislador. El linaje constitucional de este principio surge de la simple lectura del artículo 26 de nuestra Carta Fundamental.

"II. No existe entonces libertad ni para el Juez ni para los litigantes en la escogencia del trámite que haya de dársele a una demanda. Es la naturaleza concreta del negocio la que determina las formas procesales a seguir para llevar al juicio hasta el punto de que merezca una decisión jurisdiccional válida y, por lo mismo, con la intangibilidad definitiva que, por regla general, le confiere la ley a la cosa juzgada.

"III. Es evidente, de otra parte, que la competencia del juez para dirimir un proceso está condicionada a que este último se adelante con absoluta observancia de las formas que le sean propias de acuerdo con los preceptos de la ley procedimental.

Si así no fuese y llegare a pensarse que el juez tiene competencia para decidir un litigio sea cual fuere el trámite que se le haya dado, vendría a prevalecer el capricho de aquel sobre la voluntad del legislador, que se presume sabia, y vendrían a esfumarse la garantía ciudadana concedida por el artículo 26 de la Constitución y los lineamientos fundamentales del orden jurídico establecido por ésta y por las leyes. Todo ello inadmisible, como es obvio.

"IV. Corolario forzoso de lo anterior es que el trámite legalmente inadecuado de un proceso conduce a la invalidez de éste por incompetencia de jurisdicción, que es causa de nulidad consagrada tanto por el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo como por

el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil y que resulta inallanable en esta hipótesis por cuanto implica el quebranto ostensible de normas de orden público, como lo son indiscutiblemente las que señalen los ritos que necesariamente han de cumplir el juez, para obrar dentro de su competencia, y los litigantes, para lograr que se les suministre justicia legítima y válida por ende, cuando se trate de seguir un juicio".

Se observa, finalmente, que la segunda instancia de este proceso se tramitó, como era lo pertinente, por el procedimiento electoral y que, por tanto, debe evitarse en el mismo la concurrencia de un procedimiento mixto, a saber: ordinario en la primera instancia y especial en la segunda.

Todo lo anterior determina que se debe anular la actuación realizada en esta causa, a partir del auto admisorio de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Resuelve:

Declárase la nulidad de la actuación surtida en este proceso, desde el auto admisorio de la demanda, inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen para que rehaga el procedimiento.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha.

Jorge Dávila Hernández, (presidente, salvó el voto); *Osvaldo Abello Noguera, Aydeé Anzola Linares, Alfonso Angel de la Torre, Alfonso Arango Henao,* (no asistió); *Carlos Betancur Jaramillo,* (salvó voto); *Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Galindo Pinilla, Jorge Dangond Flórez, Enrique Low Murtra,* (salvó voto); *Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez, Ignacio Reyes Posada, Jorge Valencia Arango,* (no asistió).

Mauricio Torres Cuervo, Secretario.

ELECTORALES. PROCEDIMIENTO EQUIVOCADO. — Nulidades procesales: Son de interpretación restrictiva.

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Bogotá, D. E., enero dieciseis de mil novecientos ochenta.

Referencia: Radicación 580. Electoral. Ponente: doctor Mario L. Pérez Velazco. Actor: Francisco de la Ossa.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto me separo de la decisión mayoritaria por las siguientes razones:

El artículo 282 del Código Contencioso Administrativo remite las materias no reguladas por dicho ordenamiento jurídico a lo establecido por el Código de Procedimiento Civil. Puede decirse que *el vacío* en el contencioso administrativo se regula en forma supletiva por el régimen del procedimiento general, esto es, el procedimiento civil.

En materia de nulidades procesales no hay vacío por cuanto el Art. 113 del Código Contencioso Administrativo regula la materia. Me identifico con este aspecto con lo anotado por el Dr. Betancur en cuanto sería quizá aplicable por extensión el Código de Procedimiento Civil a los juicios que fueron incorporados a la jurisdicción administrativa por la reforma de 1964. En ningún caso cabe pues aplicar al procedimiento administrativo las nulidades del procedimiento civil, tratándose, como en el caso *sub judice,* de juicios electorales que ya conocía la jurisdicción contencioso administrativa desde 1941 y aún antes.

Las nulidades procesales son de interpretación restrictiva como lo ha hecho en forma reiterada la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Por ello no cabe la nulidad procesal porque se le dio a un juicio electoral el trámite de un juicio ordinario, aún cuando ésta es una situación injustificada y absurda. Ni es tampoco pertinente darle vigencia a lo que se ha llamado la nulidad constitucional en aplicación extensiva del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque este artículo se ha establecido como garantía de los derechos ciudadanos y no para anular la posible acción de la justicia.

De otro lado ha sido voluntad del legislador que el juicio electoral sea más rápido que el proceso ordinario, lo cual conlleva dos conclusiones: a) no debe aceptarse la nulidad procesal por trámite errado porque con ello se contraría el propósito mismo de simplicidad y rapidez que se quiere incorporar a las acciones electorales.

b) Tampoco es correcto, a mi juicio, invocar violación del artículo 26 de la Carta porque lejos de cercenar garantías, el Tribunal al utili-

zar la vía ordinaria amplió las garantías procesales para el ejercicio del derecho de defensa, si es que se trata de hablar de los "derechos" de la persona nombrada o elegida.

Por las anteriores razones expresadas en forma sucinta me aparto de la decisión mayoritaria y estimo pertinente que debió haber fallo de fondo.

Atentamente,

Enrique Low Murtra.



ELECTORALES. PROCEDIMIENTO EQUIVOCADO. — No está considerado como causal de nulidad en el artículo 113 *del Código Contencioso Administrativo.*

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Proceso Nº 580. Actor: Francisco de la Ossa. Ponente: doctor Mario Enrique Pérez V.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria, considero que la garantía constitucional del debido proceso no resultó violada en el asunto de la referencia. Es indiscutible que cuando se sigue el trámite ordinario en lugar de uno especial (caso del electoral) de etapas más restringidas, si bien se incurre en una informalidad se le da una mejor oportunidad a las partes para que ejerzan una más adecuada defensa.

Este ha sido el pensamiento reiterado de nuestra Corte Suprema y en algunas ocasiones el mismo Consejo ha tenido oportunidad de resolver en igual sentido.

Las causales de nulidad indicadas en el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo son taxativas y no cabe hablar, frente a los procesos que eran del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa desde 1941, de vacíos que deben llenarse con el Código de Procedimiento Civil. Esto no obsta para que frente a las acciones traídas a dicha jurisdicción por la reforma de 1964 si quepa hablar de ese vacío y de la aplicación extensiva del Código de Procedimiento Civil (artículo 282 del Código Contencioso Administrativo).

Sobra recordar que el legislador de 1941 cuando estableció las causales de nulidad tuvo en mente a todos los procesos que en la ley 167 eran de su resorte. Debe observarse que la causal de trámite inadecuado fue contemplada por primera vez en el Decreto 1400 de 1970.

Respetuosamente.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., diciembre catorce de mil novecientos setenta y nueve.

ELECTORALES. PROCEDIMIENTO EQUIVOCADO. — No está considerada como causal de nulidad en el artículo 113 *del Código Contencioso Administrativo.*

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Proceso Nº 580. Actor: Francisco de la Ossa. Electoral.

Con el acostumbrado comedimiento, me separo de la anterior sentencia, en razón de que sigo considerando que la irregularidad procesal en que se fundamenta la nulidad de este juicio electoral pierde de vista algunos importantes aspectos que, a mi juicio, determinan que no fuera procedente tal decisión, a saber: 1) Como lo dijo el Consejo de Estado en sentencia de 7 de octubre de 1970, el trámite propio del juicio ordinario ofrece más amplias oportunidades procesales para el ejercicio del derecho de defensa, que el trámite del juicio electoral, por lo cual no puede darse cabida a la causal invocada, por aplicación del artículo 26 de la Constitución Nacional. 2) La causal de nulidad aplicada no está prevista en el Código Contencioso Administrativo, cuyo artículo 113 y ss. no presenta vacío alguno que deba llenarse con apoyo en la remisión que hace el artículo 282 *ibídem.* Lo que existe, simplemente, es el que el legislador no creyó necesario instituir tal causal en los procedimientos contencioso-administrativos. 3) Por último, la decisión hace írrita la acción, con notorio quebranto del principio cardinal que orienta el juicio electoral, cual es su celeridad.

Por las anteriores breves razones, estimo que ha debido pronunciarse fallo de mérito.

Jorge Dávila Hernández.

Bogotá, D. E., enero quince de mil novecientos ochenta.

ELECTORALES. NOTIFICACION. — Necesidad de citar a la persona cuya elección se impugna. El elegido es parte principal en el proceso y sin su citación no es posible integrar el contradictorio, pues se configura el fenómeno del "Litis Consorcio" *pasivo con carácter de necesario.*

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencisoo Administrativo. Bogotá, D. E., diciembre diecisiete de mil novecientos setenta y nueve.

Referencia: 552. Demandante: Saúl Pareja Gans.

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado pide que se declare la nulidad de este proceso electoral, fallado en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

El Agente del Ministerio Público sustenta su solicitud en los siguientes términos:

"Aunque se trate en este caso de una acción pública que puede intentarse por cualquier ciudadano, no es posible desconocer que la sentencia que ponga fin al proceso necesariamente afecta a una persona particular, la cual no debe permanecer ajena al debate, como garantía de su derecho de defensa, pues de lo contrario podría resultar condenada sin haber sido oída ni vencida en juicio.

El artículo 113 numeral 3º del Código Contencioso Administrativo, consagra como causal de nulidad la falta de notificación en legal forma de cualquiera de las partes.

El acto controvertido es el nombramiento de la señorita Rita Prieto Villarreal como Tesorera Municipal del Municipio de Soledad (Atlántico), es innegable que la posible nulidad del mismo la afectaría puesto que vendría a privarla de la investidura oficial que le fue conferida; y al no haber sido notificada, se incurrió en la causal de nulidad invocada".

La providencia que abrió el incidente de nulidad se notificó personalmente a la persona cuya designación como tesorero municipal de Soledad se impugna, en la forma prevista en el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil, sin que hasta la fecha haya hecho manifestación alguna.

La Sala unitaria propuso proyecto de decisión a la Sala Plena en virtud de providencia visible al folio 54, que dice:

"Como la decisión del incidente proyectada por el Consejero sustanciador contiene doctrina contraria a la de la Sala Plena, sométase el asunto a la resolución de ésta. Regístrese el proyecto".

Sinembargo consideró la Sala Plena que no debía hacer el pronunciamiento como consta al folio 55 donde se lee:

"CONSTANCIA: En la sesión Plena Contenciosa del 11 de diciembre de 1979 se presentó un proyecto de auto decidiendo el incidente propuesto y la Sala estimó que tal providencia es de competencia de la Sala Unitaria, por hallarse el proceso en etapa previa a la citación para sentencia.

Mauricio Torres Cuervo

Secretario General".

Para decidir el incidente, la Sala Unitaria considera:

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 Código Contencioso Administrativo).

2ª La institución del proceso es inconcebible sin uno de sus elementos fundamentales, como son las partes. El Código Contencioso Administrativo 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 principios es el que obliga a integrar cabalmente el contradictorio, en el caso del *"litis consorcio"* necesario (artículo 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 frente a la entidad administrativa que profirió el acto, sino también frente a 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 Código Contencioso Administrativo 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 consituyen 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 jurídica procesal.

9º El acto de elección o de nombramiento a la vez que inviste a un sujeto del status jurídico general, crea para este una situación jurídica concreta del 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, cada una con un interés principal propio. La primera presentada por la administración y la otra por el sujeto o titular de la situación jurídica concreta que emana del acto.

10ª Toda acción es pública en el Derecho procesal moderno. Lo que puede calificarse de 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.

En el caso de autos el proceso se ha adelantado sin que se haya citado a la persona cuya elección se impugna y sin que ésta haya tenido oportunidad de comparecer, no obstante que su interés principal en el proceso le asigna la calidad de *"litis consorte"* necesario pasivo.

En mérito de lo anterior declárase la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda inclusive.

Notifíquese y cúmplase.

Carlos Galindo Pinilla.

TITULO VI

REVISION DE IMPUESTOS

CAPITULO PRIMERO

APELACIONES

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. — El de los dos años, según los artículos 36 de la Ley 53 de 1967 y 9º de la Ley 8ª de 1970, deberá contarse desde la fecha de presentación de la respectiva reclamación sin tener en cuenta la fecha de los escritos adicionales que el contribuyente puede allegar para sustentar los recursos ya presentados conforme con el artículo 46 del Decreto 1651 de 1961. La disposición del artículo 47 del Decreto 1651 de 1961 no puede llevar hasta la conclusión de variar la fecha de interpretación del recurso.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., julio doce de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Alfonso Angel de la Torre*)

Referencia: Expediente número 4402. Actor: Eternit Colombiana S. A. Apelación de la sentencia de 19 de enero de 1977 del Tribunal de Cundinamarca. Impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1970.

La doctora R. Inés Jaramillo M. obrando como representante especial de la sociedad Eternit Colombiana S. A., Nit. 60.002.302, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la operación administrativa de determinación del impuesto sobre la renta y complementarios practicada a cargo de su representada por el año gravable de 1970, con apoyo en los siguientes hechos que expone así el fallador *a quo*:

"La sociedad Eternit Colombiana S. A., el 21 de mayo de 1971, dentro de la oportunidad legal, presentó la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1970. En la liquidación privada contenida en la declaración se determinó un total de impuestos por $ 21.609.006.00 (ver anexo 3).

"2. Eternit Colombiana S. A., dentro de la oportunidad consagrada por el artículo 52 del Decreto 1366 de 1967, el 19 de noviembre de 1971, adicionó la declaración de renta y patrimonio correspondiente a 1970 (ver anexo 4).

"3. *El* 31 *de diciembre de* 1971, Eternit Colombiana S. A., en cumplimiento del artículo 2º del Decreto 1963 de 1971, presentó ante la Dirección General de Impuestos Nacionales solicitud para el reconocimiento fiscal de los contratos que dieron lugar al pago de asistencia técnica, la solicitud configuró un incidente previo de acuerdo al artículo 7º del mismo Decreto 1963 de 1971 (ver anexo 5).

"4. El 21 de mayo de 1973, *la Sección de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, produjo la liquidación*

Nº 002696, en la cual determinó a cargo de la sociedad de la referencia, los impuestos sobre la renta, complementarios, recargos y especiales correspondientes al año de 1970 (véase anexo 6).

"5. *El* 17 *de agosto de* 1973, con el cumplimiento de los requisitos procesales, se presentó ante la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, recurso de reclamación contra la liquidación oficial de impuestos antes citada (Ver anexo 7).

"Mediante este libelo, se reclamó contra:

a) El rechazo de las siguientes deducciones de la renta bruta:

Prestaciones sociales	$ 3.798.820.26
Salarios	1.028.186.00
Honorarios por asistencia técnica	963.622.00
Intereses	1.406.434.00
T O T A L	$ 7.197.062.26

"b) La tasación del recargo por fraccionamiento.

"c) Al hecho de haberse gravado con el impuesto complementario de exceso de utilidades las rentas exentas por concepto de dividendos y reserva para Fomento Económico.

"6. Dentro de la oportunidad legal, el 30 de octubre de 1973, se adicionó el memorial de reclamación (Ver anexo 8). El 28 de agosto de 1974, la Dirección General de Impuestos Nacionales mediante Resolución R05407H, *decidió el incidente previo* suscitado con el memorial presentado el 31 de diciembre de 1971 (Ver anexo 9).

"7. El 29 de noviembre de 1974, la compañía, dentro de la oportunidad legal, presentó memorial de adición al memorial de reclamación presentado el 17 de agosto de 1973 (Ver anexo 10).

"8. *La Dirección General de Impuestos Nacionales* el 31 de julio de 1975, mediante Resolución Nº 04126H del 31 de julio, ejecutoriada el 9 de septiembre de 1975, *decidió en única instancia,* el recurso de reclamación presentado el 17 de agosto de 1973, en la cual mantuvo la desestimación de la deducción por salarios $ 1.406.434.00 y para efectos de la determinación del impuesto complementario de exceso de utilidades *no se disminuyó* de la renta básica las rentas exentas por concepto de dividendos $ 4.967.674.00, ni la reserva para el Fomento Económico $ 1.000.000.00 (Ver anexo 11)". (El subrayado corresponde al texto original).

Como disposiciones violadas citó los artículos 26 de la Constitución Nacional, 19 del Decreto 2821 de 1974, 3º del Código de Procedimiento Civil, 9º de la Ley 8ª de 1970, 10 y 58 del Decreto 1366 de 1967, 25 de la Ley 81 de 1960 y el ordinal 12 del artículo 222 del Decreto 437 de 1961.

La sentencia del Tribunal

El fallador de primera instancia negó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Concepto del Ministerio Público

"Emitido por el señor Fiscal 3º de la Corporación, dice:

'En cuanto a la solicitud hecha a la Fiscalía con respecto al artículo 279 del Código Contencioso Administrativo, se procede a tramitar este negocio omitiendo esta petición, ya que a folio 100 del expediente aparece una copia debidamente autenticada, del memorial que con fecha *agosto* 17 *de* 1973, presentado por el señor Armando Canal Mantilla, en el cual hace una reclamación ordinaria contra la liquidación oficial practicada a cargo de la sociedad Eternit Colombiana S. A.

'Aunque en dicho recurso la firma contribuyente manifiesta los motivos de inconformidad con la liquidación oficial, la Fiscalía queda relevada de hacer el estudio del planteamiento de fondo para dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, norma por la cual se redujo a dos años de plazo el término fijado en el artículo 36 de la Ley 83 de 1967, con respecto a la fecha de expedición del fallo decisorio que resuelve los recursos interpuestos por los contribuyentes ante el Jefe de la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos. La citada norma dice:

" '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".

'En el presente caso como la fecha de presentación se hizo el 17 de agosto de 1973, el plazo para expedir el fallo, incluyendo la notificación y la ejecutoria, vencía el 16 de agosto de 1975; y aunque la providencia decisoria lleva fecha de 31 de julio de 1975, su notificación se hizo por edicto desfijado el 27 de agosto del mismo año, quedando ejecutoriada, como lo preceptúa el artículo 5º del Decreto 1651 de 1961, el día martes 9 de septiembre del mismo año, o sea 19 días después del término fijado por la ley.

'En consecuencia, la Fiscalía Tercera conceptúa que el H. Tribunal debe declarar que el recurso presentado queda fallado a favor del contribuyente'.

"Para resolver se considera

"1. No cree el Tribunal, en primer lugar, que al caso de autos sea aplicable el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, porque no obstante que el recurso gubernativo fue interpuesto con el lleno de todos los requisitos de ley, el 17 de agosto de 1973 la sociedad actora presentó ante la sección de recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, el de reclamación, el 30 de octubre del mismo año

adicionó el memorial de reclamación (ver anexo 8), con incidente previo; por ende, es desde esta fecha desde la cual debe contarse el término para que pueda operar el fenómeno jurídico de que habla la norma mencionada; y como la notificación del último acto ocurrió el 27 de agosto de 1975 mediante el edicto ese día, es claro que las autoridades del fisco resolvieron en tiempo, es decir, antes de que venciera el plazo que el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 le otorga.

"2. Ni aun aplicando la vieja tesis jurisprudencial de que debe tenerse por producido el fenómeno de acuerdo con la ejecutoria de la última providencia, tuvo ocurrencia; porque si se desfijó el día 27 de agosto de 1976, la ejecutoria ocurrió el 10 de septiembre del mismo año, por lo que es obvio concluir que tuvo lugar *antes* del 30 de octubre de ese calendario. Ello es apenas lógico porque el 30 de octubre hubo una *adición*, y entonces el bienio se ha de contar desde allí, y no desde la fecha de la primera, porque ese es un plazo establecido para que la administración resuelva.

"3. Pero como quiera que el demandante también plantea cuestiones de fondo, pasa el Tribunal a analizarlas, así:"

El recurso de apelación

La sociedad recurrente, por intermedio de nuevo apoderado, el doctor Andrés Casas, apeló del proveído anterior insistiendo en los argumentos de nulidad de la operación administrativa por usurpación de competencia, derecho al reconocimiento de las deducciones rechazadas en la etapa gubernativa y, extemporaneidad de la providencia que agotó la vía gubernativa por haber sido notificada después de los dos años de que trata el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, argumento este último al cual contrae su atención la Sala en este fallo, por cuanto de encontrarse cumplido el fenómeno del silencio administrativo positivo consagrado en la disposición en cita, los demás fundamentos resultan inocuos para los efectos perseguidos por la actora.

Oposición

Dentro del trámite legal del recurso de apelación, la doctora María Cristina Velásquez Galarza, actuando en su calidad de apoderada especial de la Sub-Dirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, se opone a las pretensiones de la demanda, alegando así en cuanto al punto del silencio administrativo:

"En primer lugar la sociedad solicitó se fallara el recurso a su favor en virtud de lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, al considerar que se había resuelto en forma extemporánea por la Dirección de Impuestos. Esta solicitud sin embargo, no puede prosperar, porque como muy bien se analizó por el Honorable Tribunal *a quo*, al haberse adicionado el reclamo el día 29 de noviembre de 1974, para impugnar la resolución que había decidido el incidente previo a la liquidación de impuestos, (solicitud de aprobación de regalías pagadas), sólo desde ese momento debía considerarse interpuesto el reclamo y por ende desde esa fecha debió comenzar a contarse el término de dos años de que trata la norma considerada como presuntamente violada, En efecto el reclamo quedó resuelto el día 31 de julio de 1975,

fue notificado el día 27 de agosto de 1975, cuando se desfijó el Edicto correspondiente dentro del término legal".

El concepto fiscal

El colaborador 3º del Ministerio Público, doctor Carmelo Martínez Conn, dice así en lo pertinente:

"Como puede observarse de la relación anterior, el actor plantea un punto que no fue objeto de estudio por el Tribunal *a quo*, debiendo serlo, que es imprescindible para la decisión del caso, cual es el relativo a la competencia del funcionario que dictó la resolución final por la cual culminó la operación administrativa objeto de la demanda, pues si se dá razón en este punto al contribuyente, carece de objeto el estudio de los demás motivos de inconformidad. En efecto, alega el actor que cuando se resolvió el recurso interpuesto por el contribuyente contra la liquidación oficial del impuesto de renta, complementarios, especiales u sanciones, mediante la Resolución R-04126-H de 31 de julio de 1975, estaba vigente el Decreto 2821 de 1974 en cuyo artículo 1º se dispuso: 'Contra los actos de liquidación de impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación. De este recurso conocerá la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales que hubiere practicado la liquidación'.

"Alega el demandante la aplicación al caso de doctrinas de la H. Corte Suprema de Justicia y el H. Consejo de Estado, las cuales transcribe en lo pertinente y agregó en xeroscopia a la demanda, conforme a las cuales las nuevas normas que afectan la competencia del funcionario y no la ritualidad de los juicios, tienen vigencia inmediata por ser de orden público, como sucedió en el caso *sub judice*, en que fue variada la competencia para resolver el caso conforme al artículo 19 del Decreto 2821 de 1974.

"La Fiscalía encuentra ajustada a derecho estricto el alegato del contribuyente. En efecto, cuando interpuso los recursos de reclamación ordinaria y apelación subsidiaria contra la Liquidación Oficial del impuesto a la renta y complementarios, recargos y especiales por el año fiscal de 1970, (ver folios 100 a 105) el 17 de agosto de 1978, estaban vigentes los artículos 31 a 35 del Decreto 1651 de 1961 que reglamentaban la interposición y trámite del recurso de reclamación ordinaria contra las liquidaciones al impuesto sobre la renta y fijaba la competencia, y cuando fue resuelto el 31 de julio de 1975, estaba vigente el artículo 19 del Decreto 2821 de 20 de diciembre de 1974 el cual entró a regir por disposición expresa del artículo 48 *ibídem*, ese mismo día; conforme al mencionado artículo 19 del citado decreto, 'contra los actos de liquidación de impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales procede el recurso de reposición el cual podrá interponerse dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación. De este recurso conocerá la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales que hubiere practicado la liquidación'. Y el 20 del mismo decreto expresa; 'El recurso de apelación procede contra las providencias dictadas por las secciones de Recursos Tributarios, cuando el monto de la liquida-

ción impugnada o el valor de la reclamación sea superior a diez mil pesos'. Inciso segundo 'El recurso de apelación se interpondrá y surtirá conforme a lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto Ley 1651 de 1961 y se concederá en el efecto suspensivo, salvo lo que para casos especiales disponga la ley'. Por su parte el artículo 21 del Decreto 2821 de 1974 establece la obligación de consultar las resoluciones que dicten las Secciones de Recursos Tributarios concernientes a los mismos impuestos, con el Director de Impuestos Nacionales, en la forma y condiciones del artículo 41 del Decreto 1651 de 1961.

"Por su parte, el artículo 31 del Decreto Ley 1651 de 1961 expresa que contra las liquidaciones del impuesto sobre la renta, sus complementarios, recargos, sanciones y especiales que se liquiden con base en la declaración de renta y patrimonio, existen los recursos de Reclamación Ordinaria y el de Reclamación extraordinaria, agregando que la reclamación ordinaria debe presentarse ante la Administración de Impuestos Nacionales que practique la liquidación oficial del impuesto, dentro de los tres meses siguientes a su notificación, pero si el contribuyente presentó liquidación privada y la oficial se le notificó antes de la fecha fijada para el pago de la última cuota, el plazo de tres meses se contará a partir de tal fecha. El artículo siguiente determina los requisitos que debe cumplir quien interponga el recurso y el 34 ordena a la oficina liquidadora el envío de la liquidación impugnada, junto con sus antecedentes administrativos al funcionario que deba conocer de la reclamación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35, que otorga al contribuyente opción para que el recurso se surta ante la Sección de Recursos Tributarios de la misma Administración, o ante la División de Impuestos Nacionales, prescribiendo el segundo inciso que si la revisión se practicó en uso de la facultad de revisión oficiosa, entonces conoce la División de Impuestos Nacionales. Y esto último fue lo que ocurrió. En efecto, mediante memorial dirigido al Jefe de la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, el 17 de agosto de 1973 (folios 100 a 105 vto.) el señor Armando Canal Mantilla en nombre de la sociedad afectada, interpuso los recursos de reclamación y apelación subsidiaria contra la liquidación de impuestos a la renta, complementarios y especiales practicada a la sociedad, por el año fiscal de 1970, memorial ampliamente explicativo de los motivos de inconformidad por los cuales reclamaba, recurso que sólo vino a ser resuelto por la Dirección de Impuestos Nacionales, el 31 de julio de 1975 mediante Resolución Número R-04126-H, fecha para la cual esta oficina había perdido competencia para decidir el caso conforme al artículo 19 del Decreto 2821 de 1974 que hemos transcrito. En tal virtud, como la base de toda decisión oficial, sea administrativa o jurisdiccional, es la competencia del funcionario que la profiere, la que había dejado de tener la Dirección de Impuestos cuando decidió el recurso que contra la liquidación oficial interpuso el 17 de agosto de 1973 el señor Armando Canal Mantilla en nombre y representación de la sociedad contribuyente, concluyese que la Administración no resolvió dentro del término legal el recurso de reclamación contra la liquidación oficial del impuesto a la renta, complementarios y especiales a la sociedad demandante por el fiscal de 1970, (sic) por todo lo cual quedó en firme la liquidación privada que el contribuyente hizo de sus impuestos por el mismo período. Así las cosas, la Fiscalía queda relevada del estudio de los restantes motivos de impugnación".

Consideraciones para resolver

Según los artículos 36 de la Ley 63 de 1967 y 9º de la 8ª de 1970, como bien lo anota la parte demandante, el término de los dos años para entender falladas las reclamaciones tributarias en favor de los contribuyentes cuando éstas no hubieren sido decididas en forma definitiva, deberá contarse "desde la fecha de su presentación" (artículo 36) o, lo que es lo mismo, "a partir de la fecha de presentación de la respectiva reclamación" (artículo 9º), ordenamientos que por su manifiesta claridad literal no pueden ser desatendidos "a pretexto de consultar su espíritu", de conformidad con la norma de interpretación contenida en el artículo 27 del Código Civil.

Ahora bien. Si en el caso de autos, como está demostrado a folios 3, 17 vuelto y 100, la reclamación se interpuso el 17 de agosto de 1973 y sólo vino a quedar notificada el 26 del mismo mes del año de 1975 por haberse desfijado el respectivo edicto el día 27 inmediatamente siguiente a las 8 a.m., con violación por parte de las dependencias administrativas, dicho sea como anotación marginal, de lo dispuesto en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, que ordena su desfijación "al finalizar la última hora de trabajo de aquel en que termina la notificación", es evidente y de claridad meridiana que la susodicha notificación que puso fin a la etapa gubernativa y que consolidó el hecho de considerar resuelta favorablemente la reclamación administrativa, se surtió después de los dos años de que habla el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, sin que para ello haya necesidad de recurrir a elucubraciones interpretativas de ninguna clase.

La argumentación del Tribunal (folio 162) y de la representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que la prohija ampliándola, de que el término de los dos años para considerar ocurrido el silencio administrativo positivo, debe contarse a partir del 30 de octubre de 1973 en que la sociedad actora adicionó su reclamación presentada el 17 de agosto anterior o, más aún del 29 de noviembre de 1974 (folio 117) en que se adicionó la reclamación para impugnar la resolución que había decidido el incidente previo de aprobación de regalías, es a todas luces inaceptable, por cuanto una cosa es la fecha de presentación del recurso, que es la que sirve de referencia para empezar a contar el término de los dos años de caducidad para que la administración pueda pronunciarse y, otra muy distinta, la de los escritos adicionales que el contribuyente puede allegar para sustentar los recursos ya presentados, de conformidad con lo autorizado en el artículo 48 del Decreto 1651 de 1961, que textualmente dice:

"*Artículo* 48. Dentro de los dos meses siguientes a la interposición de los recursos, los interesados deberán sustentarlos y pedir y presentar pruebas. En el caso de que sea necesario obtener pruebas fuera del país, el término podrá prorrogarse hasta por cuatro meses más. Vencidos estos términos, el negocio debe fallarse teniendo en cuenta los elementos probatorios allegados; no obstante, el contribuyente podrá pedir y presentar pruebas y alegatos hasta el día anterior a aquel en que se reparta el expediente para proyectar el fallo de fondo.

"No podrá fallarse el recurso mientras no se haya vencido el término probatorio de que disponga el contribuyente, a menos que éste lo renuncie expresamente".

La disposición del artículo 47 del Decreto 1651 de 1961, que señala que "Cuando la liquidación se practique antes de haberse fallado materias incidentales, el término para reclamar se cuenta desde la notificación de estas providencias", que amparaba el caso de autos en que la liquidación impugnada se practicó antes de haberse fallado una materia incidental, como era la solicitud del reconocimiento como deducción de regalías abonadas en cuenta por concepto de asistencia técnica, no puede llevar hasta la conclusión de variar la fecha de interposición del recurso, sino, a desecharlo si éste fue inoportuno, cosa que no hizo la Dirección General de Impuestos Nacionales que, por el contrario, procedió a aceptarlo, con la aclaración de estimar variada la fecha de presentación, concepción que no puede ser aceptable jurídicamente, porque los hechos que se encuentren plenamente demostrados jamás pueden hacerse desaparecer por meros procesos interpretativos.

Por las razones expuestas, la Sala concluye de acuerdo con el colaborador Fiscal 3º, aun cuando por diferentes razones como quedó visto, que en el caso en estudio sí se operó el fenómeno del silencio administrativo positivo por haber sido notificada la providencia que agotó la etapa gubernativa, por la Dirección General de Impuestos Nacionales, después de los dos años de que trata el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970.

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

Falla:

Revócase la sentencia apelada y en su lugar confírmase la liquidación privada que la sociedad Eternit Colombiana S. A., Nit. 60.002. 302, presentó por concepto de impuesto sobre la renta y complementarios por el año gravable de 1970, en cuantía de veintiún millones seiscientos nueve mil seis pesos ($ 21.609.0006.00).

Revalídese el papel común.

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

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

Bernardo Ortiz Amaya, (aclara voto); *Alfonso Angel de la Torre*, *Jorge Dávila Hernández*, (salva voto); *Enrique Low Murtra*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACLARACION DE VOTO DEL CONSEJERO BERNARDO ORTIZ AMAYA

Referencia: Expediente Nº .. Actor:

Como la doctrina sentada por la Sala Plena del Consejo de Estado en su sentencia del 7 de julio de 1976 (Expediente Nº 3262) no la comparte el suscrito Consejero; pero dicho negocio fue sometido a la decisión de la Sala Plena, precisamente como medio de dirimir las diferencias de criterio existentes en la Sesión, sobre si es necesario o nó, notificar la decisión definitiva al interesado dentro del término fijado por la ley, para evitar la configuración del silencio administrativo positivo en materia de impuestos, aun cuando ella haya sido dictada antes de la fecha de vencimiento del plazo legal; el suscrito vota favorablemente esta ponencia en señal de acatamiento a lo así decidido por la Sala Plena, pero sigue disintiendo del criterio que informa dicha providencia.

Bogotá, D. E.,

Bernardo Ortiz Amaya.

Se adhirió a él el doctor Jorge Dávila Hernández

IMPUESTOS. — Alcance del artículo 278 del Código Contencioso Administrativo. Lo que se limita por el artículo 273 son las peticiones de hecho, pero puede siempre ampliarse la argumentación de derecho.

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 3808. Apelación de la sentencia del Tribunal del Quindío sobre impuestos de renta por el año de 1970. Demandante: Braulio Londoño Vélez.

En juicio de revisión de impuestos el señor Braulio Londoño Vélez, por intermedio de su apoderado solicitó que se revisara la operación administrativa consistente en los siguientes actos administrativos: a) liquidación de revisión Nº 00006 de 31 de enero de 1973 producida por la Administración de Hacienda de Armenia, y b) Resolución R-1318-H de marzo 7 de 1975 emanada de la Dirección General de Impuestos Nacionales qua agotó la etapa gubernativa. Solicitó asimismo que quedara en firme la liquidación oficial 0002 de enero 19 de 1973, emanada de la Administración de Impuestos de Armenia.

Antecedentes administrativos

a) El contribuyente Braulio Londoño Vélez presentó declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1970, el 26 de marzo de 1971. En esta declaración liquidó un gravamen por $ 875.000.00. Posteriormente, se practicó la liquidación oficial 0002 de 19 de enero de 1973, estableciendo un gravamen por $ 902.422.00.

b) Poco más tarde, y como resultado de un acta de visita contable por parte de los funcionarios de auditoría de la Administración de Impuestos, se produjo la liquidación de revisión Nº 00006 de enero 31 de 1973, la cual adicionaba las bases gravables e imponía sanciones por extemporaneidad y por libros.

Las adiciones fueron las siguientes:

I) Se adicionó la renta gravable en $ 349.196.00 con base en ventas de café que no habían sido incorporadas por el contribuyente. A este propósito dice el acta de visita: "De acuerdo con el estudio de los libros de contabilidad del señor Jesús Ruiz Rodríguez se pudo comprobar que el señor Braulio Londoño vendió café por conducto de éste, el cual no declaró".

II) Se desestimó una partida de $ 40.775.00 por gastos en ganadería por haber identificado equivocadamente los beneficiarios del gasto.

III) Finalmente se le adicionó una partida de $ 104.603.00, correspondiente a inversiones efectuadas en la Hacienda Paraco.

Finalmente, el acta de revisión impone sanciones por inexactitud y por no llevar *debidamente* los libros de contabilidad. La primera sanción en cuantía de $ 796.710.00 y la segunda por un valor de $ 323.820.00

El contribuyente reclamó oportunamente y, en consecuencia, la Dirección General de Impuestos Nacionales, dictó la Resolución R-01318-H de 7 de marzo de 1975 negando las pretensiones del reclamante y confirmando, en todas sus partes, la liquidación de revisión

Fallo del Tribunal

El Tribunal Administrativo del Quindío produjo una excelente sentencia que demuestra el esfuerzo de análisis de los hechos realizado por el Magistrado ponente doctor Benjamin López de la Pava. Las principales conclusiones de la sentencia son las siguientes:

Primero: De los antecedentes administrativos y contables es claro que el contribuyente omitió la inclusión de ventas de café y que el funcionario administrativo tuvo razón al adicionar la renta del contribuyente en $ 349.196.00. Esta conclusión contradice el aserto del contribuyente, según el cual, entre él y el señor Ruiz Rodríguez no ha habido mandato para las ventas de café, sino tan sólo un contrato de cuenta corriente.

Dice así el fallo del Tribunal en lo pertinente:

"Después de un minucioso examen tanto de las normas legales, como del torrente documental anexado a ambos expedientes (gubernativo y judicial), la Sala no puede menos que respaldar la posición adoptada por los funcionarios de la Administración y de la Dirección General de Impuestos Nacionales, al considerar que el señor Braulio Londoño Vélez, omitió declarar la utilidad deducida por ventas de café que a su nombre hizo su administrador Jesús Ruiz Rodríguez, en el año fiscal de 1970, y de allí la adición a la renta que se le hizo.

"Para llegar a esta irrebatible conclusión, se tiene en cuenta lo siguiente que aparece demostrado en forma palmaria en los expedientes:

"1º) Que el señor Ruiz Rodríguez es administrador o representante legal de don Braulio Londoño V., y por tanto él es quien maneja los negocios de éste, o por lo menos los de café. Así consta del hecho de que al mismo Ruiz R. se le notificó el acta de visita, en cuya diligencia se citó la Escritura Pública Nº 331 del 29 de julio de 1948, pasada en la Notaría de Quimbaya, por medio de la cual se le otorga el poder de representación.

"2º) Que el mismo Ruiz R. puso a disposición de los visitadores contables todos los libros de contabilidad del señor Braulio Londoño Vélez, lo cual implica que es quien maneja esa contabilidad.

"3º) Que no es exacto, como lo sostiene el demandante que Jesús Ruiz haya relacionado en su denuncio rentístico de 1970, las ventas de café de que se trata, pues solamente aparece una relación general por la cantidad de 42.512.84 arrobas, por un valor total de $ 5.553. 716.62, sin que ello de margen a hacer la afirmación categórica de que allí está incluido el pergamino vendido a nombre del actor. No puede olvidarse que Ruiz R. también es negociante en café, y por tanto comerciante en ese ramo. Se puede deducir y así hay que aceptarlo, que esa lista general se refiere a ventas de su propio negocio.

"4º) El señor Braulio Londoño acepta que la contabilidad de don Jesús Ruiz, su administrador general, está llevada de acuerdo con sanas prácticas contables y por tanto en forma legal, luego los datos que ella arroje lo perjudican, porque implícitamente los está admitiendo, y así se puede decir con gran fundamento que las conclusiones que arrojó la visita contable tienen asidero en cuanto a la utilidad por ventas de café. De esos libros (que están debidamente registrados y que son completos), salieron los pormenores que dieron lugar a la glosa ya conocida, y tanto más es así, que de ellos mismos salieron los comprobantes internos y externos que pusieron al descubierto la omisión de las ventas de café.

"5º) En la página 76 del cuaderno principal, corre el anexo sobre relación del patrimonio de don Braulio Londoño, de su declaración de renta de 1970, y ahi figura don Jesús Ruiz Rodríguez, como deudor de la suma de $ 100.000.00, y en el folio 86 *ibídem*, en la relación de pasivos, figura el mismo Ruiz, como acreedor de aquél por la cantidad de $ 38.797.13. Vale la pena resaltar que en la hoja 80 del ameritado cuaderno principal, corre la "Relación cuentas corrientes 1970 Deudores", y allí no figura el señor Jesús Ruiz Rodríguez, de lo cual se sigue que la cuenta corriente que se afirma existía entre don Braulio Londoño y su administrador Ruiz, terminó a 31 de diciembre de ese año favorable a éste último, pues en ese aspecto no quedó debiendo al señor Londoño; en cambio éste sí quedó debiendo a aquél $ 38.797.13, como ya se dijo.

"6º) Del punto anterior se colige que la posible cuenta corriente que se alega existió entre don Braulio y don Jesús Ruiz, no ha sido en forma alguna demostrada, y mucho menos en sus pormenores, pues siendo motivo de contrato debe tener regulación y forma de desarrollarse, pero nada de esto se comprobó. Apenas obra en autos, lo que afirma el demandante que, naturalmente no es ninguna prueba.

"7º) A los folios 160 a 208 del cuaderno Nº 3 (antecedentes administrativos), se ve una serie de notas de contabilidad del señor Jesús Ruiz R., cuya redacción general, palabra más o palabra menos, es la siguiente: 'V/r venta de 8.040 kilos de pergamino a Almacafé de Quimbaya, según factura Nº 972981, suma entregada al Sr. Braulio Londoño Vélez con cargo a su cuenta corriente..... $ 81.043.20'. Esta nota tiene fecha de 31 de enero de 1970. Por otra parte, a esa serie de anotaciones están anexadas las correspondientes facturas de venta del café, ventas que hacia Jesús Ruiz Rodríguez directamente a las distintas casas compradoras del grano, pero el dinero lo consignaba en cuenta de Braulio Londoño Vélez. Es decir, se puede afirmar sin temor que Jesús Ruiz era una especie de testaferro en esos negociados, o sea la persona aparente, pero en el fondo estaba obrando

para Londoño Vélez. Y hay un detalle muy diciente, y es que por ejemplo al folio 201 se ve la nota contable número 147, de 27 de abril de 1970, en la cual consta la venta de 489.96 arrobas de pergamino a Almacafé por valor de $ 65.862.72, según factura número 973703, y en el folio 200 figura el comprobante Nº 9915, en papel de don Braulio Londoño Vélez, de 29 de abril de 1970, en el cual se hace constar que recibe de Jesús Ruiz la anotada cantidad, para abonar a cuenta corriente, por 'venta de per. a Federación'. Ese comprobante está firmado por 'J. Ruiz R.'. Ante una evidencia tan grande, cómo negar que las distintas ventas de café a que se refieren las notas contables y las facturas que las acompañan, fueron hechas en y por cuenta de Braulio Londoño Vélez?. Acaso el hecho de figurar un recibo como el citado en papel timbrado de Londoño, no es un indicio más, de que la verdad es que esos negocios se hacian para Londoño?. Es más, ese recibo lo firma a nombre de don Braulio Londoño V., Jesús Ruiz Rodríguez, o sea como mandatario, pues no de otra forma se explica el obrar así.

"8º) El argumento de que se han desconocido los libros de contabilidad del actor, y por ende los asientos, no es válido, porque ello no es así. Lo que ocurre es que los datos descubiertos por los funcionarios visitadores no aparecen llevados a esos libros como asientos contables. Cosa muy distinta es desconocer el valor legal de los asientos que tuvieron a la vista los aludidos ampleados, lo cual no ha ocurrido, con la comprobación que pudieron hacer de que en dichos libros no figuraban las ventas de café que hizo en nombre de Londoño el señor Ruiz, tal como consta en las notas ya examinadas. Los libros y asientos del señor Londoño no han sido negados por nadie que se sepa, sino lo que se echa de ver es que no aparecen en esos libros asentadas unas ventas que realmente se hicieron y cuyos importe entró a las arcas del contribuyente Londoño.

"Y no puede quejarse el señor Londoño, porque es una verdad incontrastable que si bien sus libros están debidamente registrados, no por ello se puede sostener que los asientos no puedan desconocerse, o mejor dicho, la circunstancia del registro de los libros no implica la fidelidad de los asientos, y que estos no puedan desconocerse. Lo uno no tiene nada que ver con lo otro.

"9º) En las hojas 76 a 99 del mismo cuaderno de antecedentes administrativos, aparece otra serie de notas de contabilidad pero del señor Braulio Londoño Vélez, destinadas a servir de comprobantes internos, y en las cuales aparece este ciudadano, recibiendo de don Jesús Rodríguez, sumas de dinero 'para abonar a su cuenta corriente'. Las cantidades de que dan cuenta los distintos comprobantes, son las mismas de que tratan las notas de Ruiz Rodríguez analizadas en el punto 7º anterior. Cabe observar, que mientras las notas contables de Ruiz hablan de valor de ventas de café hechas a los diferentes compradores, y cuyas sumas se abonan a la cuenta corriente del demandante Braulio Londoño Vélez, los comprobantes de éste último apenas se refieren a haber recibido de 'Jesús Ruiz R., para abonar a su cuenta corriente', tal o cual cantidad, o sea la que designa el papel en cuestión. Hay, pues, una diferencia en la redacción del documento interno, pero en lo que sí están de acuerdo unos y otros, es en las

cantidades, y en que ellas fueron consignadas en la cuenta corriente de Braulio Londoño Vélez. En esto no hay el más mínimo equívoco. Así, pues, la disparidad radica en el origen de dichas cantidades, porque en tanto Ruiz habla de que provienen de ventas de pergamino, Londoño no dice nada, esto es, guarda completo silencio al respecto.

"Para la Sala, como ya se ha dicho, resultan más convincentes los comprobantes elaborados en la contabilidad de Ruiz, porque son más explícitos y aparecen respaldados por los de venta del grano, que los del señor Londoño, que son muy lacónicos y no mencionan el origen de los dineros abonados.

"Y, en cuanto a los certificados expedidos por la Cámara de Comercio que obran en autos, hay que anotar en primer lugar, que el número 1161 (folio 87, cuaderno 3º), fue solicitado por Jesús Ruiz Rodríguez como apoderado de Braulio Londoño, lo cual pone de presente un juego de personas, con la pretensión de desvirtuar hechos escritos que surtieron sus efectos con perjuicio del mandante.

"En esa certificación aparece que en la contabilidad de Londoño entre otras cosas, existe una cuenta corriente a nombre de 'Jesús Ruiz Rodríguez' y al respecto dice la Cámara de Comercio, lo siguiente:

"4º) Que revisado las notas (sic) de contabilidad producidas, aparecen correctamente asentadas en el libro auxiliar de Cuentas Corrientes, Jesús Ruiz Rodríguez, lo mismo que en el libro Caja Diario.

"5º) Que revisado el libro de Cuentas Corrientes 'Jesús Ruiz Rodríguez, aparecen detallados los comprobantes de contabilidad atrás descritos en sus respectivas fechas y saldos.

"6º) Que los anteriores comprobantes de contabilidad no tienen imputación diferente a lo descrito (sic) en su detalle".

"Esta certificación en nada mejora la actuación del demandante, ya que nada dice sobre el origen de las cantidades abonadas, que es donde radica precisamente la discusión, porque los visitadores demostraron y al través de los expedientes, así se corrobora, que las mencionadas sumas provienen de ventas de café que Jesús Ruiz R., hizo a nombre de Braulio Londoño Vélez. Si estas cantidades están asentadas como abonos en las cuentas corrientes de ambos ciudadanos, en forma alguna se puede admitir, como lo pretende el actor, que ellas procedan de préstamos pues tal aseveración riñe con las notas de contabilidad y sus respectivos comprobantes o facturas externos, del citado señor Ruiz, cuyo contenido es diáfano y para nada mencionan préstamos.

"Al folio 85 del cuaderno 3º, se ve otra petición a la Cámara de Comercio, suscrita también por Jesús Ruiz R., pero ya no como representante de los negocios de Londoño V., sino a título personal, y en el numeral 4º, pide a ese organismo que certifique 'Si el sistema empleado por mi para el movimiento de las cuentas mencionadas de 'Acreedores Varios' y 'Pergamino', en relación con los préstamos y abonos del Sr. Braulio Londoño Vélez, es el de abonar en forma directa los préstamos efectuados por el, para compra de pergamino, en la cuenta de Acreedores varios y cargar a la misma cuenta las ventas que

se producen por el mismo concepto o sea su valor, e igualmente y en forma inversa se efectúa el movimiento de la cuenta 'Pergamino'; y, en el punto 5º, del mismo memorial, agrega Ruiz:

"Si, analizando cuidadosamente el movimiento de las cuentas anteriores, se puede deducir fácilmente que se trata de un simple movimiento de préstamos y abonos, en lo que hace referencia al Sr. Braulio Londoño Vélez, ya que en ninguno de los textos de los comprobantes y asientos reza o aparece comprando o vendiendo café perteneciente al citado Sr. Londoño Vélez".

"La Cámara expidió el certificado Nº 1.160, que se observa en la hoja ya citada, en las condiciones pedidas por el señor Ruiz, y luego procede a hacer deducciones de ineficacia absoluta, por tratarse precisamente de simples conjeturas.

"Lo copiado entre comilla, pone de manifiesto que don Jesús Ruiz, trata de desconocer las notas contables de ventas de café y cuyo importe se carga a la cuenta corriente de Braulio Londoño Vélez, para hacer aparecer que esos dineros tienen una procedencia distinta, o sea la de préstamos, y abonos a ellos mismos, pero con esa actitud contradictoria sólo se logra hacer más firme el criterio de que se trata de omitir un pago mayor de impuestos.

"10º) Con relación a la certificación expedida por el Sr. Roger Echeverri Marín, contador público y que forma los folios 268 a 265 del cuaderno 3, dice que en la cuenta corriente de Jesús Ruiz R., de la contabilidad de Braulio Londoño, aparecen abonadas las cantidades de que hablan las notas contables que ya se han analizado, y luego de ello procede a hacer algunas deducciones tendientes a demostrar que esas cantidades no corresponden a ventas de café que haya efectuado Ruiz, sino que ellos provienen de préstamos hechos a éste para compra de pergamino. Al efecto dice el señor Echeverri:

"4º) Que ya determinado el anterior movimiento se puede colegir que se trata de una cuenta corriente de normal uso comercial, dentro de la sana práctica contable, demostrativa de préstamos hechos al Sr. Jesús Ruiz Rodríguze para compras de café, *como tal reza en los respectivos comprobantes de cargos,* préstamos que a su vez fueron reintegrados por el Sr. Ruiz, según comprobantes de abono, por consignaciones a Bancos y en dinero efectivo.

"5º) Que con base en lo anterior puedo dejar expresa constancia de que no existe ningún asiento que demuestre que el Sr. Braulio Londoño Vélez haya efectuado ventas de café por intermedio del Sr. Jesús Ruiz Rodríguez durante el citado año gravable de 1970, pues los comprobantes que sirvieron de base para la anotación de las respectivas partidas son claros en sus conceptos, ya que el hecho de que los comprobantes de cargo expresen el destino del préstamo no es fundamento para presumir que se han hecho compras de café por cuenta de Braulio Londoño, que den origen al mismo tiempo a transacciones de ventas, que permitan establecer utilidades o pérdidas en el renglón anotado". (Lo subrayado no es del texto).

"A esta certificación le cabe la glosa de que el señor contador hace la afirmación de que la cuenta corriente de que habla demuestra

los préstamos hechos al señor Jesús Ruiz, y que 'como tal reza en los respectivos comprobantes de cargos', lo cual está lejos de ser la verdad. Los 'respectivos comprobantes de cargo' en el caso de autos, son las notas contables que se han visto ya, y en ellas no se dice cuál es el origen de los dineros abonados, luego el señor contador sacó de su propia cosecha esa deducción. Por lo demás, y como se dijo en otra parte de esta providencia, no existe prueba de la celebración del contrato de cuenta corriente entre Londoño y Ruiz, ni se conocen sus estipulaciones generales y demás obligaciones que hayan podido contraer las partes, luego las presunciones que se hacen en el certificado son apenas imaginarias.

"Por otro lado es ingenuo pensar que si el contribuyente Londoño tenía la intención de no pagar impuestos por las sumas recibidas de venta de café no las iba a denunciar en su declaración de renta, ni en ningún documento se iban a hacer constar".

Segundo: De otra parte el Tribunal aceptó que se tengan como costos los $ 40.775.00 rechazados en la liquidación de revisión impugnada. Al respecto conceptúa lo siguiente:

"Como se ha podido ver, la Administración le desconoce al demandante el pago de $ 40.775.00 que éste hizo a terceros por concepto de salarios o jornales, alegando una errada identificación de los beneficiarios, y sostiene que la única manera de enmendar la cuestión es presentando copia de la declaración de renta de los beneficiarios, en la cual estos denuncien como renta los correspondientes valores recibidos, y cita como respaldo legal, el artículo 15 del Decreto 1366 de 1967.

"Durante la etapa reclamativa, el interesado hizo llegar al expediente una variada gama de pruebas (declaraciones de testigos, certificaciones de Alcaldes e informaciones de los mismos interesados, fuera de las planillas respectivas en donde constan los pagos verificados), pero estas fueron desatendidas en razón de que el funcionario o funcionarios que intervinieron en esa etapa, consideran que frente al artículo 15 ya citado, se necesita de una prueba calificada como es la declaración de renta, para que se pueda aceptar el pago a terceros mal identificados.

"La Sala no comparte el criterio de la Administración al respecto, porque en primer lugar, se olvida que el artículo 25 de la Ley 81 de 1960, de una manera especial permite a quienes lleven libros completos de contabilidad, debidamente registrados, deducir los costos, deducción que debe ser imperativamente aceptada, y en esa disposición no se habla para que ella opere la identificación estricta a que se refieren los funcionarios administrativos. Es decir, la circunstancia de llevar contabilidad completa, con el complemento del registro de los libros, y de que los asientos contables respectivos estén respaldados por los comprobantes de rigor, excepto cuando la ley no los exija, es suficiente para la aceptación de los costos; esto en tratándose de comerciantes que cumplan con esos requisitos, porque si no es así, o si se trata de personas no obligadas a llevar contabilidad completa, en las condiciones anotadas en los artículos 25 de la Ley 81 de 1960, 53 del Decreto 1366 de 1967 y 109 del Decreto 154 de 1968, el costo, deducción o exención debe probarse en la forma establecida por el ar-

tículo 15 del Decreto primeramente citado, vale decir, identificando en la declaración de renta al beneficiario, por su nombre o razón social, su apellido, cédula o nit e indicando el monto del pago o abono, y a falta de cualesquiera de esos requisitos, comprobando que el beneficiario del pago lo 'había denunciado antes de haberse requerido o practicado la liquidación del impuesto al contribuyente que solicite el reconocimiento del respectivo costo, deducción o exención', según expresión del inciso 2º del indicado artículo 15.

"De esta manera el Tribunal rectifica el criterio expuesto en sentencia de 14 de octubre de 1975, proferida dentro del proceso tributario de Rafael Patiño S., & Cía. Ltda.

"En segundo lugar, no hay motivo para desconocer que los documentos recibidos en la jornada gubernativa, tales como declaraciones testimoniales de los mismos que recibieron pagos, o de otras personas que se dieron cuenta que los ciudadanos mal identificados sí trabajaron al servicio del actor en sus fincas, las certificaciones de los Alcaldes Municipales sobre imposibilidad del señor Londoño para acreditar de una manera completa la identidad de esos señores, todo lo cual aunado a las planillas en donde constan los pagos, llevan al firme convencimiento de que efectivamente se hicieron los gastos cuestionados, y así los asientos contables se ven respaladdos en su integridad.

"No cabe, pues, la menor duda sobre el derecho que asiste al señor Londoño Vélez a que se le acepten las deducciones solicitadas por $ 40.775.00.

"Resta agregar que esta conclusión tiene asidero además, en el mandato del artículo 52 del Decreto 154 de 1968, el cual permite a los agricultores que se hallen en imposibilidad de identificar a quienes de ellos reciben salarios, demostrar la imposibilidad por cualquier medio probatorio, y al efecto sirven las constancias de los alcaldes u otros funcionarios, como inspectores y corregidores. Así que, de acuerdo con este precepto, la documentación ya indicada encima tiene plena validez".

"C) Otro de los cargos estriba en que al contribuyente se le desestimó la cantidad de $ 104.603.00, incluida por éste en su denuncio dentro de una cantidad mayor, bajo el mote de 'inversiones en Adiciones y Mejoras de la Hacieda 'Paraco', durante el año de 1970".

Tercero: En relación con el aumento patrimonial en cuantía de $ 104.603.00, el Tribunal comenta:

"En tanto que el demandante sostiene que la cantidad discutida de $ 104.603.00 corresponde a mejoras y adiciones de la finca 'Paraco', según la relación de 'Inversiones' que figura al folio 85 del cuaderno principal y que conforma un anexo de la declaración de renta, y la cual hace parte de mayor suma que fue llevada por él al patrimonio como consta en el folio 77 idem, los funcionarios de impuestos, principiando desde los visitadores, sostienen que esos valores implican deducciones, por ser gastos que se hicieron en el fundo anotado pero que no se les puede tener en cuenta, por cuanto las personas que recibieron los pagos no fueron identificados correctamente, pues las cédulas de algunas de ellas no coincidieron con las que informó la Registraduría del Estado Civil. Cabe apuntar sin embargo, que la Direc-

ción de Impuestos Nacionales, admite que algunas partidas, cuya suma total asciende a $ 209.311.05, sí provienen de mejoras, pues tales cantidades fueron invertidas en desmonte, siembra de pastos, construcción de cercas, etc., y no obstante tal declaración rechaza la inclusión que el contribuyente hizo en el patrimonio y tampoco la tiene como deducción. Para la Sala, en principio tiene plena razón la Dirección General de Impuestos, cuando sostiene que no todos los gastos que figuran en la relación del folio 85, se invirtieron en mejoras y adiciones para poderlos llevar al activo patrimonial, tal como equivocadamente lo hizo el señor Londoño Vélez.

"Es mejora en predio rural, según las voces del numeral b) del artículo 22 de la Ley 200 de 1936, 'toda obra o labor producida por el esfuerzo humano que tenga un valor económico, considerada en sí misma y en relación con el terreno en donde se ha realizado' y está integrada por "... las edificaciones, plantaciones, cercas, acequias, caminos y demás obras y labores útiles existentes, incluyendo, cuando los haya, el valor de los frutos pendientes", dice el mismo precepto, en el numeral 1º) de la letra c. De esto se infiere que los gastos por alimentaciones, lo pagado por repuestos, reparación de maquinaria y combustible, lo mismo que lo pagado por operarios de maquinaria, a pesar de que sean inversiones hechas en la hacienda Paraco, no pueden catalogarse como mejoras sino que implican erogaciones destinadas a poner la heredad en estado de producir o aumentar la renta. En esto, se repite, la razón está de parte de la Administración.

"Pero con lo que sí no está de acuerdo el Tribunal, es con la secuela de las decisiones administrativas en cuanto por ellas se niega que los $ 104.603.00, a pesar de ser considerados como gastos y por tanto implicar deducciones, no se le hayan contabilizado en tal carácter al reclamante, pues el simple hecho de que éste no haya solicitado esa deducción, no impedía a los liquidadores y demás funcionarios que conocieron de la reclamación, corregir el error, tal como lo ordena el artículo 54 del Decreto 1651 de 1961, cuando pregona que 'Los funcionarios que conozcan de recursos podrán corregir todos los errores de las liquidaciones y providencias sometidas a su conocimiento.....', y acatando de contera, el sabio principio consagrado en el artículo 1º del Decreto 437 del mismo año y que dice que 'Los funcionarios públicos que tengan atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y con el recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos; que la aplicación recta de las leyes y decretos que regulan la materia deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con que la misma ley ha querido que coadyuve a las cargas públicas de la Nación".

"Ahora bien: en cuanto a la demostración de los aludidos gastos por la cuantía que se discute, el caso encaja dentro de lo dicho para resolver el punto b), agregando además que con la certificación que obra en los expedientes, de la Cámara de Comercio se robustecen las conclusiones de la fuerza probatoria de los libros de contabilidad, sino que también el resto del conjunto probatorio (testimonios, certificaciones de los Alcaldes, etc. y planillas), en forma que no queda duda de que los pagos sí se hicieron y por los conceptos apuntados.

"Estas observaciones permiten al Tribunal tomar la determinación de modificar la liquidación impugnada, para incluir en ella la suma de $ 104.603.00 en calidad de deducción; y además tener en cuenta la cantidad de $ 209.311.00, que si bien aparece reconocida como valor de mejoras en la finca Paraco, en la Resolución Nº R.01318 H., de 7 de marzo de 1975, de la Dirección General de Impuestos, a la postre ese reconocimiento o aceptación oficial se quedó escrito, puesto que ninguna reforma se introdujo a la liquidación de Revisión, la cual fue confirmada en su totalidad, por la mencionada resolución".

Cuarto: Finalmente el Tribunal confirma parcialmente la decisión de la Dirección de Impuestos Nacionales en materia de sanciones. Al respecto, el libelista ha presentado en su demanda ante el Tribunal tres argumentos: a) Que las sanciones mencionadas se basan en normas legales que han sido derogadas, y en virtud del artículo 26 de la Constitución no podrían aplicarse con posterioridad a su derogatoria; b) que las sanciones prescriben en un año como reiteradamente lo ha sostenido el Consejo de Estado, y c) Que el contribuyente si llevaba correctamente sus libros de contabilidad y que la sanción por libros que le ha impuesto el funcionario administrativo es nula por todo concepto. El Tribunal niega esta pretensión del demandante por cuanto los argumentos que no fueron esgrimidos en la etapa gubernativa no pueden ser considerados en la etapa contenciosa... No obstante, el Tribunal revocó la sanción por libros y se limitó a imponer la sanción por inexactitud.

Concepto fiscal

El señor Fiscal 3º ante el Consejo de Estado en su juicioso concepto propone confirmar la sentencia del Tribunal *a quo*. El fiscal, solamente en un punto conceptual, no resolutorio, se aparta del Tribunal. Dice el fiscal:

"4º) En relación con el último punto, afirma el Tribunal que 'el argumento propuesto por el libelista de la preclusión del término para imponer tal sanción, no cabe discutirlo en este momento, porque como ya se dijo al principio de este fallo, los *hechos que no hayan sido controvertidos en la etapa gubernativa por ministerio de la ley* (*artículo* 278 *Código Contencioso Administrativo*), *no pueden serlo en esta instancia*, porque se desnaturalizaría la acción que es la de revisión de la actuación administrativa".

"La Fiscalía no comparte las apreciaciones del *a quo* porque *lo que no puede ser objeto de estudio por parte de esta jurisdicción son las inconformidades u objeciones no expuestas* en la etapa de los recursos interpuestos por via administrativa; en cambio, no se puede afirmar lo mismo cuando se trata de nuevos argumentos de tipo jurídico tendientes a demostrar o justificar las objeciones planteadas en la via gubernativa. Lo que no admite cambio es en cuanto a los hechos alegados como fundamento de la inconformidad.

"Por ello opina esta Agencia del Ministerio Público que es procedente un pronunciamiento sobre la sanción por inexactitud, que fue discutida en el recurso de reclamación, y sobre el nuevo argumento referente al fenómeno de la prescripción.

"Acerca de lo anterior, el Consejo de Estado por intermedio de su Sección Cuarta, ha dicho que las infracciones en que incurren los contribuyentes 'pertenecen a la especie de las contravenciones y la acción penal según lo preceptúa el artículo 115 del Código de la materia prescribe en un año contados a partir de la perpetración del hecho'. En fallo del 28 de julio de 1975 la misma Sección expuso:

"El artículo 115 del Código Penal dice: 'Tratándose de contravenciones, la acción penal prescribirá en un año, y la sanción en dos'.

" Cuándo comienza la prescripción? El artículo 106 del Código Penal dice que 'la prescripción de la acción empezará a correr, para las *infracciones consumadas,* desde el día de la consumación; para las tentativas y delitos frustrados, desde el día en que se perpetró el último acto de ejecución, y para las infracciones continuas, desde el día en que se verificó el último acto'.

" 'Por tanto, la acción para aplicar sanción por no llevar el libro de ingresos y egresos por un año dado, comenzará el primer día del año siguiente y pasado un año, la administración no podrá aplicar sanción. La liquidación interrumpe el término de la prescripción y si el Estado pretende hacer uso de las acciones correspondientes, debe practicar las liquidaciones dentro del año siguiente al gravable'.

" 'Como se sabe, la prescripción o caducidad de las acciones penales, debe declararse de oficio, en cuanto el juez verifique su existencia, aunque el intersado no la haya alegado'.

" 'Como el periodo a que se refiere la sanción es el fiscal de 1968, según la tesis transcrita el plazo para la prescripción comenzó el 1º de enero de 1969 y terminó el 31 de diciembre de 1969 y como la notificación de la pena se hizo el 5 de noviembre de 1970, la acción estaba prescrita' ".

"La tesis que se comenta ha sido acogida por la Sala Plena.

"La Fiscalía si bien respeta por su altísimo origen , las tesis jurídicas de la Corporación, se aparta de ellas por cuanto en su opinión la legislación tributaria no ofrece vacíos en ese punto, por lo cual no cabe la aplicación analógica de las normas del Código Penal. En efecto el artículo 15 del Decreto 1651 de 1961 dispone que 'Con respecto a cada declaración de renta y patrimonio que se presente, debe producirse el acto administrativo de liquidación de los impuestos en que se analicen los conceptos o cifras relacionados con el patrimonio bruto, el pasivo, el patrimonio exento, las rentas brutas, las deducciones legales, las rentas exentas, las exenciones especiales, personales y por personas a cargo y se determine el monto del impuesto sobre la renta y complementarios, de los recargos, de los impuestos que se liquiden con base en las declaraciones de renta y patrimonio y de las sanciones.....'"; y de conformidad con los artículos 24 y 29 *ibídem,* las liquidaciones Oficial y de Revisión deben practicarse dentro de los dos años siguientes a la presentación de cada declaración de renta y patrimonio. Por tanto, si la ley tributaria concede un término a las autoridades administrativas para revisar las declaraciones de renta y patrimonio de los contribuyentes e imponer las sanciones que deban imponerse, es de claridad meridiana que no puede declararse el fenómeno prescriptivo

acudiendo a normas penales, cuando el término de la ley tributaria es más extenso. Por otra parte no hay similitud en cuanto a los hechos en las dos situaciones que contemplan también distintas normas, como son la ley penal, en relación con hechos delictuosos y con simples contravenciones, y el hecho generador de una sanción tributaria que la ley prescribe imponer a quien trata de evadir un impuesto. Si, pues, son distintos los hechos, distinta debe ser la solución de derecho".

Para resolver se considera

1º) Para el Consejo es claro que el contribuyente sí realizó ventas de café que no declaró. No es menester repetir los argumentos del Tribunal de primera instancia cuya validez es incuestionable. Báste destacar nuevamente dos aspectos:

a) Al folio 200 del cuaderno de antecedentes administrativos figura el comprobante 9915 en papel de Braulio Londoño Vélez, fechado el 29 de abril de 1970, en el cual se hace constar que recibe de Jesús Ruiz la anotada cantidad, para abonar a cuenta corriente por venta de pergamino a la Federación. Prueba este comprobante que Jesús Ruiz Rodríguez actuaba como mandatario de Braulio Londoño Vélez.

b) En su memorial de apelación el apoderado del contribuyente Braulio Londoño Vélez arguye que en las ventas de café que denuncia Jesús Ruiz Rodríguez si se incorpora el café que se imputa que Londoño Vélez vendió como suyo por intermedio de mandatario. Esto es, no es válido, al sentir del apelante, lo dicho en la sentencia en los siguientes términos: "no es cierto como lo sostiene el demandante que Jesús Ruiz haya relacionado en su denuncio rentístico de 1970, las ventas de café...". Los alegatos del apelante no presentan nada concluyente en este punto.

2º) Sobre los puntos aceptados por el Tribunal, la Sala considera que tuvo razón el Tribunal de primera instancia y que debe procederse a reconocer los gastos y deducciones como lo hizo el Tribunal *a quo,*

3º) En materia de sanciones el Consejo, acoge el primer planteamiento del señor Fiscal y considera equivocada la tesis del Tribunal de primera instancia en el sentido de rechazar los argumentos del demandante por cuanto no se consideraron en la etapa gubernativa.

Es esta una buena oportunidad para considerar el alcance del artículo 278 del Código Contencioso Administrativo que dice:

"Artículo 278. En esta clase de juicios sólo se estimarán aquellas pruebas que hubieren sido aducidas durante la actuación en la vía administrativa, cuando se hubiere establecido trmino para este efecto. También serán estimadas aquellas pruebas que, producidas en el juicio, tienen por objeto completar o mejorar las aducidas en la actuación administrativa".

Sobre este artículo dice Miguel González Rodríguez:

"f) En esta clase de juicios, sólo se estiman las pruebas aducidas durante la actuación administrativa, y aquellas producidas en el juicio, que tienen por objeto completar o mejorar las aducidas en la actuación administrativa (artículo 278 del Código Contencioso Administrativo).

"Esta disposición hace que el contencioso de impuestos tenga su fisonomía jurídica de recurso o acción de revisión, que ha sido desnaturalizado en el juicio ordinario y en los juicios especiales contencioso-administrativos al aceptar la producción de pruebas que no se adujeron y se analizaron en la vía administrativa, pero que tiene su razón de ser en el hecho de que, salvo el procedimiento administrativo de impuestos y tal vez los procedimientos agrarios, no hay una reglamentación plena de la vía gubernativa, especialmente en lo que hace relación a medios de prueba y a su producción.

"En efecto, 'por recurso contencioso-administrativo —dice un tratadista español— se entiende la revisión jurisdiccional de un acto administrativo. La cualidad característica de la jurisdicción contenciosa, radica en ser sustancialmente crítica o revisora; lo que significa que su misión se reduce y concreta a examinar las decisiones, acuerdos y actos administrativos que se dicten en la vía gubernativa, bien provocados por un particular, ya mediante declaración espontánea de la propia autoridad administrativa, para mantenerlos, revocarlos, anularlos o modificarlos...". Sin embargo, como lo anota el tratadista español Jesús González Pérez, existe una tendencia moderna en los expositores jurídicos, totalmente opuesta a que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se limite a ser una jurisdicción sustancialmente revisora, cuyo objetivo sea, en últimas, ver y decidir sobre lo que ha visto y decidido la administración pública".

No obstante, tiene razón el fiscal cuando insiste que una cosa son los hechos y otra el derecho. Lo que se limita por el artículo 278 son las peticiones de hecho, pero puede siempre ampliarse la argumentación de derecho. Esta interpretación es consistente con lo anotado por el doctor Tascón en su Código Comentado, cuando señala que la Ley 167 de 1941 establece una línea intermedia entre el régimen que subrogó excesivamente amplio y otra antigua ley que cerraba toda oportunidad a nuevas argumentaciones en la etapa jurisdiccional.

El artículo 278 no precluye ampliar el marco de las alegaciones del actor en la via contenciosa más allá de lo sostenido en la vía gubernativa. Si se permite ampliar la prueba, aunque en forma restrictiva, lo que hace relación a cuestiones de hecho, *a fortiori*, es necesario aceptar que se permite ampliar el alegato que hace relación a cuestiones de interpretación legal. Por tanto, es pertinente analizar los argumentos esgrimidos por el demandante en materia de sanciones.

El señor fiscal, en juicioso análisis citó la doctrina reiterada del Consejo sobre la prescripción de las sanciones en materia tributaria. Esta doctrina que se refiere a casos regulados por normas sustituidas por el Decreto 2821 de 1974, ha sido acogida en repetidos fallos por esta Corporación y debe por lo tanto aplicarse también al caso *sub judice*. Por lo tanto, es pertinente revocar la sentencia del Tribunal solamente en lo relativo a la sanción por inexactitud pues ella se impuso cuando ya había transcurrido un año de la fecha de la presentación de la declaración de renta.

En razón de esta modificación procede realizar una nueva liquidación.

A. Impuesto determinado según el fallo del Tribunal	$ 1.477.358.00
Menos: sanción por inexactitud.	482.960.00
Total a pagar.	$ 994.398.00

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, 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 Confírmase el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada y modifícanse los numerales 2º y 3º que quedarán así:

2º Fíjase en novecientos noventa y cuatro mil trescientos noventa y ocho pesos ($ 994.398.00) el valor de los impuestos de renta, patrimonio y complementarios por el año gravable de mil novecientos setenta (1970), a cargo del contribuyente Braulio Londoño Vélez;

3º Como aparece acreditado en autos, que el aludido contribuyente canceló la suma de ochocientos setenta y cinco mil cuarenta pesos ($ 875.040.00), deberá pagar el excedente, esto es, la suma de ciento diecinueve mil trescientos cincuenta y ocho pesos ($ 119.358.00) más los intereses legales a que haya lugar.

Revalídese el papel común a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, (aclaró voto); *Alfonso Angel de la Torre*, *Jorge Dávila Hernández*, (ausente); *Enrique Low Murtra*.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PROCEDIMIENTO. — Las leyes sobre procedimiento son de orden público y, por tanto de aplicación inmediata. Este principio general sobre la aplicación inmediata tiene las excepciones de los casos contemplados en el artículo 40 *de la Ley* 153 *de* 1887, *limitadas por el artículo* 699 *del Código de Procedimiento Civil a*: 1) *Recursos interpuestos.* 2) *Práctica de pruebas decretadas,* 3) *Incidentes en curso y* 4) *Notificaciones que se estén surtiendo* (*Artículo* 5 *Código de Procedimiento Civil artículo* 13 *Ley* 22 *de* 1977).

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6395. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1967. Demandante: Héctor Gómez Paniagua.

Procedente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca viene a éste despacho el expediente de la referencia en el cual se solicita apelación contra la sentencia de 4 de junio de 1979, proferida en juicio de revisión del impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1967 en relación con el contribuyente Héctor Gómez Paniagua.

Al conceder el recurso el Tribunal opinó lo siguiente:

"En la oportunidad legal, el señor apoderado de la parte actora instaura el recurso de apelación contra la sentencia proferida el día 4 de junio del año en curso dentro del juicio de la referencia.

"Si bien la diferencia entre la liquidación oficial del impuesto por el ejercicio fiscal de 1967 y la liquidación privada por la misma vigencia es inferior a $ 30.000.00, se considera procedente conceder el recurso de apelación dado que el juicio ante esta jurisdicción se insturó antes de la vigencia de la Ley 22 de 1977, exactamente el 5 de noviembre de 1976 fecha para la cual estaba vigente la cuantía establecida por el Decreto 528 de 1964, ordinal g), numeral 2º del artículo 32.

"Lo anterior con fundamento en el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil que consagra el principio de inalterabilidad de la competencia y porque la Ley 22 de 1977 no introdujo modificación al respecto. De otra parte, la competencia no es factor que pueda entenderse contenido en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887".

Discrepa la Sala del criterio expuesto por el Tribunal con base en varias razones:

1º) Las leyes sobre procedimiento son de orden público y por tanto son de aplicación inmediata, sin que sea procedente argüir que existen condiciones jurídicas particulares creadas para desconocerlas. Basta al efecto citar el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil que a la letra dice:

"Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público, y por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley.

"Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas".

2º) Es cierto que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 habla de las leyes referentes a la *ritualidad* de los juicios, cosa distinta a la *competencia* como parece decir el Tribunal en el auto por medio del cual concede el recurso. No obstante, cabe anotar que la ritualidad de los procesos incluye implícitamente la designación del funcionario o funcionarios que deben estudiar cada asunto. Además el propósito de la norma de 1887 consiste en procurar la más pronta aplicación de las disposiciones en materia de procedimiento, de las cuales, parte esencial es el estatuto que regula las competencias.

3º) En ausencia de norma expresa en el Código Contencioso Administrativo es preciso acudir al Art. 699 del C. de P. C., que reitera la tesis relativa a la vigencia inmediata de las normas de procedimiento y limita la aplicación de la vieja ley a: 1) recursos interpuestos, 2) práctica de pruebas decretadas, 3) incidentes en curso y 4) notificaciones que se estén surtiendo. Por lo tanto, sólo en estos casos se exceptúa el principio general sobre la aplicación inmediata de las reglas de procedimiento.

4º) El artículo 13 de la Ley 22 de 1977 dice claramente "esta ley rige desde su promulgación", esto es, ordena su aplicación inmediata a todos los asuntos que ella cubre, sin excepción.

5º) Finalmente, la jurisprudencia de la Corte es clara al decir:

"La Corte explica estas normas así: 'Tanto el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, como el 1228 del actual Código de Procedimiento Civil, contienen una misma excepción. En el principio general se establece que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad prevalecerán sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, y que, por tanto, la Ley 105 habria de aplicarse en los juicios pendientes en el instante en que entrase en vigencia. Conforme a esta regla, inmediatamente que entra a regir la nueva ley procesal, todos los procedimientos quedan afectados por ella, cualesquiera que sean las consecuencias jurídicas a que conduzca la innovación: todas las sustanciaciones y las ritualidades de los juicios se acomodarán sin dilación a la nueva forma establecida. Pero el principio general tiene una excepción que instituye que las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, los términos no vencidos, los recursos interpuestos y las tercerías o incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo de su iniciación o en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la terceria o el incidente. Para el establecimiento de esta excepción, la Comisión redactora del Proyecto que es la Ley 105, dijo que las viejas normas no deberian sobrevivir

'sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido' " (Jurisprudencia de la Corte, tomo V, Nº 329).

El doctor Morales dice al respecto: "La ley procesal que debe aplicarse es la vigente en el momento en que el respectivo derecho se ejercita. Si una ley procesal suprime algunos modos de actuación de la ley y algunos medios de actuarla, se *extingue al mismo tiempo el derecho de pedir su aplicación*...". Nada más pertinente al caso *sub lite* en el cual la Ley 22 de 1977 suprimió la opción de ejercitar la apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala Contencioso administrativo.

Resuelve:

Devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca por cuanto la sentencia dictada el cuatro de junio de mil novecientos setenta y nueve, no es apelable ya que su cuantía es inferior a la fijada por la Ley 22 de mil novecientos setenta y siete para que proceda el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. — Principio de legalidad de los impuestos. Momentos de tiempo correspondiente al acaecimiento del hecho imponible y la vigencia de la nueva ley. Aplicación de la ley tributaria en el tiempo (derecho sustancial tributario y procedimiento tributario).

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 4413. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos de renta por el año de 1971. Demandante: General Electric de Colombia S. A.

Debidamente representada la sociedad General Electric de Colombia S. A., inició demanda de revisión de impuestos y solicitó modificación de la operación administrativa que le determinaba el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1971.

Han sido puntos de controversia los siguientes:

a) *Reserva para pensiones de jubilación.* La administración de impuestos de Bogotá, en la liquidación oficial 8934-B del 9 de agosto de 1973, le negó a la sociedad actora las deducciones por reserva para pensiones de jubilación. Arguye la oficina liquidadora: 'Se desestimó la suma de $ 3.336.514.13 solicitada por concepto de pensiones de jubilación por cuanto la compañía no llenó los requisitos para la aceptación dentro de los términos que tenía para presentar la declaración de renta y patrimonio, a continuación se transcriben los artículos 8 y 11 del Decreto 163 de 1972.

"Artículo 8º. Dentro de los términos que el contribuyente tenga para adicionar la declaración de renta deberá acompañarse a esta una relación que contenga los siguientes datos...".

El libelista reclamó ante la sección de recursos tributarios de la Administración Nacional de Hacienda y arguyó "que es manifiestamente equivocado aplicar al año gravable de 1971 "unas disposiciones dictadas en febrero de 1972 dándole así una aplicación retroactiva a estas normas jurídicas, lo que es improcedente, por cuanto el régimen legal de 1971 "quedó establecido el 31 de diciembre de tal año". Alega además el libelista que en 1971 estaba vigente el Decreto 884 de 1971 para los efectos del reconocimiento de las pensiones de jubilación y que el contribuyente cumplió rigurosamente los requisitos en él establecidos.

La Administración de Hacienda negó el reconocimiento solicitado por medio de la Resolución 003934 de 11 de septiembre de 1974 por

cuanto el Decreto 163 de 1972 "no vulneraba derechos ya reconocidos o situaciones consolidadas sino que simplemente establecía nuevos requisitos para su admisibilidad, requisitos que podian cumplirse inmediatamente, maxime cuando la declaración de renta fue presentada muy posteriormente a la promulgación del citado estatuto legal".

La sociedad actora apeló contra esta decisión. Por Resolución 04894 de 18 de septiembre de 1975 la Dirección de Impuestos Nacionales resolvió el recurso y agotó la via gubernativa confirmando la actuación de primera instancia. En su decisión argumenta: "El Decreto 163 de 1972, no crea la deducción, simplemente da pautas para que los contribuyentes la puedan determinar y el liquidador la pueda aceptar. Es ni mas ni menos un procedimiento que se debe cumplir con la satisfacción de los requisitos previstos en su texto... Dicho decreto, según el artículo 11, rige desde su promulgación..., evento que se produjo el 6 de marzo de 1972. De conformidad con el artículo 8º de dicho decreto, para la aceptación de la deducción, los contribuyentes debian cumplir con una serie de requisitos formales dentro de los plazos para la presentación de la declaración de renta, la cual en este caso fue presentada por la firma el día 15 de mayo del mismo año, cuando estaba en vigencia el Decreto 163 de 1972".

El contribuyente, en su demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pidió que se aceptase la deducción correspondiente a la reserva para pensiones de jubilación e insistió que el estatuto legal de 1972 no era aplicable al año gravable de 1971. El Tribunal negó este aspecto de la demanda.

b) *Sueldos y Prestaciones Sociales*: La oficina liquidadora rechazó las sumas de $ 2'022.456.00 y $ 232.910.00, por concepto de sueldos y prestaciones sociales "por cuanto los beneficiarios de los pagos no fueron identificados correctamente". Este rechazo fue confirmado por la sección de recursos tributarios de la Administración y por la Dirección General de Impuestos Nacionales ya que "la falta de cualquiera de estos requisitos (nombre y apellido o razón social, número de cédula de ciudadanía o de identificación tributaria (NIT), y el monto del pago o abono) sólo podria suplirse comprobando que el beneficiario de la renta la habia denunciado antes de haberse requerido o practicado liquidación al contribuyente que solicite el reconocimiento del respectivo costo, deducción o exención". Como no se comprueba esto último las oficinas administrativas, en la etapa de los recursos, mantiene el rechazo decretado.

Impugnada la operación administrativa por la via contenciosa el Tribunal aceptó las pretensiones del actor, por cuanto se probó que los pagos solicitados como deducción por salarios y prestaciones, corresponden a los registros contables reales, lo cual es jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado se ha aceptado como prueba suficiente para suplir los requisitos del artículo 15 del Decreto 1366 de 1967. (Decreto 1651 de 1961 artículo 77). Aunque en lo principal el Tribunal aceptó la petición del actor, en este punto mantuvo el rechazo de una partida de $ 792.219.00 como deducciones en el rubro de sueldos y prestaciones. Aunque la sentencia no hace referencia al motivo para este rechazo, es de entender que obedece a que el contribuyente no acreditó el pago de obligaciones con el Sena.

c) Finalmente, las autoridades de hacienda rechazaron una partida de $ 1.923.345.40 como renta exenta a título de reserva de fomento eléctrico. Se consideró por los funcionarios administrativos que no se habia dado cumplimiento a los requisitos del artículo 7º del Decreto 3257 de 1961 en concordancia con el artículo 109 de la Ley 81 de 1960. En la etapa de los recursos por la via gubernativa, se alegó, por parte de la sociedad actora que se habian cumplido todos los requisitos de ley y se acompaño, en tal oportunidad, copia auténtica del concepto del Consejo de Política Económica y Social que exigen las normas en mención. No obstante, la Dirección de Impuestos Nacionales consideró que la exención solicitada no podía ser considerada, "toda vez que el último inciso del artículo 7º del Decreto 3257 de 1961, señala el término para cumplir las exigencias requeridas (el de presentar la declaración de renta y sus adiciones)".

Al resolver este punto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada aceptó la deducción, acogiendo el concepto del fiscal del Tribunal, por cuanto el artículo 65 del Decreto 1651 de 1961 permite allegar en la etapa de los recursos la prueba y demás exigencias requeridas para aceptar los costos, exenciones especiales y pasivos si tales requisitos se omitieren en la declaración de renta.

Apelación

El contribuyente apeló la sentencia del Tribunal insistiendo que no se puede aplicar el Decreto 163 de 1972 al año gravable de 1971 por cuanto aquella norma entró a regir solamente en febrero de 1972.

En su memorial de alegato de segunda instancia dice el apoderado del actor: 1º) Que es doctrina reiterada del Consejo de Estado que "el periodo fiscal termina el último día de diciembre, momento en el que no queda duda para el contribuyente acerca de la regla general que determina sus deberes y derechos". 2º) Que no es posible aplicar una reglamentación que entró a regir cuando ya había transcurrido el año gravable sin afectar situaciones individuales. A este respecto añade: "no es lo mismo no existir reglamentación alguna en 31 de diciembre del año gravable, que existir una reglamentación que despues se deroga el año siguiente" pues en el primer caso como no hay norma, no se puede hablar de la existencia de una situación individual tutelada, al paso que en el segundo caso la existencia de una norma general tutela las situaciones individuales. 3º) Finalmente, alega el recurrente que el Decreto 163 de 1972 no es de naturaleza "procesal sino sustantiva" pues regula materias relativas al métdo aceptable para calcular la reserva de pensiones e incluye temas como la tasa de interés aplicable, las tablas de cómputo, los porcentajes deducibles, el tratamiento contable, los requisitos de fondo y forma, etc...".

Concepto fiscal

El doctor Carmelo Martínez Conn, fiscal 3º ante el Consejo de Estado, al rendir concepto arguye que deben aceptarse las peticiones de la demanda con base en los siguientes elementos de juicio: 1º) El

Decreto 884 de 1971 "puntualizó que podrían solicitar la referida deducción aquellas sociedades sometidas o que se sometan durante *el periodo fiscal* (subraya la Fiscalía) a la vigilancia del Estado..." y agrega "lo anterior significa que la norma vigente aplicable al periodo fiscal de 1971 es el Decreto 884 de ese año..." 2º) "Si se exige para aquel periodo (1971) el cumplimiento de las prescripciones del 163 de febrero 11 de 1972 se le estaria dando a este efecto retroactivo, porque sus disposiciones sólo obligan a partir del 6 de marzo de 1972, fecha en la que fue promulgado mediante inserción del Diario Oficial Nº 33536, páginas 677 y 678". 3º) Tampoco hace referencia el Decreto 163 de 1972 al regimen que debe aplicarse sobre "solicitudes en trámite" por lo cual debe entenderse que se quiso atener a la regla general en materia tributaria que establece que el año fiscal precluye el 31 de diciembre del año en curso. 4º) El fiscal anota que el Decreto 163 de 1972 no es un estatuto *de procedimiento*, como tampoco puede referirse *a derechos adquiridos* ya que estos se predican exclusivamente en asuntos de derecho privado. Se trata tan sólo de la interpretación correcta de principios generales de derecho que determinan la "aplicación de las leyes en el tiempo dentro de una sana hermeneutica jurídica".

Para resolver se considera

a) En cuanto al primer punto de las peticiones del actor, la Sala acoge la tesis de su colaborador fiscal.

En efecto, *el principio de legalidad de los impuestos*, incorporado vigorosamente en nuestro ordenamiento constitucional, implica que la ley fiscal debe ser preexistente al hecho imponible, esto es, al hecho generador de la obligación tributaria, lo que al sentir de Dino Jarach, es su causa. La ley de impuestos, como toda ley, es irretroactiva y sólo se aplica al futuro sobre hechos que se verifican dentro de su vigencia.

Cabe anotar que la obligación tributaria, como toda obligación en derecho, tiene cuatro elementos constitutivos: sujetos (activo y pasivo), objeto y causa. Cuando se trata de determinar la *aplicación de la ley tributaria en el tiempo* debe mirarse el momento de *causación de* la obligación como punto determinante de la misma. Si el "hecho generador" se ha verificado antes o después de la ley que se promulga será factor de aplicabilidad o inaplicabilidad de la nueva ley a cada situación jurídica concreta: es decir, la aplicación de la ley tributaria tiene como punto de referencia el momento en que tiene lugar la causa de la obligación tributaria, esto es, *cuando acontece lo que suele llamarse el hecho generador de la obligación o hecho imponible.* Así, si la ley entra a regir una vez ha ocurrido el hecho imponible plenamente, no puede la nueva ley afectar esa situación ya causada totalmente. En tal caso la nueva ley entra a regir a partir de los hechos imponibles futuros sin que pueda referirse a hechos imponibles pretéritos.

En relación con los momentos de tiempo correspondientes al acaecimiento del hecho imponible y la vigencia de la nueva ley conviene distinguir tres posibles situaciones:

1) Cuando el hecho imponible es de aquellos que se verifican dentro de un periodo de tiempo y la ley entra a regir antes de finalizar

ese periodo, se aplica a esa situación la nueva ley cubriendo inclusive situaciones de hecho pretéritas.

La ley sustancial tributaria que se promulga durante el transcurso de un período fiscal se aplica a los hechos gravables verificados durante todo el periodo. Es decir, "el factor tiempo no se entiende en materia tributaria de la misma manera que en las leyes de otra categoria o materia, reguladoras de derechos y obligaciones sustanciales, ante todo las relacionadas con impuestos de periodo. En estos casos comprende la vigencia de una ley los hechos ocurridos a partir de su expedición o promulgación y los hechos verificados durante el lapso anterior hasta el comienzo del periodo fiscal. No puede fraccionarse la aplicación de la ley tributaria dentro de este...". Visto de otro modo, "puede ocurrir que a pesar de verificarse el hecho imponible según la ley vigente en ese momento, ésta no puede aplicarse si no es la vigente al finalizar el periodo fiscal". (Ramírez Cardona: Derecho Sustancial Tributario).

Usando este criterio en materia de impuesto de renta y complementarios en Colombia, podria decirse que si una nueva ley entrase a regir a partir del mes de julio de 1980, por ejemplo, en tal caso cubre todo el año gravable en curso. (esto es, todo el año de 1980), a menos que en forma expresa la nueva ley diga que no cubre dicho periodo.

En tal situación la ley tributaria no es retroactiva por cuanto el hecho imponible no se ha cumplido totalmente, pero tiene un cierto grado de retrospectividad, porque cubre situaciones que están acaeciendo desde un tiempo atrás a aquél en que empezó a regir.

2) Si el hecho imponible ocurre de manera instantánea, la nueva ley no entra a tocar los que ya han ocurrido. En tal caso la nueva ley tiene efectos estrictamente futuros. Es el caso de impuesto de timbre. Una nueva ley que cambie las tasas del impuesto de timbre se aplica a todas las operaciones que ocurren con posterioridad a su vigencia pero no las que ya tuvieron su causación jurídica.

3) Finalmente, en el derecho tributario, por analogia con el derecho penal y sólo por *manifestación expresa de la ley,* se puede aplicar una nueva ley en lo permisivo favorable a situaciones jurídicas anteriores, aun cuando los hechos imponibles ya estén totalmente cumplidos. A este respecto anota el doctor Ramírez Cardona, que la ley permisiva o favorable es la única que puede aplicarse con retroactividad en materia tributaria.

Estas situaciones se refieren a cuestiones de derecho sustancial tributario, esto es, a la determinación del gravamen; otra cosa es lo relativo al procedimiento tributario. En ese caso, la regla de aplicar es el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que claramente anota que las leyes que regulan las formalidades tienen aplicación inmediata. No obstante, hay que entender claramente que las leyes de procedimiento en materia tributaria hacen referencia, bien a las formalidades puramente externas o bien a las cuestiones relativas a los recursos por la via gubernativa y al juicio de impuestos. Cuál de estos criterios se aplica al caso *sub judice?* Como bien lo anota el recurrente en su interesante memorial de apelación, el caso de la referencia no es un caso en el cual se estén dando cuestiones puramente procedimentales. No

se trata de ritualidades sino de requisitos para la aceptación de una deducción. Es por tanto materia relativa a la sustancia misma del gravamen. No puede llamarse procesal. Porque cuando la ley establece requisitos para efectos de aceptar una deducción, esta haciendo referencia a una cuestión de fondo, aun cuando en apariencia estos requisitos sean puramente formales.

Tanto es esto así, que los estatutos tributarios se han clasificado siempre en dos ordenamientos diferentes: unos que contienen los elementos determinantes de la obligación tributaria y describen la naturaleza del hecho imponible, esto es, los que precisamente hacen parte de la ley sustancial, y otros que se refieren a los recursos, a los procedimientos gubernativos y contenciosos y a las ritualidades.

Por lo tanto, en el caso *sub judice*, no queda duda que lo determinado por los Decretos 884 de 1971 y 163 de 1972 tienen referencia específicas a normas sustanciales. Qué más sustancial que la aceptación de una deducción que hace parte de la base gravable?

La ley impositiva cuando determina condiciones y requisitos aun formales para la aceptación de deducciones, no está simplemente determinando cuestiones de ritualidad, sino que penetra al fondo de la causa misma del tributo. Por ello no puede aplicarse en el caso de estudio la ley posterior. Es necesario aplicar la ley que entró en vigencia el mismo año o período gravable, es decir, el Decreto 884 de 1971, que reguló los requisitos de forma y fondo para la aceptación de la reserva de las pensiones de jubilación. Es insólito aplicarle a este contribuyente una legislación que entró a regir en 1972 y que por tanto no le obligaba.

b) Respecto a los otros argumentos esgrimidos por el demandante que fueron aceptados por el Tribunal *a quo*, coincide el Consejo de Estado con las apreciaciones de la sentencia apelada. En efecto, es correcta la aceptación de los sueldos y salarios, debidamente comprobada por el demandante con sus asientos contables, porque así lo ha determinado el Consejo en reiterada jurisprudencia.

c) También acepta la Sala el criterio del Tribunal *a quo* en relación con la reserva de fomento eléctrico, según la cual no importa que la aprobación emitida por el Consejo Nacional de Política Económica y Social se haya adscrito al expediente durante la etapa de los recursos, pues no por ello ha sido extemporánea como se infiere del texto mismo del Decreto 1651 de 1961 (artículo 65) que permite suplir en la etapa de los recursos requisitos que debieron acompañarse con la declaración de renta y patrimonio.

Se procede por lo tanto a realizar una nueva liquidación:

GENERAL ELECTRIC DE COLOMBIA S. A.
Año gravable de 1971

Renta

La gravada inicialmente.	68.583.100.00
Mayor valor de deducciones y rentas exentas así:	

Reconocidas en la sentencia apelada.	3.386.493.00		
Reserva para pensión de jubilación ahora aceptada.	3.336.513.00	6.723.006.00	
RENTA GRAVABLE:		61.860.094.00	22.137.634.00
Impuestos especiales			
3% Fomento Eléctrico e Instituto Seguros Sociales sobre.		39.717.460.00	1.191.524.00
34% Provivienda sobre el 6% de..		39.702.460.00	809.930.00
Subtotal:			24.139.088.00
Inversión sustitutiva			
66% Providencia en cédulas del Banco Central Hipotecario sobre el 6% de..		39.702.460.00	1.572.217.00
TOTAL A CARGO DE LA CONTRIBUYENTE:			25.711.305.00

Como las fotocopias auténticas de los recibos adjuntos a la demanda, acreditan que la sociedad por impuestos e inversiones sustitutivas del año gravable de 1971 pagó la cantidad de $ 25'380.433.00, para completar el total que resultó a su cargo en la liquidación que antecede deberá pagar la cantidad de $ 390.872.00.

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

Falla:

1º Revócase la sentencia apelada:

2º Fíjase el impuesto de renta y complementarios a cargo de la Empresa General Electric de Colombia S. A. por el año gravable de mil novecientos setenta y uno, en la suma de VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS ($ 25'711.305.00);

3º El contribuyente pagará al tesoro nacional la suma de TRESCIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS ($ 390.872.00) más los intereses legales a que haya lugar por concepto de la diferencia entre el impuesto pagado conforme a su liquidación privada y la suma fijada como impuesto en el numeral anterior.

4º Revalídese el papel común a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO A LAS VENTAS. — Clasificación. Métodos de organización del impuesto.

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

(Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra)

Referencia: Radicación 4301. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto a las ventas. Demandante: Sears Roebuck de Bogotá S. A.

Se procede a decidir sobre la apelación interpuesta por el apoderado del actor contra la sentencia de 14 de diciembre de 1976 proferida por el Tribunal de Cundinamarca en virutd de la cual el Tribunal, en juicio de revisión de impuestos, negó las peticiones de la sociedad Sears Roebuck de Bogotá.

La operación administrativa impugnada corresponde a las liquidaciones de revisión de la Sección de Impuestos Indirectos de la División de Impuestos Nacionales por los períodos fiscales de enero-febrero, marzo-abril, mayo-junio, julio-agosto, septiembre-octubre y noviembre-diciembre de 1965 en las cuales se adicionaron los impuestos de ventas y se le impusieron sanciones a la sociedad actora, y asimismo las resoluciones de la Dirección de Impuestos que confirmaron las liquidaciones citadas y agotaron la vía gubernativa.

Antecedentes

Con fecha septiembre 15 de 1966, un grupo de técnicos de contabilidad del Ministerio de Hacienda practicaron a Sears Roebuck de Bogotá, S. A., una visita, con base en la cual, la División de Impuestos Nacionales llevó a cabo la liquidación de revisión Nº 000021 de 15 de Mayo de 1967 en virtud de la cual se le fijó a la sociedad actora un impuesto de ventas correspodiente al periodo de enero y febrero de 1965 por $ 110.476.71 y una sanción de inexactitud por $ 107.712.71, resultando por tanto a cargo de la sociedad la suma de $ 215.425.42 (puesto que ya había cancelado la suma de $ 2.764.00 por concepto de impuesto a las ventas). En sentido similar se pronunció la Dirección de Impuestos Nacional con liquidaciones de revisión dictadas el 10 de octubre de 1967 por los periodos de marzo a diciembre de 1965.

Los técnicos, en el acta de visita, habían indicado que "La sociedad Sears Roebuck de Bogotá S. A. encarga a terceros la elaboración de artículos que vende bajo su responsabilidad, artículos que son garantizados por la empresa y llevan la marca Sears y otros cuyas marcas son exclusivas tales como neveras 'Coldspot', zapatos 'Bond', ca-

misas 'Pilgrim', llantas y neumáticos 'All State', estufas y gabinetes 'Kenmore', radios y radiolas 'Silverstone', juguetería 'Honey Lee', etc. . . . . '".

A estas observaciones el representante legal de la sociedad actora replicó que únicamente es productor de las llantas "Allstate" y que... "las ventas de otros artículos no están sujetas al impuesto de ventas pues dicho impuesto ha sido cobrado a Sears Roebuck de Bogotá S. A. o ha sido absorbido por el productor, según consta en las respectivas facturas".

En su oportunidad, el actor solicitó la revocatoria de la liquidación de revisión con base en los siguientes argumentos: 1º) Que las supuestas ventas omitidas, según la liquidación de revisión, corresponden a ventas de artículos cuyo impuesto, en la mayoría de los casos, ya había sido pagado bien por el verdadero productor o bien por Sears; 2º) Que se dio una errada interpretación al artículo 4º del Decreto 2807 de 1966 al tomar como base del gravamen el precio de venta de Sears al público consumidor y no el precio convenido entre el productor y Sears; y 3º) Que no se tuvieron en cuenta las observaciones hechas por el gerente de Sears a los técnicos del Ministerio de Hacienda, al levantar el acta de visita.

La Dirección de Impuestos Nacionales, en la Resolución número 00006 de 17 de junio de 1969 negó las peticiones del actor impetradas en el recurso por la vía gubernativa, por cuanto no se habían desvirtuado legalmente las observaciones del acta de visita. Además, anota la Dirección de Impuestos Nacionales, que al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º del Decreto 3288 de 1963, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 377 de 1965, 1º y 2º del Decreto 1595 de 1966 y 25 del Decreto 1881 de 1966, "también se consideran productores las personas naturales y jurídicas que, sin fabricar directamente, encarga la fabricación de artículos para venderlos bajos su responsabilidad". Es por tanto, claro que Sears debía pagar el impuesto que se le cobraba.

Al impugnar esta operación administrativa en juicio de revisión de impuestos el apoderado de la compañía insistió en los puntos anotados en su petición administrativa vale decir: 1º) Que "las supuestas ventas omitidas, según la liquidación de revisión, corresponden a ventas de artículos cuyo impuesto ya había sido pagado por el verdadero productor o por Sears, y si no se revisa la operación administrativa se habrá impuesto doble tributación; y que "en la liquidación reclamada se aforó el impuesto sobre supuestas ventas omitidas, tomando como base del gravamen el precio de venta de Sears al público consumidor, cuando debió tomarse como base el precio convenido entre productor y Sears".

Alega la sociedad actora que las mencionadas liquidaciones de revisión violaron lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 377 de 1965 en la cual se disponía que: "El impuesto sobre las ventas de bienes corporales muebles se causa únicamente en el momento de la entrega real o simbólica de la mercancía, por parte del productor o importador o por parte de una persona vinculada económicamente a éstos, al *intermediario* o consumidor en el caso de que este lo adquiera directa mente del productor o importador". (Subrayado del actor). Arguye

también el actor que la Dirección General de Impuestos Nacionales invocó aplicación del Decreto 1595 de 1966 para un período gravable anterior a su vigencia pues cuando Sears hizo su declaración de ventas el Decreto 1595 de 1966 no había sido promulgado.

El apoderado de la sociedad actora solicitó que se practicase una inspección ocular, con peritos, sobre los libros de contabilidad, la cual se llevó a cabo en su oportunidad. Así mismo en memorial fechado el 12 de abril de 1971 el apoderado del actor solicitó que se acumulasen bajo un mismo proceso el juicio de revisión de impuestos a las ventas por el período de enero y febrero de 1965 con el juicio de revisión de impuestos a las ventas por los períodos de marzo a diciembre de 1965, la cual decretó el Tribunal por auto de 23 de noviembre de 1972.

En la diligencia de inspección ocular los peritos Israel Granda y Rafael Altamar conceptúan que en los pagos realizados por Sears se encuentra el siguiente detalle:

	Mercancias pagadas sujetas al Impuesto	Impuesto pagado	Mercancías que no pagan impuesto
A. Banco Nacional de París	7.845.985.99	275.883.76	2'764.256.98
B. Banco del Comercio	5.673.902.13	213.829.81	2'323.391.06
C. Banco de los Andes	17.949.958.77	676.931.05	7'059.414.04
D. Banco de Bogotá	10.853.722.70	390.390.86	4'539.394.88
E. First National City Bank	5.321.669.74	202.786.70	1'807.898.88
F. Banco Comercial Ant.	8.714.643.60	330.281.24	3'085.242.77
G. Bco. Popular (1ª parte)	1.998.701.90	72.261.59	1'071.044.84
H. Bco. Popular (2ª parte)	5.427.850.66	196.690.33	1'996.842.39
T o t a l :	63.786.435.49	2.359.055.34	24.647.485.84

Al terminar su memorando los peritos anotaron: "No sobra manifestar al señor Magistrado que nuestro análisis, no cubrió las ventas efectuadas por Sears, toda vez que el memorial de pruebas sólo se circunscribió a las compras efectuadas".

El Tribunal en la sentencia apelada negó las pretensiones de la demanda considerando que 1º) del estudio de la comisión investigadora se dedujo que la empresa no había incluido todas las ventas en su denuncio ante la administración, 2º) que buena parte de las compras las hace Sears por encargo, los cuales son generalmente trabajadores a domicilio o pequeños industriales independientes que reciben anticipos por su trabajo y a "quienes se elabora una factura en que dentro del precio se incluye una partida para el pago del impuesto a las ventas. 3º) Aunque Sears arguye que el impuesto fue cancelado por el verdadero productor, resulta difícil entender y aceptar que los confeccionistas (sic) puedan convenir que dentro del precio de su trabajo, o dentro del salario, ellos adquieran la obligación de cancelar un impuesto de ventas que no es de su cargo....." 4º) El Tribunal cita

también el artículo 2º del Decreto 3288 de 1963 que a la letra dice: "..... también se consideran productores las personas naturales o jurídicas que, sin fabricar directamente, encargan la fabricación de artículos para venderlos bajo su responsabilidad". Y en el mismo sentido dice el artículo 2º del Decreto 377 de 1965: "productor para efectos de este decreto es la persona natural o jurídica que fabrica artículos terminados, aún en el caso de que encargue su elaboración a terceros, para venderlos bajo su responsabilidad", 5º) Finalmente arguye el Tribunal que no se comprobó que sobre los artículos referidos hubiese ingresado el impuesto de ventas al erario público sobre una parte significativa de las operaciones de la empresa. Por tanto, según el Tribunal, no se podía acceder a las pretensiones de la demanda.

Vista fiscal

Al apelarse la sentencia referida el señor fiscal 3º del Consejo de Estado, doctor Carmelo Martínez Conn rindió los siguientes conceptos:

"En cuanto al primer argumento la fiscalía considera: que las conclusiones de los peritos no son suficientes para acceder a las peticiones de la demanda, ya que de acuerdo con la liquidación de Revisión distinguida bajo el número 000021 de mayo 15 de 1967 y los antecedentes administrativos adjuntos al expediente, los funcionarios de la División de Impuestos Nacionales que inspeccionaron los libros de la empresa establecieron que respecto de algunas mercancías *Sears tiene el carácter de verdadero productor* (Subraya la Fiscalía), afirmación esta que no fue desvirtuada por dicha firma.

"De otra parte, se observa que la demanda elevada ante el H. Tribunal Contencioso de Cundinamarca indica que 'las supuestas ventas omitidas, según la Liquidación de Revisión, corresponden a ventas de artículos cuyo impuesto ya había sido pagado por el verdadero productor o por Sears', aseveración que está en contradicción con lo expresado por el señor apoderado de la sociedad demandante que interpuso en la vía gubernativa el recurso de reposición contra la liquidación de Revisión 000021 de mayo 15 de 1967, al puntualizar: 'Las supuestas ventas emitidas según la Liquidación de Revisión, corresponden a ventas de artículos cuyo impuesto, *en la mayoría de los casos* (subraya la fiscalía), ya había sido pagado por el verdadero productor o Sears'. (folio 6º), pues de acuerdo con el resultado del dictamen se estableció que efectivamente gran parte de las ventas no declaradas por Sears no habían sido objeto del gravamen correspondiente' ".

Por lo tanto considera el fiscal que no debe accederse a las peticiones de la demanda.

Para resolver se considera

Desde sus orígenes, el impuesto a las ventas en Colombia se ha clasificado entre el grupo de gravámenes que los autores denominan "de etapa única". En efecto, se distinguen tres métodos de organizar el impuesto a las ventas: el sistema llamado de impuesto en cascada, el de etapa única y el de valor agregado.

El sistema de impuesto a las ventas en cascada consiste en tasar un artículo cuando se realiza una operación de compraventa indistintamente de si quien realiza la operación es productor o distribuidor. Normalmente bajo este sistema no se descuenta el impuesto pagado por productores o vendedores en la compra de la materia prima que se consume. Aún cuando su causación jurídica es nítida el sistema conlleva efectos económicos indeseables pues varias veces se repite un gravamen sobre el mismo bien, produciéndose incluso lo que bien pudiera llamarse "anatocismo tributario", pues se produce una cascada de impuestos, en la medida que una materia prima está transformándose en bien terminado y, luego, distribuyendo el producto entre mayoristas, minoristas y consumidores.

Para evitar el anatocismo tributario existe bien el impuesto de etapa única o el de valor agregado. En el primer caso la tributación se limita, reduciéndose en las etapas en que el producto es gravado. En el segundo caso el exceso de gravamen se evita mediante la aceptación de descuentos por los impuestos pagados con antelación.

Aun cuando el sistema de impuesto a las ventas en Colombia contiene características que le son muy propias, tiene también rasgos comunes con el régimen de impuesto a las ventas que han adoptado otras naciones. Es en esencia *un impuesto a las ventas de etapa única* con derecho a descontar los impuestos pagados en la venta de materias primas que lo asimila parcialmente al impuesto de valor agregado. Esta estructura le ha sido propia desde sus orígenes con el Decreto 3288 de 1963. De ahí que el texto del artículo 1º del Decreto 377 diga que el impuesto se causa... por la entrega real o simbólica de la mercancía por parte del productor o importador .....". Se quiso por el legislador, limitar el tributo al productor o importador, estableciendo una etapa dentro del proceso de circulación de las mercancías en la cual se produce precisamente la causación del impuesto.

Dijo además el legislador de 1963 que "en los casos en que se encarga la elaboración del producto a terceros para venderlos bajo su responsabilidad", se entiende como productor para efectos del impuesto al *mandante* y no al *mandatario*. Debe pues aceptarse que en ese caso la ley ha creado una ficción jurídica que obliga a una empresa como Sears a cubrir el impuesto en todos los casos en que una persona natural o jurídica haya ordenado la fabricación de artículos para venderlos bajo su responsabilidad. En 1966 se previó que la responsabilidad para el pago del impuesto puede recaer "tanto en cabeza de quien elaboró los artículos como de quien ordenó su elaboración".

De lo expuesto se infiere: a) Que las operaciones realizadas por Sears al ordenar la fabricación de artículos por encargo sí causaron impuesto a las ventas; b) que aunque la responsabilidad por el pago del impuesto pudo asumirla tanto quien fabricó el artículo como por quien ordenó su fabricación, en ausencia de pago, ella recae sobre quien ordenó su fabricación.

Además, como no aparece probado que el impuesto hubiese sido pagado por terceras personas, es forzoso colegir que la liquidación de revisión fue correctamente practicada por los funcionarios administrativos.

En su libelo de apelación, la sociedad actora solicitó en todo caso, que se reconsideraran las sanciones aplicadas por el funcionario liquidador. Al respecto arguye que las "sanciones con las cuales se gravó a Sears en las liquidaciones de Revisión reclamadas son abiertamente ilegales *por haber sido impuestas* cuando ya había caducado la acción para imponerlas. Revisado el expediente administrativo es claro que el contribuyente tiene razón en esta petición pues las sanciones fueron impuestas después del período de un año de la presentación de la relación de ventas. Cabe, en este aspecto, señalar que la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha aceptado este criterio para casos donde la sanción tiene lugar con antelación a la vigencia del Decreto 2821 de 1974.

Al respecto debe pues determinarse lo pertinente:

SEARS ROEBUCK DE BOGOTA S. A.

Año de 1965

Período Gravable	Impuesto originalmente liquidado	Sanción por inexactitud	Impuesto sin sanción
Enero-febrero	2.764.00	107.712.71	110.476.71
Marzo-abril	4.421.09	62.677.27	67.098.36
Mayo-junio	4.364.83	80.329.71	84.694.54
Julio-agosto	4.522.58	55.141.82	59.664.40
Septiembre-octu.	5.374.71	92.397.40	97.772.11
Noviembre-Dic.	2.455.24	213.961.23	216.416.47
T O T A L :	23.902.45	612.220.14	636.122.59

Como la empresa actora cubrió la totalidad de las obligaciones que le fueron tasadas por la oficina correspondiente, incluyendo la sanción de inexactitud como aparece de los recibos correspondientes, (folios 32 a 35 del cuaderno de antecedentes administrativos y folio 6 del cuaderno principal), será preciso devolver a la sociedad actora la suma que se pagó por sanción de inexactitud, es decir SEISCIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS CON CATORCE CENTAVOS ($ 612.220.14) más los intereses legales a que haya lugar.

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

Falla:

1º) Revócase la sentencia apelada;

2º) Revísanse los siguientes actos administrativos con relación al impuesto a las ventas a cargo del contribuyente Sears Roebuck de Bogotá S. A.:

a) Liquidación de revisión 000021 del 15 de Mayo de 1967 por el período de enero y febrero de 1965;

b) Liquidación de revisión 000067 de 10 de octubre de 1967 por el período de marzo y abril de 1965;

c) Liquidación de revisión 000068 de la misma fecha por el período de mayo y junio de 1965;

d) Liquidación de revisión 000069 de la misma fecha por el período de julio y agosto de 1965;

e) Liquidación de revisión 000070 de la misma fecha por el período de septiembre y octubre de 1965;

f) Liquidación de revisión 000071 de la misma fecha por el período de noviembre y diciembre de 1965;

g) Resolución 00006 del 17 de junio de 1969 de la Dirección General de Impuestos Nacionales;

h) Resolución 00022 del 2 de septiembre de 1970 también de la Dirección General de Impuestos Nacionales;

i) Resolución 00023 de la misma fecha y entidad administrativa;

j) Resolución 00024 de la misma fecha y entidad administrativa;

k) Resolución 00025 de la misma fecha y entidad administrativa, y

l) Resolución 00026 de la misma fecha y entidad administrativa.

3º) Fíjase en SEISCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTIDOS PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 636.122.59) la suma del impuesto de ventas que debe cubrir la empresa Sears Roebuck de Bogotá, S. A.;

4º) El tesoro público devolverá a la sociedad actora la suma de SEISCIENTOS DOCE MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS CON CATORCE CENTAVOS ($ 612.220.14) cubiertos por sanción de inexactitud en materia de impuestos a las ventas más los intereses legales a que haya lugar.

5º) Revalídese el papel común.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

CONSULTAS

IMPUESTO DE RENTA.— La intención del legislador cuando se adopte el artículo 24 del Decreto 2321 de 1974 era forzar el pronunciamiento relativo a los presupuestos procesales dentro de los dos años de presentado el memorial. Se quiso separar el pronunciamiento de fondo de la definición relativa al cumplimiento de los presupuestos procesales. El artículo 47 del Decreto 1651 de 1961 no fue derogado por el Decreto 2821 de 1974 ni en forma expresa ni en forma tácita.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., julio diecinueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6106. Consulta de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuestos de renta por el año de 1972. Demandante: *Empresa Metalúrgica Colombiana S. A.*

Se resuelve la consulta de la sentencia dictada por el Tribunal de Santander el 13 de marzo de 1979.

1. *El fallo del Tribunal*

A) Expresó el fallador de primera instancia que la contribuyente había presentado su reclamación el día 26 *de diciembre de* 1974 y puesto que "la Dirección General de Impuesos Nacionales ha debido proferir un auto en lugar de (la) Resolución número 04477 *de* 23 *de septiembre de* 1976, notificada por edicto el 20 de octubre del mismo año, conforme lo manda el inciso del artículo 24 del Decreto 2821 "..." debe concluirse afirmando que la Dirección General de Impuestos desató extemporáneamente el *recurso de reclamación presentado*... y por ello es viable el reconocimiento del silencio positivo impetrado de manera principal en el libelo" (folio 40 cuaderno principal).

B) Con relación al pago previo afirma el Tribunal, que la contribuyente hizo pagos por concepto de impuestos que sumaron $ 95.885.00, de los cuales correspondían a 1972, $ 47.986.00. "Empero el funcionario liquidador olvidó que la Empresa Metalúrgica Colombiana S. A., en el año de 1971 había pagado como anticipo por el año de 1972 la cantidad de $ 31.815.00 que sumados a lo anterior da un total de $ 79.801.00, de donde se infiere que sólo faltó por acreditar la irrisoria suma de $ 49.92, olvido u omisión que en ningún caso está en la cuenta del tributante sino del empleado de caja que cobró la última cuota, máxime

cuando el certificado expedido por el jefe de la Sección de Cuentas Corrientes dice que la EMPRESA METALURGICA COLOMBIANA S. A., canceló en la caja de esta Administración el "valor total de la liquidación privada por el año gravable de 1972", y que "la ULTIMA CUOTA LA CANCELO con recibo número 284444 de fecha diciembre 4 de 1973" (folios 39 y 39 vto. del cuader principal).

C) Con fundamento en las anteriores consideraciones y en la reclamación, y puesto que se dejó de impugnar la cantidad de $ 10.011 pagados por intereses de mora en el impuesto, se practicó una nueva liquidación, según la cual se condenó a pagar a la sociedad la suma de $ 82.937 y no los $ 274.740 señalados en la liquidación oficial.

2. *Para resolver se considera*:

El artículo 24 del Decreto 2821 de 1874 establece "los presupuestos procesales" en los recursos de impuestos por la vía gubernativa, sin cuya existencia como anota Ramírez Cardona, "no puede adquirir la acción su viabilidad legal". A. Ramírez Cardona, El Proceso Tributario, Temis 117). Hasta 1974 los presupuestos procesales eran regulados por el Decreto 1651 de 1961 (artículos 33 y 139 a 142) y se consideraban al definir la reclamación por la vía gubernativa en la resolución decisoria del recurso. Decía la norma: "El contribuyente que interponga recurso por la vía gubernativa deberá..." b) acreditar, *antes de que se reparta el negocio para fallo de fondo* (subrayado de la Sala) que ha satisfecho, dentro del término que tenga para reclamar, el valor de la liquidación privada o el que se haya practicado para reclamar.

"Si no se cumplen cualquiera de estos requisitos, o si el recurso se interpone extemporáneamente, el funcionario del conocimiento negará las peticiones de la reclamación y la providencia que se dicte se tendrá como fallo de fondo".

La práctica administrativa con base en esta disposición condujo a utilizar el expediente de fallar las reclamaciones de impuestos, aún después de transcurridos los dos años que exige el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 para que operase el silencio administrativo, y negar en este fallo las peticiones del contribuyente por falta de cumplimiento de los presupuestos procesales. Se arguía precisamente que como la reclamación no se había instaurado en debida forma, el reclamo carecía de viabilidad legal, es decir se suponía que no había nacido a la vida jurídica. Según esta interpretación la administración podía pronunciarse, pasados dos años de formulado el reclamo en ausencia de los presupuestos procesales, como por ejemplo si la representación legal no había sido debidamente acreditada o faltaba el pago previo, pero no podía fallarse favorablemente, pasados los dos años, en asuntos de fondo.

Este hecho permite colegir que la intención del legislador cuando se adoptó el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 era forzar el pronunciamiento relativo a los presupuestos procesales dentro de los dos años de presentado el memorial. Por eso dijo: "cuando no se cumplan cualquiera de los requisitos señalados en este artículo (en el caso *sub judice* sería el pago de la liquidación privada) el funcionario del conocimien-

to desechará el recurso por auto, contra el cual procede el recurso de reposición que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Negada la reposición quedará agotada la vía gubernativa".

Se quiso con esta norma separar el pronunciamiento de fondo de la definición relativa al cumplimiento de los presupuestos procesales. De allí la observación del Tribunal en el caso de estudio cuando dice que "la administración debió dictar un auto desechando el recurso por falta de pago previo". No lo hizo así por cuanto en el reclamo presentado ante la Administración de Impuestos de Bucaramanga, como de los puntos de inconformidad consistía en el rechazo de pagos por regalías puesto que la Resolución 5730 de 4 de septiembre de 1974 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales había negado el reconocimiento fiscal por regalías (folio 12 del expediente principal). Para tal situación era pertinente remitir el negocio para el conocimiento de la Dirección General de Impuestos Nacionales y fallado por medio de resolución. Este hecho no fue reconocido por el Tribunal que aplicó el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 sin considerar, como era prudente, la acumulación de incidentes. En efecto el artículo 47 del Decreto 1651 ordena que "las resoluciones en las cuales se decidan materias especiales que tengan incidencia en la liquidación de impuestos sólo pueden ser discutidas con ocasión de los recursos que se interpongan contra las liquidaciones" y más adelante agrega: "Si el fallo que resuelve la materia incidental ha sido dictado por la División de Impuestos Nacionales, del recurso de reclamación conocerá la citada entidad".

Es de anotar que esta norma no fue derogada por el Decreto 2821 de 1974 ni en forma expresa ni en forma tácita. No la derogó en forma expresa pues el artículo 47 del Decreto 2821 de 1974 se limita a derogar en forma expresa el artículo 14 del Decreto 1651 de 1961. Tampoco la derogó en forma tácita pues se trata de una situación no contemplada en la nueva ordenación jurídica de los impuestos. Como la legislación tributaria sustantiva (Decreto 2053 de 1974) eliminó el reconocimiento previo de las regalías, el Decreto 2821 de 1974 dirigido a regular los procesos en materia de impuestos, no contempló situaciones como la del caso *sub judice*. Por tanto, la acumulación de un incidente para casos regidos por las leyes anteriores a la reforma tributaria de 1974, continuó bajo el régimen del Decreto 1651 de 1961. Sostener lo contrario implicaría darle competencia al funcionario de menor jerarquía de la administración regional para conocer los asuntos de los funcionarios de la Dirección de Impuestos. Siendo esto así es pertinente anotar que no es propio aplicar al caso *sub judice* el silencio administrativo positivo ya que la acumulación de negocios condujo a un fallo por resolución. En el caso *sub judice* si se agotó la vía gubernativa, así la administración lo haya hecho por resolución y no por auto. No puede sostenerse que hubo silencio de la administración ni aplicársele al artículo 9º de laLey 8ª de 1970.

Con respecto al pago previo, debe añadirse a lo expuesto por el Tribunal, que si en la certificación oficial se dijo que el pago había sido completo, en forma errónea por cuanto faltó la suma de $ 49.92, esa equivocación no afecta la buena fe de la sociedad contribuyente

ni el derecho que tenía a que se le diese un trámite regular a su recurso. La Sala considera que si se cumplieron los presupuestos procesales y que es preciso, por tanto, analizar el fondo de las pretensiones del actor.

El Tribunal hizo un análisis impreciso de los rechazos de la liquidación oficial y de las peticiones de la reclamación ante el gobierno y, consecuencialmente efectuó una liquidación de impuestos incorrecta.

Del estudio de los antecedentes administrativos se deduce que en la liquidación oficial inicial se depuró la renta de la siguiente manera:

Renta líquida declarada			607.180.00
Más costos y deducciones rechazados			607.792.00
RENTA LIQUIDA:			1.214.972.00
Rentas exentas			
Solicitadas	308.476.00		
Menos rechazadas			
Exención industria básica	242.872.00		
Certificado de abono tributario, artículo 67 Decreto 1651 de 1961	65.604.00	308.476.00	— 0 —
RENTA GRAVABLE:			1.214.972.00

Según el memorando explicativo de la liquidación oficial, se determinaron los guarismos rechazados así:

a) *Costos y deducciones*

Intereses pagados en exceso	111.629.00
Intereses pagados a entidades vigiladas por el Estado	87.208.00
Impuestos pagados (Nota 18 de la liquidación oficial)	4.897.00
Regalías pagadas	138.607.00
Bonificaciones	7.195.00
Depreciación de herramientas	42.666.00
Amortización de diferidos	7.057.00
Amortización de propaganda y publicidad	36.452.00
Pago subsidio familiar	1.400.00
Intereses impuesto de renta	10.011.00
Intereses a Aeroglide Coporation	160.630.00
TOTAL COSTOS Y DEDUCCIONES RECHAZADOS:	607.792.00

b) *Rentas exentas*

Exención solicitada del 40% *sobre la renta* líquida declarada por ser industria básica nueva (la liquidación concedió la exención *sobre el impuesto*. Véase determinación del impuesto en el mismo memorando).	242.872.00
Certificado de abono tributario, por lo dispuesto en el artículo 67 Decreto 1651 de 1961	65.604.00
TOTAL RENTAS EXENTAS RECHAZADAS:	308.476.00

Antes de analizar el fondo del asunto *sub judice* cabe anotar que a él, le son aplicables las normas vigentes en 1972, fundamentalmente la Ley 81 de 1960, el Decreto 1366 de 1967 y la Ley 63 de 1967.

Según la administración al rechazar la suma de $ 111.629 por concepto de intereses se aplicó la tasa más alta que con autorización de la Junta Monetaria cobraron los bancos en el año de 1972. Esto se hizo al tenor de lo prescrito por el artículo 25 del Decreto 154 de 1968.

En su alegato el apoderado del demandante dice: "La sociedad solicitó como deducción por concepto de intereses la suma total de $ 971.451.53, intereses que pagó a personas jurídicas y naturales que se relacionan en las hojas 23 y 24 del anexo número 3 de la correspondiente declaración de renta y en el anexo número 12 de la misma declaración. El funcionario liquidador, por una parte, rechazó la suma de $ 111.629 alegando que esta cuantía se excede del límite de la tasa más alta autorizada por la Junta Monetaria. Por olvido involuntario en el anexo número 12, no se incluyeron la totalidad de las obligaciones a favor de terceros, distintos a entidades sometidas al control del gobierno, y como consecuencia de esta omisión se presentaba el exceso de intereses que se rechazaron. Incluida la totalidad de dichas obligaciones, vale decir, rectificado el anexo número 12, queda claramente establecido que los intereses fueron a la tasa del 18% anual y, por lo tanto, desaparece el exceso anotado por el funcionario liquidador".

Debe anotarse que el contribuyente, al presentar su declaración de renta, incorporó en el anexo número 12 una relación de deudas y en el anexo número 3 una relación de intereses pagados. La administración la aplicó a los pasivos señalados en aquel la tasa de interés del 18% para calcular así el máximo de intereses que podían aceptarse en calidad de deducibles. En la etapa de la reclamación el contribuyente presenta una nueva relación de pasivos, elevando su valor de manera que se hacen consistentes con los intereses solicitados por la sociedad como deducibles. Se presenta en este caso un conflicto entre dos pruebas documentales: a) el anexo 12 de la declaración de renta que se presume válido y b) el anexo número 1 de la reclamación que aparece certificado por el revisor fiscal, contador público, Edmundo Mutis con matrícula 2282. Para resolver esta contradicción probatoria de los documentos fehacientes es preciso recurrir al artículo 78 del Decreto 1651 de 1961 que establece que en caso de desacuerdo entre la declaración de renta y los asientos contables del contribuyente prevalecen éstos. Por tanto, entendiendo que el certificado

en mención refleja los asientos contables, considera esta Sala que la deducción rechazada procede y en lo pertinente debe modificarse la liquidación del impuesto. Esta posición es consistente con lo establecido por el artículo 65 del mismo Decreto 1651 de 1961 que permite al contribuyente probar la existencia de pasivos no incluidos originalmente en su declaración.

Por lo que hace a los intereses pagados a entidades sometidas al control del Estado, el liquidador alega que los intereses se limitaron a la suma acreditada por los certificados anexos a la declaración, por lo que determinó que se rechazaron $ 87.208 entre las deducciones solicitadas. En su memorial de reclamo el contribuyente alega que los intereses se acreditan utilizando el sistema de contabilidad de causación y no el de caja, lo que explica discrepancias entre las certificaciones bancarias y las deducciones solicitadas, lo cual se concilia al tomar la declaración de renta del mismo contribuyente por el año gravable de 1971. Alega también la existencia de una diferencia de cambios que afecta un pasivo de la empresa a favor del First National City Bank. Como estos hechos aparecen plenamente probados en el expediente administrativo esta Sala procede a aceptar la deducción solicitada y modificar en lo pertinente la liquidación del impuesto.

La administración rechazó la suma de $ 138.607 que el contribuyente pagó por concepto de regalías a la sociedad Aeroglide Corporation, basada en que el contribuyente no acreditó el pago de la retención. Para subsanar la omisión, en el reclamo dentro de la vía gubernativa se adjuntó el recibo de pago correspondiente. En este punto juega también el reconocimiento fiscal de regalías que constituyó el punto incidental que condujo al fallo en una misma resolución del reclamo por parte de la Dirección General de Impuestos Nacionales. El reclamante en su petición subsidiaria solicita la nulidad de la Resolución R-05730-H de septiembre de 1974 por medio de la cual se denegó la solicitud del reconocimiento fiscal de regalías por el año gravable de 1972. No expresa claramente en el reclamo los motivos para solicitar esta nulidad. Sin embargo, esta Sala al estudiar los documentos que aparecen en el expediente considera pertinente declarar la nulidad de ésta resolución.

En efecto, las regalías se negaron por cuanto "no se cumplieron los requisitos de los numerales 7 y 8 del artículo 2º del Decreto 1963 de 1971. Estos requisitos son: "copia de los asientos contables mediante los cuales se contabilizó el pago o abono producto del intangible o regalía debidamente autenticados por contador o revisor fiscal, según el caso, y acreditar la calidad e inscripción de estos; y copia de la decisión del Comité de Regalías respecto de la solicitud y documentación presentada al mismo cuando se trate de regalías pagadas al exterior". Aparece en el expediente el cumplimiento de estos requisitos, por tanto es procedente acceder a la petición del actor.

Por tanto, como se cumplen los requisitos de ley, esta Sala procede a aceptar la deducción solicitada y modificar en lo pertinente la liquidación del impuesto. Por las mismas razones acepta también el pago de $ 160.630 por concepto de intereses pagados a la misma empresa extranjera pues aparece acreditada la retención al folio 37 del expediente administrativo.

En cuanto a los pagos hechos a los señores Olinto Santander y Jorge E. Castro por concepto de prestación de servicios personales, los cuales suman $ 7.195 y que fueron rechazados por el funcionario liquidador sin clara explicación, esta Sala considera que se trata de gastos necesarios y que reúnen todos los requisitos de ley para ser aceptados en calidad de deducibles.

El funcionario liquidador rechazó la suma de $ 42.666 por concepto de depreciaciones. Alega el liquidador que estas sumas se limitaron al 10% del valor de los activos depreciados al tenor del artículo 437 de 1961. El artículo 43 de la Ley 81 de 1960 dice: "Las deducciones que puedan restarse de la renta bruta para obtener la renta líquida son las siguientes: ...6. Una razonable deducción por depreciación causada por el deterioro normal de los bienes usados en negocios o actividades productoras de renta gravable hasta completar el 10% de su costo... Mientras la División de Impuestos Nacionales elabora, con la aprobación del Gobierno Nacional, tablas especiales de depreciación para Colombia, se considerará como vida útil probable de los bienes depreciables, hasta veinte (20) años para la propiedad inmueble, diez (10) años para la propiedad mueble y cinco (5) años para los aviones y vehículos en general.

"En caso de que el contribuyente considere que la vida útil probable fijada anteriormente no corresponde al desgaste, o deterioro normal de la propiedad de que se trate, podrá calcular una vida útil probable que exceda los límites señalados, con base en conceptos o tablas de depreciación de reconocido valor técnico.

"Podrán autorizarse tasas de liquidación acelerada cuando los bienes depreciables se sometan a un trabajo diario mayor de diez (10) horas".

Conforme a esta norma la depreciación sobre herramientas procede a una tasa del 10% anual. El contribuyente aplicó un 20% sobre el valor de las herramientas, tal como se observa en el anexo número 5 de la declaración de renta, lo cual motivó el rechazo del excedente por parte de la oficina liquidadora. Por vía excepcional la Ley 81 de 1960 acepta la variación de los límites de vida útil. Permite extenderlos con base en conceptos o tablas de depreciación de reconocido valor técnico. También autoriza tasas de depreciación acelerada, o sea, permite recortar el período de vida útil de un bien depreciable, cuando el bien se someta a turnos de trabajo intensivos. No puede el contribuyente reducir el período de vida útil en casos diferentes pues ello desvirtuaría el sentido de la norma. Tanto es así que el mismo recurrente dice en su memorial de reclamo. "El funcionario ha debido aceptar por lo menos el 10% para las herramientas adquiridas en 1972". Cabe anotar que el funcionario liquidador aceptó el 10% para la depreciación de herramientas adquiridas antes de 1972 y el 5% para la depreciación de herramientas adquiridas durante el año de 1972. En este punto la Sala considera que tiene razón la administración a la luz de lo prescrito por el artículo 124 del Decreto 437 de 1961. Por tanto, en este punto la Sala decide limitar la deducción por depreciación de máquinas herramientas a $ 42.666 en vez de $ 85.332 solicitado por el contribuyente, lo cual implica rechazar $ 42.666 por este concepto. En tal sentido debe ajustarse la liquidación del impuesto.

El funcionario liquidador rechazó también $ 7.057 por concepto de amortización de diferidos anotando que esta se "había limitado a la parte correspondiente a los saldos del año anterior" en la cuenta respectiva, ya que los cargos hechos en el año gravable de 1972 no habían cumplido con los requisitos de pagos a terceros. El contribuyente solicitó en su petición administrativa que se examine la declaración de renta de los beneficiarios de estos pagos lo cual no aparece ni en el expediente administrativo ni en el trámite ante la jurisdicción contenciosa. Hubo en ello una falla administrativa, pues es a la administración a petición del contribuyente y no a éste a quien corresponde adjuntar las respectivas declaraciones de renta de los beneficiarios de un pago. Por tanto, en esta decisión la Sala conceptúa que debe aceptarse la deducción rechazada con base en la buena fe que se presume existe al presentarse la declaración de renta.

Asimismo, por no haber cumplido requisitos de pagos a terceros, los cargos de la cuenta de diferidos por valor de $ 136.995 se desconocieron en la liquidación oficial. Estos cargos no corresponden a deducciones rechazadas en el ejercicio fiscal de 1972, sino que afectan el saldo siguiente, el cual se aplicará en el cómputo de la renta bruta de los años siguientes. Por las razones expuestas en el párrafo anterior estos cargos deben aceptarse para efectos de liquidaciones futuras.

El funcionario liquidador rechazó la suma de $ 36.452 por concepto de "amortización de propaganda y publicidad" alegando una doble contabilización. El contribuyente equivocadamente denominó amortización de propaganda gastos ordinarios de propaganda que no entran en la cuenta de diferidos, hecho que aparece confirmado con los certificados expedidos por el contador y por el revisor fiscal. Por tanto la Sala decide aceptar la deducción y modificar la liquidación del impuesto en lo pertinente. También debe aceptarse el pago de $ 1.440 por concepto de subsidio familiar ya que el contribuyente adjuntó la certificación pertinente en la etapa gubernativa.

En la reclamación inicial el apoderado de la demandante no impugnó los rechazos en las deducciones por concepto de impuesto de renta pagado por $ 4.897.00 e intereses por mora en el pago de impuestos por valor de $ 10.011.00.

Finalmente es inexplicable el rechazo de $ 65.604 como renta exenta de certificado de abono tributario cuando se reunían todos los requisitos de ley para la aceptación de este beneficio. En lo pertinente debe modificarse la liquidación del impuesto.

Revisado lo anterior habrá de practicarse una nueva liquidación que corrija los errores en que incurrió el Tribunal la cual queda así:

EMPRESA METALURGICA COLOMBIANA S. A.
Año gravable 1972

Renta

Renta líquida determinada en liquidación oficial inicial	1.214.972

Deducciones aceptadas	550.220	
RENTA LIQUIDA:	664.752	
Rentas exentas		
Por certificado de abono tributario solicitada en reclamo inicial	65.604	
RENTA GRAVABLE:	599.148	131.805
Menos exención artículo 17 del Decreto 1393 de 1961, 40%	131.805	52.722
SALDO IMPUESTO DE RENTA:		79.083
Impuestos especiales		
3% Fomento eléctrico y Siderúrgico sobre	462.343	13.870
34% Provivienda sobre el 6% de *Inversión sustitutiva*	447.343	9.126
66% Provivienda sobre el 6% de	447.343	17.715
TOTAL A CARGO DEL CONTRIBUYENTE:		119.794

Como a folio 11 del cuaderno principal existe un certificado que acredita que la sociedad pagó por impuestos e inversiones sustitutivas de 1972 la cantidad de $ 79.853.00, para completar el total que resultó a su cargo en la nueva liquidación deberá cancelar la cantidad de $ 39.941, más los intereses legales correspondientes.

Por las razones anteriormente expuestas, 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 Revócase la sentencia consultada;

2º Declárase la nulidad de las Resoluciones números R-05730-H de mil novecientos setenta y cuatro (1974) y R-04477 de mil novecientos setenta y cuatro (1974) de la Dirección General de Impuestos Nacionales;

3º Fíjase en la cantidad de ciento diecinueve mil setecientos noventa y cuatro pesos ($ 119.794) el valor total de los impuestos de renta y complementarios, a cargo de la Empresa Metalúrgica Colombiana S. A., por el año fiscal de mil novecientos setenta y dos (1972).

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Los consejeros,

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA.— El Decreto 2821 *de* 1974 *no derogó el artículo* 42 *del Decreto* 1651 *de* 1961. *El Decreto* 2821 *de* 1974 *no derogó íntegramente materia alguna y no regula todo el procedimiento tributario, como los aspectos relativos a pruebas, notificaciones, paz y salvo y parte del tema relativo a recursos tributarios y, por lo tanto, no fueron derogadas las normas que regulan estos puntos en el Decreto* 1651 *de* 1961.

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6208. Consulta de la sentencia del Tribunal del Valle sobre impuestos de renta por el año de 1973. Demandante: Bernardo Antonio Cortés Tabares.

Procedente del Tribunal Administrativo del Valle llega en consulta la sentencia proferida por este Tribunal con fecha 24 de abril de 1979.

Antecedentes administrativos

a) El contribuyente Bernardo Antonio Cortés Tabares identificado con la cédula de ciudadanía 2.533.553 presentó declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1973 el 15 de mayo de 1974. Según consta al folio 9 del cuaderno de antecedentes administrativos esta declaración carece de los elementos indispensables para su validez como tal, según lo establecido por el artículo 22 del Decreto 437 de 1961 vigente aún en aquella época. En efecto, la declaración referida no contiene los datos mínimos exigidos para el debido cumplimiento del denuncio rentístico.

b) Posteriormente, el 15 de noviembre de 1975 se presentó una declaración de renta en debida forma, por el año gravable de 1973. Para esta fecha ya estaba en vigencia el Decreto 2821 de 1974, en cuyo inciso 2º del artículo 6º se dispone que no se considera cumplido el deber de presentar la declaración de renta cuando ésta se limite a consignar las bases que el contribuyente considere gravables. Por esta razón, el funcionario liquidador, dijo en la nota número 102026-B de 9 de febrero de 1976 (folio 10 vuelto en rojo): "Se tomó como fecha de presentación de la declaración de renta la de la adición presentada el 15 de noviembre de 1975, Radicación número 784 y llegada a la administración el 20 de noviembre de 1975...".

c) En esta liquidación oficial el liquidador, desconoció los costos y deducciones, así como los pasivos que afectaban el patrimonio por

"no estar debidamente comprobados (artículo 7º inciso 2º Decreto 2821 de 1974)". También se negaron las exenciones personales por personas a cargo por no "estar relacionadas".

d) En escrito recibido por la administración el 4 de junio de 1976, el contribuyente impugnó la liquidación oficial ante la sesión de recursos tributarios de la administración de impuestos nacionales de Tuluá. Dijo así: "No puede, pues, la administración acomodar caprichosamente las disposiciones para aplicar dos sanciones sobre la misma infracción". Considera el contribuyente que la verdadera y única fecha de presentación de la declaración "es la del 15 de noviembre de 1975". Por tanto, no se podían desconocer los costos y deducciones como lo hizo la oficina liquidadora. No impugna en este escrito el contribuyente el rechazo del pasivo ni el desconocimiento de las exenciones personales.

e) El contribuyente para el efecto de este reclamo adjuntó una "liquidación para reclamar" por valor de $ 33.090. En esta liquidación el contribuyente acepta la sanción por extemporaneidad.

f) Al decidir el recurso la administración de impuestos de Tuluá dijo: "El referido artículo 7º del Decreto 2821 de 1974 establece: 'No se aceptaran modificaciones a la declaración de renta y de ventas, después de seis (6) meses de vencido el término legal para presentarlas'.

"Cuando la enmienda implique disminución de las bases gravables o aumentos de los créditos, el contribuyente deberá demostrar los hechos que la justifiquen..." y añadió: "encontramos ajustada a derecho la actuación del funcionario liquidador, en razón de la claridad de la norma transcrita ya que a la época de la liquidación de los impuestos discutidos, como en la presente instancia, no se ha aportado comprobación de los costos y deducciones y pasivos que constituyan plena prueba". En mérito de estos argumentos negó la petición del contribuyente.

g) Posteriormente el contribuyente apeló la decisión de la sección de Recursos de la Administración de Impuestos de Tuluá. La Dirección de Impuestos Nacionales negó las peticiones del actor arguyendo que el contribuyente no había satisfecho el requisito de pago previo con el siguiente argumento:

"En efecto, como antes se dijo, en la liquidación para reclamar, el patrimonio bruto se disminuyó con las deudas relacionadas siendo que el señor Cortés Tabares no impugnó el rechazo de esas deudas. Por esta razón, esto es, porque no constituyó inconformidad el rechazo del pasivo, el contribuyente, para recurrir ha debido pagar la sobretasa patrimonial que se le fijó en la liquidación recurrida, esto es, la de $ 30.123.00. Conclusión, con el recurso de reposición, el contribuyente debió pagar $ 60.790.00, incluida la sanción por extemporaneidad. Sobre estas bases, la oficina decide el negocio en el sentido de revocar la providencia de primera instancia y desechar el recurso". Al negar la petición del recurrente la Dirección de Impuestos anotó en la resolución que contra tal decisión no cabe recurso alguno por la vía gubernativa".

La demanda:

El contribuyente recurrió ante el Tribunal administrativo del Valle en juicio de revisión de impuestos que instauró por demanda presentada el 18 de febrero de 1978.

En su libelo alega el apoderado del actor "que la Resolución número R-05186-H del 16 de noviembre de 1977 proferida por la Dirección General de Impuestos Nacionales y por medio de la cual se desató el recurso de apelación que mi poderdante interpuso contra la Resolución número 00429 del 1º de junio de 1977, de la administración de impuestos nacionales de Tuluá..." violó el literal b) del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961 y el artículo 49 del mismo decreto por cuanto "resolvió puntos nuevos no discutidos en la primera instancia, como es el del pago previo necesario para reponer que se estimó legalmente acreditado por el *a quo*". Por lo tanto, era pertinente conceder reposición contra la resolución de la Dirección de Impuestos Nacionales y por no hacerlo así, no se agotó debidamente la vía gubernativa y es procedente aplicar el silencio administrativo positivo.

Alega además el libelista que deben aceptarse los costos, deducciones y pasivos por cuanto la aplicación del inciso 2º del artículo 7º del Decreto 2821 de 1974 fue indebida, "pues no hay adición sino presentación extemporánea de la declaración de renta".

El concepto fiscal

El doctor Horacio Duque Hoyos, fiscal ante el Tribunal Administrativo del Valle, conceptúa que "se ha constituido el silencio administrativo positivo" por aplicación indebida del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974. Anota el fiscal que operó equivocadamente la administración al resolver con resolución en segunda instancia la negativa del pago previo, que debió hacer, si fuese el caso, la administración de impuestos de Tuluá por auto, tal como lo establece la norma violada.

La sentencia consultada

El Tribunal *a quo* al decidir conceptuó: 1º) que no era procedente aplicar el silencio administrativo positivo; 2º) que la Dirección de Impuestos Nacionales actuó equivocadamente "cuando revoca en todas sus partes la Resolución número 00429 de 1º de junio de 1977, objeto del recurso de apelación y desecha el recurso de reposición" y 3º) que al estudiar el asunto en el fondo, procede aceptar las peticiones del recurrente por cuanto la verdadera y única declaración de renta y patrimonio por él presentada por el año gravable de 1973 es la que corresponde al 15 de noviembre de 1975.

Para resolver se considera:

Menciona el actor en su libelo el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961, el cual a la letra dice:

"Procede el recurso de reposición exclusivamente contra las siguientes providencias:

"a) Las dictadas por las Secciones de Recursos Tributarios al fallar reclamaciones interpuestas contra liquidaciones cuyo valor total no exceda de quinientos pesos, y

"b) Las dictadas por la División de Impuestos Nacionales cuando fijen un gravamen superior al determinado en la providencia apelada o consultada, o cuando resuelvan puntos nuevos no discutidos en la primera instancia".

Considera el libelista que este artículo fue francamente desconocido por la Dirección de Impuestos Nacionales porque al *considerar puntos nuevos* en la resolución que determinaba la apelación contra la Administración de Impuestos Nacionales de Tuluá, debió conceder el recurso de reposición, cosa que no hizo la resolución que resolvía el asunto en la segunda instancia gubernativa.

Este punto amerita especial análisis, porque ha sido práctica de la Dirección de Impuestos Nacionales, desconocer, en forma sistemática, la aplicación del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961. Se arguye por los funcionarios administrativos que este artículo fue derogado por el Decreto 2821 de 1974, lo que no es válido a la luz de una sana hermenéutica jurídica. El Decreto 2821 de 1974 no derogó el artículo 42 del Decreto 1651. Este siguió en vigencia como se entra a demostrar con argumentos incontrovertibles:

1º) El Decreto 2821 de 1974 no derogó en forma expresa el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961. El único artículo derogado en forma expresa es el artículo 14 del Decreto 1651 de 1961 al tenor de lo dispuesto por el artículo 47 de la norma de 1974.

2º) Tampoco derogó tácitamente el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961. Una norma sufre derogatoria tácita cuando es abiertamente contraria a una norma posterior o cuando se regula íntegramente la materia.

Es claro que el Decreto 2821 de 1974 no derogó íntegramente materia alguna. No regula todo el procedimiento tributario pues hay muchos temas como son los aspectos relativos a pruebas, a notificaciones, a paz y salvo, etc., que no fueron desarrollados por la norma de 1974 y por lo tanto no fueron derogadas las normas que regulan estos puntos en el Decreto 1651 de 1961.

Como el legislador no cubrió esta temática, se infiere que su voluntad fue la de que, en lo no regulado, el régimen aplicable fuese el del Decreto 1651 de 1961 por cuanto no podían de otra manera cubrirse los vacíos de la legislación. Esta interpretación la ha aceptado no solamente el Consejo, sino la misma Dirección de Impuestos. En efecto, en la circular 28 de 1975 dice la Dirección de Impuestos Nacionales: "El Decreto 2821 de 1974 sólo reguló en esta materia (notificación de liquidaciones, autos y resoluciones) lo referente a ...por lo cual es necesario puntualizar las formas de notificación de los distintos actos..., *acudiendo* en primer término a las formas que sobre notificación se consideren vigentes en cada impuesto..., así: a) De renta y de ventas: *artículos* 19, 20 *y* 21 *del Decreto* 1651 *de* 1961..." (Subrayado de la Sala). Existen muchas circulares análogas, en las cuales la Dirección General de Impuestos Nacionales acepta la vigencia del De-

creto 1651 de 1961 en muchos puntos omitidos por el Decreto 2821 de 1974.

3º) Es más, el Decreto de 1974 tampoco reguló en su integridad el tema relativo a recursos tributarios. Ello es claro si se tiene en cuenta que este decreto, en varias oportunidades, en forma expresa hace referencia al Decreto 1651 de 1961. Así, en el capítulo de recursos se encuentran las siguientes normas del nuevo estatuto que remiten al anterior: el artículo 20 del Decreto 2821 de 1974 se remite expresamente al artículo 45 del Decreto 1651 de 1961. El artículo 26 de aquél hace referencia concreta al artículo 36 de este.

Cómo puede decirse entonces que el Decreto 2821 de 1974 reguló íntegramente la materia, así sea esta la de los recursos (Capítulo III), cuando existen tan claras y expresas menciones a un decreto que estaba en vigncia al producirse la nueva norma (y está en vigencia aún)?

Más aún, en el nuevo estatuto hay tantos vacíos en materia de recursos que no podrían llenarse sin acudir al anterior. El mismo director de impuestos acepta que las providencias en recursos se notifican al tenor de lo dicho por los artículos 49, 50 y 51 del Decreto 1651 de 1961. Y no hay mayor vacío que el que se presenta en el caso *sub lite* en el cual se desconoció el derecho al recurso de reposición de la resolución que negaba pronunciamiento en el fondo por falta de presupuestos procesales (pago previo), a pesar de que la Administración local (ante quien se interpuso el recurso) se había pronunciado en el fondo. Si hubo pago previo, la Administración procedió en derecho y la Dirección se equivocó cuando negó por resolución, no sólo por cuanto apreció equivocadamente la realidad probatoria sino también porque el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 ordena que este pronunciamiento lo haga la Administración local por auto. Pero si no hubiese habido pago previo (en hipótesis contraria a la realidad procesal del caso de autos) hubiese podido la Dirección revocar válidamente la acción de su funcionario subalterno en la administración local? El Decreto 2821 de 1974 no menciona esta situación en forma expresa. Luego, es imperativo concluir que existe un claro vacío en la norma de 1974, y para llenar este vacío es menester recurrir al Decreto 1651 de 1961, el cual, forzoso es decirlo, cubre más ampliamente las situaciones "procesales" que surgen en el trámite de los recursos de impuestos por la vía gubernativa.

Para concluir conviene analizar teóricamente las posibles interpretaciones que pueden darse al ordenamiento jurídico, frente a una hipótesis en la cual la Dirección descubra en apelación que faltan presupuestos procesales que no fueron considerados por la Administración local al producir su primer pronunciamiento:

a) Si se interpretase que el Decreto 2821 de 1974 derogó todo lo relativo a los recursos que contenía el Decreto 1651 de 1961, se concluiría que en tal caso la Dirección de Impuestos Nacionales no podía revocar lo dispuesto por su subalterno, lo cual es absurdo. En efecto, según esta interpretación, la Dirección de Impuestos Nacionales no podía negar las peticiones del actor por falta de pago previo. A la luz de tal criterio solamente la Administración de Impuestos de Tuluá, por auto, podía negar las peticiones del actor por falta de presupues-

tos procesales ya que el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 dice claramente:

..."Cuando no se cumplan cualesquiera de los requisitos señalados en este artículo (presupuestos procesales), el funcionario del conocimiento desechará el recurso por auto contra el cual procede el recurso de reposición, que deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. Negada la reposición, quedará agotada la vía gubernativa".

Habiendo interpuesto la recurrente el recurso de reposición ante la Administración de Impuestos se entendería, bajo este criterio, que solamente estas autoridades tenían competencia para negar la reposición por incumplimiento de los presupuestos procesales a que se refiere el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, lo cual implica que si la administración de impuestos había aceptado el pago previo, la Dirección no podía, en la apelación, negar las pretensiones del actor por falta de cumplimiento de los presupuestos procesales.

Esta interpretación es absurda por cuanto contraría el ordenamiento jerárquico de la administración.

b) Sostener de otra parte que el Decreto 2821 de 1974 permite al Director revocar la decisión del subalterno y alegar falta de presupuestos procesales sin derecho a recurso alguno, implica limitarle la opción de alegar al contribuyente, con lo cual se le cercena su derecho de contradicción indebidamente. Esta intepretación es abusiva e inaceptable.

c) Por lo tanto, es forzoso concluir que la única forma de conducir una situación como la de la hipótesis planteada es la de dar aplicación al Decreto 1651 de 1961 en su artículo 42, el cual, al sentir de la Sala ni fue derogado por el Decreto 2821 de 1974, ni es posible dejar de aplicarlo.

Esto es, al no haberse dictado auto por la administración local desechando el recurso por falta de presupuestos procesales, la Dirección podía revocar la decisión de la Administración, pero como trataba *puntos nuevos,* cabía contra la resolución de la Dirección recurso de reposición.

En el caso de autos hubo doble atropello: la Dirección revocó una resolución de la Administración de Tuluá por falta de pago previo y desconoció el derecho al recurso de reposición que le era imperioso conceder frente a la letra del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961. Pecó la Dirección porque el pago previo si se había hecho y porque desconoció un recurso que no podía negar.

Sin embargo, no procede declarar el silencio administrativo positivo como lo sostiene el fiscal del Tribunal Administrativo del Valle. El contribuyente tenía derecho de solicitar la reposición de la resolución dictada por la Dirección de Impuestos Nacionales en la cual se negó pronunciamiento en el fondo de las pretensiones. Es decir, si bien la Dirección de Impuestos manifestó que no existía opción para que el contribuyente interpusiera un recurso al que tenía derecho, éste pudo ejercitarlo, lo que no hizo, con lo cual permitió con su consenti-

miento implícito que se agotara la vía gubernativa dentro de los dos años. Por lo tanto no es posible, a la luz del derecho, dar aplicación al artículo 9º de la Ley 8ª de 1970. La resolución en mención se produjo a tiempo, aun cuando en forma tan absurda, que justificó las merecidas críticas que le hiciera el Tribunal de primera instancia en la sentencia consultada.

Hace bien el Tribunal *a quo* de proceder a estudiar el asunto en el fondo. También coincide la Sala con lo dicho en el fallo consultado en el sentido de considerar que la única declaración de renta es la que presentó el contribuyente el 15 de noviembre de 1975, pues la que presentó el 15 de mayo de 1974 no reunía los requisitos de ley. Como lo dice el Tribunal "debe tomarse como" fecha de presentación de la declaración esta última y aplicarse por la tanto, la sanción por extemporaneidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala contenciosa, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

Falla:

1º Confírmase la sentencia consultada;

2º Revalídese el papel común.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, (ausente), *Enrique Low Murtra.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

IMPUESTO DE RENTA. — Distinción entre ingreso no constitutivo de renta y renta exenta. La prima por emisión de acciones no es gravable.

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6176. Consulta de la sentencia del Tribunal del Tolima sobre impuestos de renta por el año de 1973. Demandante: Compañía Automotora del Tolima Limitada y S. C. S.

Procedente del Tribunal del Tolima llega en consulta la sentencia proferida el 27 de abril de 1979 sobre el asunto de la referencia.

La sociedad Compañía Automotriz del Tolima y Compañía S. C. S. presentó declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1973 el día 1º de abril de 1974. Con fecha 27 de diciembre de 1975 la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué envió a la sociedad demandante la notificación de la liquidación oficial, número 114735-B. Con fecha 31 de marzo de 1976 la sociedad demandante interpuso oportunamente el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación. El punto básico de discrepancia entre la liquidación oficial y la privada yace en que aquella no acepta como *exenta una prima de colocación de acciones.*

Por Resoluciones 00371 de 17 de enero de 1977 y 00273H de 19 de enero de 1978, expedidas la primera por la administración de Impuestos de Ibagué y la segunda por la Dirección General de Impuestos Nacionales se rechazaron las pretensiones del actor. Esta última se notificó por edicto desfijado el 31 de marzo de 1978.

Al interponer el juicio de revisión de impuestos el actor indica que es preciso aplicar el silencio administrativo positivo por cuanto: "el recurso inicial, que dio origen al recurso gubernativo, fue interpuesto el día 31 de marzo de 1976 y la notificación de la resolución que decidía sobre las pretensiones sólo se hizo el 31 de marzo de 1978, habiéndose vencido ya el plazo que la Dirección de Impuestos tenía para resolver, pues conforme a la doctrina citada (por el actor) el plazo vencia el 30 de marzo de 1978".

El actor también alega que la notificación no se cumplió en debida forma por cuanto: "ella fue notificada directamente por edicto, sin haber hecho gestiones tendientes a notificarla personalmente, como lo imponen preceptivamente el artículo 66 de la Ley 52 de 1977, concordante con el artículo 11 del Decreto 2733 de 1959. Esta notificación

por edicto sólo podía hacerse en caso de no haberse podido hacer la notificación personal".

Finalmente, alega el actor que al no aceptar la prima de colocación de acciones bien como ingreso no constitutivo de renta o como renta exenta se violaron los artículos 347, 267 numeral 1º y 390 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 23 de la Ley 81 de 1960.

La administración rechazó la exención solicitada por no haberse presentado la autorización de la Superintendencia de Sociedades, pero, alega el actor, que no se trata de una sociedad sujeta a la vigilancia de esta superintedencia.

El Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, en su fallo sobre estas pretensiones dijo:

"Evidentemente, siendo que el recurso de reposición fue interpuesto el 31 de marzo de 1976 y el Edicto fue desfijado el 31 de marzo de 1978, la administración dictó su última decisión el 19 de enero de 1978 con notificación por edicto en la fecha antes indicada, es lógico que no se alcanzó a operar el fenómeno de la prescripción de los dos años de que habla la Ley 8ª de 1970.

"Pero, otra cosa es que la notificación de la providencia se hubiera verificado legalmente.

"El actor, cita igualmente como violados los artículos 11 del Decreto 2733 de 1959, y en consecuencia el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, por considerar que la notificación por edicto de la Resolución Nº R. 00273-H no fue hecha en legal forma.

"El artículo 11 del Decreto 2733 es como sigue:

"Artículo 11. Si no se pudiere hacer la notificación personal, se fijará un edicto en papel común en lugar público del respectivo despacho, por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia.

"Parágrafo 1º. Las providencias que afecten a terceros, que no hayan intervenido en la actuación, se notificarán personalmente a éstos. Si ello fuere posible, se publicará su parte resolutiva, por una vez, en el Diario Oficial.

"Parágrafo 2º. En el texto de la notificación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra la providencia de que se trata".

"Y de otra parte los artículos 49 y 50 del Decreto 1651 son del tenor que sigue:

"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.

"Artículo 50. Pasados diez días sin que se obtenga la presentación personal, la notificación se hará por medio de edicto que fijará por

cinco días en lugar público del respectivo despacho, con inserción de la parte resolutiva de la providencia y las prevenciones sobre recursos y términos. Vencidos los cinco días, el edicto se desfijará y se agregará al expediente, dejando al pie la constancia de la fecha de fijación y de desfijación".

"En el caso de autos, al actor le asiste toda la razón porque ciertamente dentro del expediente administrativo no aparece constancia alguna en que se demuestre el menor esfuerzo, que se hubiere realizado por llevar a cabo la notificación personal, pues no existe copia del oficio de la citación respectiva al interesado o apoderado de Coltolima, cuando en la misma parte resolutiva de la providencia dice textualmente:

"Si no pudiere hacerse la notificación personal hágase por el procedimiento ordenado en el artículo 50 del Decreto 1651 de 1961". Y, precisamente en las Resoluciones 00037 y 00273, expresamente anotan en su encabezamiento la dirección del edificio Furatema oficina 812 de Medellín,, para los efectos del oficio a que se refiere el artículo 49 transcrito.

"El H. Consejo de Estado en sentencia del 22 de junio de 1972, dice:

"La expresión de la ley" si no se pudiere hacer la notificación personal. (Decreto 2733 de 1959, artículo 11) les impone a las autoridades la obligación de hacer gestiones tendientes a comunicarle al interesado la expedición de la providencia para que se presente a recibir la notificación personal de la misma, entre las cuales está en primer lugar la de enviarle la carta de citación con empleado de la oficina con el encargo de entregarla en la dirección registrada y obtener recibo de la entrega del despacho. Y si no reside en la ciudad comisiónanse a los funcionarios de la vecindad del interesado para que lo haga en igual forma. Sólo entonces, si el interesado no se presenta en el plazo señalado, puede acudirse al procedimiento de la notificación por edicto.

"Por no haber procedido la División en la forma indicada por la ley, la notificación por edicto de la Resolución número 1495 de 1967 se tiene por no hecha y no pudo producir efecto alguno, como lo preceptúa en forma clara y terminante la norma del artículo 12 del Decreto 2733 de 1959".

"Así mismo en sentencia del 30 de mayo de 1974, el H. Consejo de Estado reitera la necesidad de hacer todo lo que sea posible para obtener la notificación personal cuando dice:

"Este sistema de notificación lo tiene establecido nuestro régimen positivo en el artículo 11, Parágrafo 1º del Decreto Ley 2733 de 1959. Y lo hace obligatorio no solamente para las actuaciones de carácter nacional sino para todas las de índole municipal, sin excepción alguna, ya que sólo permite que las Asambleas puedan establecer reglas especiales en los asuntos que sean de su competencia reglamentaria. Así lo dispone de modo terminante el artículo 19 del mismo Decreto Ley.

"Ha de buscarse entonces de modo primordial notificar personalmente los actos de la administración a los particulares o gobernados. Pero no debe esperarse pasivamente a que llegue de manera espontánea a la

oficina respectiva la persona interesada o afectada por el acto para notificárselo personalmente.

"Al contrario, las autoridades pertinentes deben adelantar las diligencias y averiguaciones razonables encaminadas a que se logre hacer la notificación personal. Y tan sólo cuando hay testimonio con firma de empleado responsable en el expediente o expedientes respectivos sobre el fracaso de aquellas pesquisas, puede emplearse el segundo sistema de notificación: la publicación de lo resuelto en un periódico oficial, según lo enseña el artículo 11, parágrafo 1º del Decreto 2733".

"Todo lo anterior, nos indica, que la notificación por edicto de la Resolución Nº 00273-H fue a todas luces ilegal ya que fueron violados los artículos antes transcritos y en consecuencia la última decisión de la Dirección General de Impuestos, no puede producir sus efectos, y lógicamente al no aparecer definida la situación planteada el 31 de marzo de 1976, dentro de los 2 años siguientes, puesto que la notificación por edicto no es válida, es lógico que es necesario dar aplicación a los artículos 36 de la Ley 63 de 1967 y 9º de la Ley 8ª de 1970, y en consecuencia se debe acceder a la revisión de los gravámenes fijados a la sociedad Coltolima por el año fiscal de 1973, teniendo en cuenta todos los factores alegados, en favor del demandante".

Para resolver se considera

No es correcta, a juicio de la Sala, la apreciación de los hechos por el Tribunal *a quo*. En efecto, dice el Decreto 2733 de 1959:

"Artículo 12. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o *utilice en tiempo los recursos legales*". (Subrayado de la Sala). Como en el caso *sub lite*, los recursos fueron interpuestos a tiempo, pues en efecto la demanda ante el Tribunal del Tolima fue presentada el 28 de junio de 1978, debe entenderse, al tenor de la norma transcrita, que la notificación operó en debida forma.

Se procede, en consecuencia, a analizar el punto tercero de la pretensión del actor, esto es, la denegación, por parte de la oficina liquidadora, de la *exención en relación con el ingreso representado en la prima de colocación de acciones*. Si bien es cierto que tanto la jurisprudencia como la doctrina aceptan que este tipo de ingreso no es gravable, la controversia obedece a que la oficina liquidadora desconoció la exención por cuanto el contribuyente no acreditó la autorización pertinente de la Superintendencia de Sociedades, al paso que el actor alega que este permiso no era necesario para un tipo de sociedad como la del caso de estudio.

Debe pues analizarse la validez del rechazo:

Conviene en primer lugar observar las razones que tiene el legislador para considerar este ingreso como un ingreso no sujeto a gravamen. A este respecto, los autores distinguen entre ingreso no constitutivo de renta y renta exenta. El primero es un ingreso que la ley excluye de la renta, al punto de establecer la posibilidad de no incluir-

lo en el denuncio rentístico. Tal el caso de ingresos que no son fuente de enriquecimiento como la reparación de un daño emergente. Otra cosa son las rentas exentas, las cuales sólo se conceden en virtud de expresa y taxativa provisión normativa y dentro de los límites fijados por ella misma.

A este respecto dice el doctor Alfonso: "Habiendo puesto la ley como condición para que los ingresos ordinarios y extraordinarios entraran a formar la renta bruta que ellos constituyeran enriquecimiento..... excluyó del gravamen algunos ingresos que no consituyen enriquecimiento. Así, expresamente consagró que algunos ingresos no son enriquecimiento: tal el caso del reembolso de capital y las indemnizaciones por daño emergente" (Juan Alfonso Notas de Clase, pág. 31).

Añade Alfonso: "Diremos que todo enriquecimiento implica el que el enriquecido haya obtenido *un provecho o ventaja que haya mejorado o aumentado su patrimonio*.... Por no consitutir un verdadero provecho o ventaja que implique un aumento de patrimonio, no consituyen enriquecimiento los ingresos que obedezcan a reembolsos de capital, o a indemnización por daño emergente....".

Al hablar de la prima de emisión de acciones la Dirección de Impuestos Nacionales reconoció que esta era precisamente un ingreso no constitutivo de renta: "La prima de emisión no constituye renta.

"Para disipar algunas dudas que se han presentado al respecto, esta Dirección conceptúa sobre el tratamiento fiscal que debe dársele a la llamada 'prima de emisión o de colocación de acciones' en cuanto hace al impuesto sobre la renta.

"Es sabido que por la acumulación de reservas, la formación de good will, en general, por el mayor poder económico de una sociedad lograda a través de su funcionamiento, sus acciones suelen en un momento dado cotizarse en el mercado por un valor superior al nominal con que se emitieron. Dicho mayor valor equivale a la que el accionista recibiría en la distribución del activo liquido social en caso de producirse la liquidación de la sociedad. En otras palabras, el precio de la acción es el reembolso del pago del valor nominal de la acción, más la parte en aquellas utilidades no distribuidas y que vinieron a constituir las distintas reservas de la sociedad (numeral 3º artículo 54 Decreto 2521 de 1950).

"Ahora bien, al emitir nuevas acciones fijándole a cada una un precio de suscripción igual al nominal, los nuevos socios adquieren vocación a participar no sólo del capital social, sino en el reparto de esas reservas constituidas con anterioridad a su ingreso a la sociedad, las cuales se sustrajeron de utilidades para cuya producción no aportaron contigente alguno de esfuerzo o de capital. En esta forma, los antiguos socios verían reducido en igual proporción su parte en el citado acervo.

"Como lo anterior resultaría injusto, es por lo que se fija un precio de suscripción de las nuevas acciones, equivalente al valor nominal más la prima en comentario, la cual viene a equilibrar la situación patrimonial del antiguo y el nuevo socio.

"Sobre la naturaleza indemnizatoria de la prima de emisión no existe discrepancia alguna entre los autores:

"... tiene su razón de ser en la mayor solvencia económica y financiera de la empresa en el momento de la nueva emisión y en la acumulación de reservas, que suponen una detracción de beneficios a los antiguos accionistas y que, por tanto, tiene la consecuencia lógica de exigir un mayor desembolso a los nuevos para equiparlos en cierto modo con aquellos". "Económicamente, es el reconocimiento de la fortaleza e incremento de una empresa que lo hace valer para poner en un plano de igualdad para el futuro a todos sus accionistas, evitando así las diferencias que se producirían por razón de las distintas fechas en que cada uno de ellos entrase a formar parte de la sociedad como tal accionista". (G. de Usera. "Régimen Fiscal de los Beneficios de las Empresas y Partícipes" Págs. 223..4. Segunda Edición).

"....porque la prima es solamente un medio para igualar la posición de los nuevos accionistas con respecto a los viejos, y los nuevos accionistas no ganan nada en sentido absoluto: simplemente se equiparan las situaciones, pagando una diferencia de precio que no se contabiliza en la cuenta capital, pero es una retribución de un valor capital que los nuevos accionistas obtienen a cambio de su suscripción. Si hay equivalencia entre el valor de las acciones y las sumas pagadas por los nuevos accionistas, no hay ganancia ni por parte de la sociedad ni de los socios". (Curso Superior de Derecho Tributario". D. Jarach. Págs. 302-3. Edición de 1958).

"El sobreprecio o prima viene a tener una relación con la diferencia entre el capital estatutario y el valor posible de liquidación del activo y el pasivo de la sociedad". ("Sociedades Anónimas". Rivarola. Pág. 177, Tomo II, 1957).

"Como para que un ingreso se halle sujeto a gravamen sobre la renta, es indispensable, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 81 de 1960, que produzca enriquecimiento, debe examinarse si el representado por la prima que se cobra con motivo de la emisión tiene esa virtualidad.

"Como la garantía del valor nominal de las acciones (capital social), está constituida por la totalidad de los valores reales de la compañía (patrimonio social), el incremento que en éste se opere por la afluencia de lo exigido a los nuevos accionistas para adquirir la calidada de tales —valor nominal más prima de colocación— le corresponde igual valor, en el monto de los derechos que la sociedad garantiza. Así, pues, la sociedad no sólo queda respondiendo ante sus socios con el capital social sino con la totalidad de los bienes de la compañía, o sea con el patrimonio social.

"De acuerdo con lo expuesto, el total del ingreso derivado de la emisión, lo mismo que el aumento de capital de una sociedad de cualquier naturaleza, por nuevos aportes, no es determinante de enriquecimiento y por consiguiente no es constitutivo de renta gravable".

Como es claro, siendo un ingreso no constitutivo de renta, la prima por emisión de acciones escapa al gravamen.

De otro lado la Dirección General de Impuestos Nacionales no interpretó correctamente lo previsto en el Código de Comercio. Allí se

dice que la emisión, colocación y espedición de títulos y negociación de las acciones, se sujetarán a lo previsto para las sociedades anónimas, *excepción hecha de las autorizaciones de la Superintendencia, cuando* la sociedad no esté vigilada". (Artículo 347). (Subrayado de la Sala) Y es claro al tenor del artículo 267 del mismo código que las sociedades en comandita por acciones no están bajo la vigilancia de la Superintendencia como se desprende del tenor de esta norma:

"1ª Ejercer la inspección y vigilancia:

"a. Sobre todas las sociedades anónimas y las sucursales de sociedades extranjeras que no estén sometidas a la Superintendencia Bancaria;

"b. Sobre todas aquellas sociedades, cualesquiera que sea su forma, en las que una compañía de las sometidas a su vigilancia tenga el veinte por ciento o más de su capital social;

"c. Sobre cualquier compañía mercantil cuando lo solicite un número plural de asociados que posea el veinte por ciento o más de su capital social. En este caso la inspección y vigilancia cesará cuando lo pida un número plural de asociados que represente más del ochenta por ciento del capital social, y

"d. Sobre las sociedades mercantiles no comprendidas en los literales anteriores, cuando así lo determine el Presidente de la República en ejercicio de su facultad de inspección sobre dichas sociedades, en cuyo caso la inspección se ejercerá con arreglo a las normas de este Código".

No encontrándose la sociedad del caso *sub lite* bajo ninguno de los cuatro puntos señalados, no era requerida la aprobación de la emisión de sus acciones por la superintendencia bancaria. Por eso es pertinente, reconocer que la prima de colocación de acciones no es gravable.

En mérito de lo expuesto, es necesario confirmar la sentencia auncuando por razones diferentes a lo expuesto por el Tribunal. Por lo tanto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta de la 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, publíquese, notifíquse, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. — Cuándo comienza y cuándo termina el período de los 2 años a que se refiere el artículo 2º de la Ley 3ª de 1970 (cuando el reclamo se presenta ante un Notario y cuando el contribuyente reclama dos veces, una contra la liquidación oficial y otra contra la liquidación de revisión).

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6199. Consulta de la sentencia del Tribunal del Magdalena sobre impuestos de renta por el año de 1970. Demandante: Alvaro Garrido Gómez.

El contribuyente Alvaro Garrido Gómez demandó en juicio de revisión de impuestos la operación administrativa por la cual se le determinó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1970. En esta operación se produce la siguiente secuencia de hechos:

a) El contribuyente presentó su declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1970 con fecha 31 de marzo de 1971.

b) La administración de impuestos de Santa Marta, con fecha 30 de noviembre de 1971 practicó la liquidación oficial Nº 108287-B determinando un impuesto de $ 44.663.00.

c) El 8 de marzo de 1972 el contribuyente presenta reclamo contra esta liquidación.

d) El 23 de febrero de 1973, con posterioridad a la fecha en la cual se había presentado la reclamación contra la liquidación oficial, la administración de impuestos de Santa Marta practicó una liquidación (la Nº 085) de revisión por el mismo año gravable de 1970 en cabeza del mismo contribuyente.

e) En respuesta a esta liquidación de revisión el contribuyente presentó un segundo reclamo con fecha 20 de junio de 1973.

f) Acumulados los recursos, la Dirección General de Impuestos Nacionales resuelve el recurso por la via gubernativa por medio de Resolución Nº R-024-50-H de 30 de abril de 1975 en la cual declara agotada la via gubernativa, negando las peticiones del contribuyente.

Entre las peticiones del demandante en el juicio de revisión de impuestos se solicita la aplicación del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970,

esto es, que se declare que operó el llamado silencio administrativo positivo.

Al resolver el Tribunal considera

"Evidentemente, así como lo anota en su vista fiscal el señor agente del ministerio público, la reclamación inicial por parte del contribuyente se interpuso el ocho de marzo de 1972 tal como obra en el cuaderno de antecedentes administrativos, y sólo vino a quedar resuelta mediante la Resolución Nº R-02450-H de abril 30 de 1975 que alcanzó a notificarse personalmente al interesado el 4 de junio del mismo año, o sea, cuando ya habían transcurrido más de dos años".

La providencia del Tribunal no considera para nada el memorial de 20 de junio de 1973, en el cual el contribuyente reclamó contra la liquidación de Revisión 081 de 1973 que afectaba más aún las bases gravables del señor Alvaro Garrido Gómez por el año fiscal de 1970. El apoderado del contribuyente, ignora en su demanda, el primer memorial de reclamo (presentado como se anotó el 8 de marzo de 1972) y en su alegato dice que "la Resolución R-024-50-H de 30 de abril de 1975 quedó ejecutoriada el 21 de junio de este año, razón por la cual, me permito poner de presente, que esta acción se encamina a "obtener que se declare cumplido un hecho cuyas consecuencias están previstas expresamente por la ley, como lo es, que dicha resolución se vaya a hacer efectiva después de transcurridos más de dos años de haberse instaurado el recurso de reclamación, tal como lo tiene previsto el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970... La disposición citada, indica que los dos años se cuenta desde que se presentó el reclamo, el cual debe resolverse en dicho término, es decir, que tal plazo termina en el momento en que la providencia *se encuentra ejecutoriada....*" (Subrayado de la Sala).

Es necesario para resolver la situación *sub lite* considerar nuevamente el período de los dos años a que se refiere el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970. Cuándo comienza? Cuándo termina?

Se entiende que el plazo debe contarse desde que se interpone el recurso. Esto que es tan simple y claro en reclamaciones sencillas, puede prestarse a confusiones en casos excepcionales. Suelen ocurrir dos casos especiales: a) El primer caso se da cuando el reclamo se presenta ante un notario como lo permite el Decreto 1651 de 1961. El Consejo ha dicho que en tal situación el período se empieza a contar desde el momento en que llega a conocimiento de la autoridad tributaria.

b) El segundo caso se da cuando el contribuyente reclama dos veces, como en la situación *sub lite*, una ante un primer acto de la administración (la liquidación oficial) y otro, ante un segundo acto administrativo (la liquidación de revisión). Y como es de ley, se acumulan las reclamaciones bajo una misma decisión.

El período de los dos años se empieza a contar desde que se presentó el segundo reclamo. Ello es así porque la liquidación oficial, como lo ha sostenido el Consejo de Estado reiteradamente, se fusiona con la liquidacimón de revisión, esto es, una y otra se integran en una nueva liquidación, que reemplaza para todos los efectos jurídicos la

liquidación inicial. Por lo tanto, debe utilizarse como fecha para determinar la iniciación del periodo de los dos años la que corresponde al reclamo contra la liquidación de revisión. Aplicado este principio al caso *sub judice* es entendido que se tomará el 20 de junio de 1973.

De otro lado, ha sido reiterada la doctrina del Consejo que establece que el recurso se resuelve con la notificación del último acto administrativo que agota la via gubernativa. Por lo tanto, es indispensable para que no se produzca el silencio administrativo positivo, que la providencia *se notifique* dentro de los dos años que fija la Ley 8ª de 1970, no que se *ejecutorie* como lo dice el demandante en equivocada interpretación de la Ley.

Entiende la Sala que en el caso de estudio la providencia se notificó el 4 de junio de 1975 cuando el recurso se había interpuesto el 20 de junio de 1973. Por lo tanto, no procede la aplicación del silencio administrativo positivo y es necesario entrar a estudiar los puntos de discrepancia del contribuyente con la liquidación de impuestos realizada por la administración.

El libelista alega que la suma adicionada por la oficina de auditoría de impuestos estaba incluida originalmente en la renta bruta y al efecto invoca como prueba la certificación de la Cámara de Comercio según la cual los libros de contabilidad del contribuyente incluyen las comisiones recibidas de la Compañía Nacional de Cigarrillos (folios 14 - 15).

La Sala opina que las razones esgrimidas por el libelista no son conducentes a desvirtuar lo anotado por la oficina de auditoría. En efecto, al examinar cuidadosamente los antecedentes administrativos no aparece en los factores de la renta bruta las comisiones mencionadas. Por lo tanto, es claro que el contribuyente no incluyó este elemento en su denuncio rentístico (folio 85 del cuaderno de antecedentes administrativos). De otra parte, la certificación expedida por la Cámara de Comercio y alegada por el apoderado del contribuyente en su demanda no comprueba nada concluyente pues hace referencia al estado del balance del contribuyente a 31 de diciembre de 1970, pero no se refiere al movimiento que aparece en el anexo respectivo de la declaración de renta. Por tanto, procede a negarse la petición del actor.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Revócase la sentencia consultada;

2º Deniéganse las súplicas de la demanda.

3º Revalídese el papel común.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, (ausente), *Enrique Low Murtra.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA. — El único medio idóneo para demostrar omisión de la firma del funcionario liquidador o la del sello de control, es la presentación del original de la liquidación.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. — Bogotá, D. E., agosto veintitrés de mil novecientos setenta nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Dávila Hernández*)

Proyectó: Doctor: Bernardo Vargas Angarita.

Referencia: Expediente Nº 6156. Actor: SOCIEDAD "SEGURIDAD PATROL DE COLOMBIA LTDA". Consulta de la sentencia de 22 de marzo de 1979 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Revisión de la liquidación de impuestos sobre la renta y complementarios por el año fiscal de 1971. Fallo.

En la sentencia de la referencia, enviada al Consejo de Estado para surtir el grado de consulta, el Tribunal del conocimiento dispuso:

Revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y especiales practicada por la Administración Regional de Impuestos de Cali y la Dirección General de Impuestos Nacionales a la sociedad Patrol de Colombia Limitada por el año gravable de 1971, y fijar en la cantidad de treinta y nueve mil seiscientos cincuenta y un pesos ($ 39.651.00) el valor total del gravamen a cargo de la sociedad demandante por el mencionado ejercicio fiscal; suma ésta que es igual a la tasación privada.

De esta sentencia conoce ahora la Sala por via de consulta y a resolverla se procede mediante las siguientes

Consideraciones

La inconformidad de la sociedad actora consiste en que en la práctica de la liquidación oficial del impuesto se omitió el cumplimiento de "requisitos inherentes a su naturaleza que la hacian inexistente". El requisito no satisfecho fue el de la firma del funcionario liquidador y, en defecto de la firma, el sello de control.

Agrega el demandante que la liquidación oficial del impuesto debe contener la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 18 del Decreto Ley 1851 de 1961, el último de los cuales es la firma del funcionario liquidador o el sello de control. El acto administrativo así concebido y notificado al contribuyente en la forma y términos señalados en el artículo 19 del mismo estatuto es un documento auténtico,

y, por tanto, eficaz y válidos. Pero si, por el contrario, en la producción de la liquidación deja de satisfacerse alguno de los requisitos, sobre todo el de la firma del funcionario liquidador o el sello de control autorizado en sustitución de la firma, el acto es, sin duda inexistente, concepto este último que la Sala no ha compartido, toda vez que con esta hipótesis, se configuraría mas bien una causal de nulidad del acto.

El Tribunal decidió favorablemente la demanda de la sociedad actora porque encontró demostrado el incumplimiento del tantas veces mencionado requisito de la firma del liquidador y, también, del sello que la sustituye; tanto en el ejemplar de la liquidación enviada a la contribuyente para su notificación, cuya fotocopia auténtica obra en el expediente (folio 23 del cuaderno principal), como en el de los antecedentes administrativos (folio 107).

El Consejo al decidir situaciones como la planteada en este juicio, ha sostenido que el único medio idóneo para demostrar omisiones tales como la falta de la firma del funcionario liquidador o la del sello de control que la ley autoriza en defecto de aquella, es la presentación del original de la liquidación y no fotocopia de tal documento. Así mismo ha reiterado la jurisprudencia que la ausencia de tales requisitos en las copias de las liquidaciones que reposan en la administración, no tienen ninguna relevancia para efecto de demostrar la nulidad de la liquidación, toda vez que la ley se refiere, para tales efecto, al original que se le envía al contribuyente.

En el presente caso, las omisiones en cuestión se han pretendido acreditar con una fotocopia de la liquidación del original de la liquidación en poder del contribuyente, quien estaba en plena posibilidad de presentarla, así como con las copias de la liquidación que reposan en los archivos de la Administración, todo lo cual es insuficiente para efecto de demostrar la nulidad del acto de liquidación.

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:

REVOCASE la sentencia consultada y en su lugar se deniegan las súplicas de la demanda.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudio y aprobó en la sesión de la fecha.

Los Consejeros:

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS. — En vigencia del Decreto 1651 *de* 1961, *la notificación errada de las liquidaciones oficiales generaba una prescripción de los términos. El artículo* 29 *del Decreto* 1651 *de* 1961 *fue parcialmente sustituido por los artículos* 15 *y* 17 *del Decreto* 2321 *de* 1974, *que reponen los términos tanto para el contribuyente como para la administración. Los errores al enviar la notificación a dirección equivocada ya no genera preclusión de la actividad administrativa si ya han transcurrido los* 2 *años que señalaba el Decreto* 1651 *de* 1961.

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6158. Consulta de la sentencia del Tribunal de Boyacá sobre impuestos de renta por el año de 1972. Demandante: Berenice Castelblanco de Meléndez.

Berenice Castelblanco de Meléndez, debidamente representada por apoderado, inició juicio de revisión de impuestos contra la operación administrativa, en la cual se le determina el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1972 por medio de los siguientes actos administrativos: liquidación oficial Nº 108523 B de 17 de marzo de 1975, practicada por la Administración de Impuestos Nacionales de Tunja; auto número 000154 de 28 de febrero de 1978 de la Sección de Análisis y Crítica de Documentos de la misma Administración, y auto Nº 000418 de mayo 31 de 1978 emanado de la misma sección y administración.

Antecedentes

1. La señora Castelblanco de Meléndez presentó declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1972, el día 16 de abril de 1973 ante la Recaudación de Impuestos Nacionales de Sotaquirá. En esta oportunidad incluyó su liquidación privada del impuesto por la suma de $ 3.646.00. Esta fue cancelada oportunamente. (folios 18-21 cuaderno administrativo).

2. La Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Tunja, con fecha julio 30 de 1974, requirió a la contribuyente para que explicara una omisión y una diferencia patrimonial, el cual fue contestado con memorial presentado ante la misma administración del 13 de noviembre de 1974.

3. La Administración practicó la liquidación número 108523-B del 17 de marzo de 1975.

4. Alega el demandante que esta liquidación no fue debidamente notificada y que de ella no tuvo conocimiento sino hasta el 6 de septiembre de 1977 cuando requirió fotocopia autenticada de ella como aparece de autos.

5. Con base en esta fotocopia la contribuyente interpuso recurso de reposición con memorial fechado el 19 de diciembre de 1977. Este recurso fue resuelto por auto 000154 del 28 de febrero de 1978 en el cual se desecha analizar el fondo de la petición por haberse interpuesto extemporáneamente.

6. Contra esta providencia, la contribuyente Castelblanco de Meléndez, interpuso recurso de reposición por medio de un memorial fechado el 20 de marzo de 1978, en el cual insistió que en relación con la oportunidad del recurso debía estarse a la fecha en que se le expidió fotocopia de la liquidación oficial, ya que de acuerdo con certificación, expedida por el Jefe de Secretaría, Correspondencia y Archivo de la Administración, en las planillas correspondientes al correo enviado el 17 de mayo de 1975 no figuraba el nombre de la contribuyente.

7. La Administración rechazó el recurso y agotó la vía gubernativa por auto número 000418 de 31 de mayo de 1978, notificado el 23 de junio de 1978.

8. En juicio de revisión de impuestos, incoado ante el Tribunal administrativo de Boyacá, el apoderado de la contribuyente alega que debe entenderse que la liquidación oficial no se notificó a tiempo por cuanto, "se debe estar a la fecha en que se le entregó a mi mandante copia o fotocopia de la liquidación oficial, hecho éste que sucedió el 6 de septiembre de 1977 de acuerdo a sello de autenticación que registra". Teniendo como fecha del acto de liquidación oficial, ha precluido la opción de darle validez y se tendrá como válida la liquidación privada.

9. El Tribunal, en la sentencia consultada, acepta el punto de vista del libelista. Para llegar a esta conclusión el Tribunal se basa en los elementos probatorios que se encuentran en el expediente y, en particular, en una constancia que aparece al folio 24 de los antecedentes administrativos en la cual se dice:

"A solicitud del interesado, el suscrito Jefe de Secretaría, Correspondencia y Archivo, HACE CONSTAR: Que revisadas cuidadosamente las planillas de correspondencia pertenecientes al de 1975 (sic), se constató que no figura el nombre del contribuyente en las citadas planillas, sólo figura el total de los documentos enviados en la planilla del 17 de marzo de 1975, pero en los listados enviados por Procedimiento Automático de Datos figura la señora Berenice Castelblanco de Meléndez con Nit 23.257.411, notificación de 17 de marzo de 1977. Dada en Tunja para el interesado, a los catorce (14) días del mes de octubre de mil novecientos setenta y siete (1977) - (FDO) Ilegible - Antefirma Luis Octavio García Sarmiento - Jefe Secretaría Correspondencia y Archivo. (FDO.) Ilegible - Antefirma: Edgar Puin Rodríguez Encargado Grupo de Correos".

Considera el Tribunal que esta certificación evidencia que la liquidación oficial mencionada no fue notificada el 17 de marzo de 1975 como debía haber ocurrido en el trámite normal de las operaciones de

la Administración. En razón de esto el Tribunal confirma la liquidación privada del contribuyente.

Para resolver se considera

La Sala considera correcta la interpretación hecha por el Tribunal sobre las circunstancias de hecho del caso *sub judice*. En efecto, *la liquidación oficial (hoy de revisión) se notifica al contribuyente* bien personalmente, o bien mediante introducción al correo enviándola a la dirección indicada en la última declaración de renta y patrimonio o en las comunicaciones que posteriormente remita para indicar cambio de ella. Como no se dio notificación personal, ni notificación por correo ni entrega personal de la liquidación oficial, ésta sólo se entiende surtida cuando el contribuyente recibió noticia sobre ella, y en autos aparece como evidencia clara que la primera fecha en que dicha liquidación llegó a conocimiento de la contribuyente Berenice Castelblanco de Meléndez fue el 6 de septiembre de 1977. Por lo tanto, es entendido que la interposición del recurso fue oportuna, y que los dos autos que negaron discutir el fondo de las pretensiones de la recurrente están viciados de nulidad.

En cuanto a los aspectos relativos a la notificación en el caso *sub lite* cabe anotar lo siguiente: En la vigencia plena del Decreto 1651 de 1961, esto es, antes de la vigencia del Decreto 2821 de 1974 era cierto que la notificación errada de las liquidaciones oficiales generaba una prescripción de los términos. Cuando el contribuyente recibia extemporáneamente notificación de una liquidación por haber sido enviada a dirección equivocada o por haberse extraviado, como ocurrió en el caso de autos, la administración perdía la oportunidad de practicar una nueva liquidación o más propiamente, volver a notificar la practicada originalmente para sanear lo actuado, cuando ya habian transcurridos dos años desde la presentación de la declaración. En tal caso, al tenor de lo dispuesto entonces, se consideraba en firme la liquidación privada.

Esta situación, regulada en aquélla época por el artículo 29 del Decreto 1651 de 1961 fue parcialmente sustituida por los artículos 15 y 17 del Decreto 2821 de 1974. En efecto, se dice en el artículo 17 de este último decreto que "cuando la liquidación se hubiere enviado a una dirección distinta de la registrada o de la posteriormente informada por el contribuyente, habrá lugar a corregir el error, en cualquier tiempo ..... En este último caso, los términos legales sólo empezarán a correr a partir de la notificación hecha en debida forma".

Por lo tanto, el efecto que se establece en la nueva norma consiste en que se reponen los términos tanto para el contribuyente como para la administración. Los errores que ocurren involuntariamente por parte de la administración cuando envia la notificación a una dirección equivocada ya no generan *preclusión* de toda actividad administrativa posterior si ya han transcurrido los dos años que señalaba el Decreto 1651 de 1961, sino que generan la reposición de términos en favor del contribuyente para que éste pueda interponer los recursos a que haya lugar. Otra cosa ocurre cuando la notificación no se produjo, esto es, cuando ni siquiera se introdujo en el correo la liquidación oficial como

ocurre en el caso de autos. En tal evento, no es posible aplicar el artículo 17 del Decreto 2821 atrás citado, pues tal artículo hace referencia a una situación en la cual "se hubiere enviado la notificación a dirección distinta" que no es lo acontecido en la situación *sub lite*. Como la notificación no se produjo en ninguna forma por cuanto no fue introducida la nota al correo, según se desprende de la certificación dada por el Jefe de Secretaría, Correspondencia y Archivo, la administración no realizó el acto de notificación, ni puede solicitar reposición de los términos. Es decir, no practicó debidamente la liquidación oficial (o de revisión) y ya no puede hacerlo porque han transcurrido los términos legales que le precluyen la oportunidad de hacerlo.

Por lo tanto, la Sala considera pertinente confirmar la parte resolutiva de la sentencia en consulta.

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

Falla:

Confírmase la sentencia consultada.

Revalídese el papel común.

Cópiese, publíquese, notifíquse, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. — Revisión de la operación administrativa que fija el impuesto de renta y complementarios. Reposición contra el que la niega por falta de las pretensiones o presupuestos procesales. Personería adjetiva.

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6419. Consulta de la sentencia del Tribunal del Meta sobre impuestos de renta y complementarios por el año de 1972. Demandante: Moreno y Gnecco Limitada.

La sociedad Moreno y Gnecco Limitada presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Meta y solicitó revisión de la operación administrativa que le fijó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1972.

La sociedad actora presentó su declaración de renta y patrimonio por el año referido el 13 de abril de 1973 ante la Administración de Impuestos de Villavicencio. A esta declaración la administración le practicó una primera revisión produciendo la liquidación oficial número 107731-B con fecha 14 de octubre de 1974, para luego practicar la liquidación de revisión 0106 con fecha 5 de marzo de 1975.

El contribuyente presentó oportunamente reclamación contra este acto por medio de memorial fechado el 1º de julio de 1975, el cual fue resuelto por los autos 020 de 2 de marzo de 1977 y 003 de 8 de junio de 1977, notificado por edicto desfijado el 4 de julio de 1977. Estos actos administrativos negaron pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones del actor "por cuanto 'del estudio del expediente se concluye que el contribuyente no cumplió con el numeral 4º de la norma en comento (artículo 24 del Decreto 2821 de 1974) ya que debió haber acreditado plenamente su calidad de representante legal de la sociedad mencionada, lo cual omitió' ".

El Tribunal consideró equivocada la actuación de la Administración con base en los siguientes elementos de juicio:

"La Sección de Análisis y Crítica de documentos de la Administración de Impuestos Nacionales de Villavicencio, negó la reposición incoada por la sociedad, por considerar que faltaba la comprobación de la personería de quien la presentó, Arquitecto Carlos Vicente Moreno.

"Al folio 28 frente del cuaderno de antecedentes obra el memorial de reposición contra el primer auto de la citada oficina firmado por el mismo Arquitecto Moreno Jiménez al cual le adjunta fotocopia de-

bidamente autenticada de la certificación que con fecha 2 de septiembre de 1975 le expidió la Cámara de Comercio de esta ciudad y la cual da cuenta de que en la escritura de constitución de la Sociedad la Administración de la misma 'está a cargo de ambos socios por igual'. Es decir de CARLOS VICENTE MORENO JIMENEZ Y JULIAN GNECCO URIBE".

No obstante, aún cuando la certificación referida fue emitida por la Cámara de Comercio de Villavicencio el 2 de septiembre de 1975, es claro que la fotocopia referida se presentó ante la Administración de Impuestos de Villavicencio el 22 de marzo de 1977 después de producido el auto 020 de 1977. Por esta razón, la administración al resolver la reposición interpuesta contra este auto anotó: "Este despacho conceptúa que la situación no ha variado, teniendo en cuenta que el recurso contemplado en el inciso final del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, se ha instituido para que el funcionario que dictó la providencia corrija o rectifique los errores que haya cometido en ella y no como una nueva oportunidad para que el actor pueda traer y hacer valer pruebas que debieron aportarse con el escrito de reposición inicial.

El Tribunal no hizo referencia a este punto y se limitó a considerar el valor probatorio del certificado de la Cámara de Comercio. Con base en él se pronunció a favor del demandante y aceptó las pretensiones del demandante por aplicación del silencio administrativo positivo.

La Sala considera pertinente, antes de entrar al estudio de fondo, estudiar la oportunidad en la presentación del memorial que acredita la personería pues en este aspecto se funda el acto administrativo demandado.

El artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 dice lo siguiente:

"El recurso deberá cumplir las siguientes condiciones:

"1. Que se formule por escrito, con expresión concreta de los motivos de incoformidad.

"2. Que se presente una liquidación privada en la cual se incluyan los factores no discutidos de la oficial, junto con la prueba del pago correspondiente. Esta nueva liquidación en ningún caso podrá ser inferior a la presentada con la declaración, teniendo en cuenta sus adiciones y correcciones. Si todos los factores estuvieren impugnados, bastará en este caso acreditar el pago de la liquidación privada anexa a la declaración.

"3. Que se interponga dentro de la oportunidad legal,

"4. Que se acredite la personería adjetiva, cuando fuere el caso.

"Cuando no se cumplan cualesquiera de los requisitos señalados en este artículo, el funcionario del conocimiento desechará el recurso por auto contra el cual procede recurso de reposición, que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Negada la reposición, quedará agotada la vía gubernativa".

Es pues claro que la norma habla de dos recursos: a) la reposición contra la liquidación administrativa y b) la reposición contra el auto

que niega estudiar el fondo de las pretensiones por falta de presupuestos procesales. Para interponer el recurso de reposición contra la liquidación es indispensable acompañar al memorial de reposición los requisitos que dan nacimiento al proceso administrativo o como dice Ramírez Cardona, el incumplimiento de los presupuestos procesales "impide fallo de fondo" y se agregaría por cuanto no ha nacido debidamente el proceso gubernativo. La reposición contra la providencia que niega estudiar el fondo por falta de presupuestos procesales cabe recurso de reposición. Puede en tal momento contemplarse el presupuesto procesal incompleto al interponer el recurso inicial? O en otros términos, la reposición contra el auto que niega fallo de fondo puede servir de oportunidad para cumplir con los requisitos que no se cumplieron inicialmente y acreditar entonces el pago previo y la personería adjetiva que no se habían acreditado en su oportunidad?

La Sala considera en principio que esta interpretación es correcta: la reposición a que hace referencia el último inciso de la norma comentada se ha establecido no sólo para que el funcionario que dictó la providencia corrija los errores en que haya incurrido cuando la dictó, sino también para que se cumplan requisitos que se dejaron de cumplir en su oportunidad.

Esta interpretación, favorable al contribuyente tiene sentido a la luz de lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 52 de 1977, pues "el Estado no aspira que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a los cargos públicos de la Nación". Por tanto, frente a dos interpretaciones alternativas de igual valor a la luz de la hermenéutica jurídica debe preferirse aquella que favorece al contribuyente.

Por esto, aparece claro en el caso de autos que el contribuyente acreditó debidamente la personería adjetiva y por tanto agotó debidamente la vía gubernativa.

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

Falla:

1º Confírmase la sentencia consultada;

2º Revalídese el papel común a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, (ausente), *Enrique Low Murtra.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. — La no exigibilidad del pago previo de la caución del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, según el parágrafo del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, sólo es aplicable a los juicios de impuestos sobre la renta, sus complementarios y adicionales.

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

(Consejero ponente: *Doctor Alfonso Angel de la Torre*)

Referencia: Expediente número 6161. Consulta sentencia de 27 de marzo de 1979 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Revisión liquidación impuesto ventas. Procesos números 7901 y 7902 acumulados. Actor: Cartón de Colombia S. A.

La sociedad Cartón de Colombia S. A., Nit. 90300406, interpuso por medio de apoderado, ante el Tribunal Administrativo del Valle, sendas demandas de revisión de las operaciones administrativas —liquidaciones de revisión—, del impuesto sobre las ventas a su cargo por los bimestres de mayo-junio y julio-agosto de 1967 (Expedientes 7901 y 7902), sobre las cuales el Tribunal del conocimiento, por auto de 18 de marzo de 1977 y a petición del apoderado de la actora, decretó la acumulación para que fueran falladas bajo una misma cuerda.

Posteriormente el Tribunal de instancia profirió la sentencia de 27 de marzo de 1979 en la cual accedió en parte a las súplicas de la demanda, proveído del cual conoce ahora la Sala en grado de consulta por no haber sido apelado.

Se considera

El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo dispone:

"Artículo 86. A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos.

"....

"Si se trata de demanda de impuestos que se exigen o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, deberá acompañarse al respectivo comprobante de haberse consignado, en calidad de depósito, la suma correspondiente en la oficina recaudadora. Terminado el juicio respectivo, la cantidad deducida en la sentencia a cargo del contribuyente o deudor, ingresará definitivamente a los fondos del tesoro y se devolverá al interesado el saldo que resulte, si lo hubiere.

"El comprobante de depósito de que se trata se refiere a los casos en que leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liquidada o debida. En los demás, bastará que se otorgue caución a satisfacción del magistrado sustanciador para garantizar el pago respectivo con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto".

Según los comprobantes que obran en el informativo la demandante no cumplió en sus libelos con el requisito de *comprobación del pago previo de los impuestos definitivamente liquidados o, en su defecto, del otorgamiento de caución* para garantizar su pago, pues, en cuanto hace al bimestre mayo-junio de 1967 sólo aparece fotocopia autenticada (folio 50, cuaderno Nº 2) del recibo oficial número A-064869 de 31 de julio de 1967, por la cantidad de $ 847.278.62 valor del gravamen determinado en la liquidación privada. Y en cuanto al bimestre julio-agosto de 1967, únicamente el recibo oficial número A-160718 de 30 de septiembre del mismo año (folio 55, cuaderno número 3), por la cantidad de $ 732.552.25 valor del gravamen igualmente determinado en la respectiva liquidación privada.

Como bien pudiera pensarse que el requisito del pago previo o de la caución de que habla el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, no son exigibles en el caso *sub judice* por virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, apreciación que posiblemente fue la del señor apoderado de la sociedad actora, la Sala aclara que tal disposición sólo es aplicable a los juicios de impuestos referentes al de la renta, sus complementarios y adicionales, por razón de hacer referencia tal parágrafo únicamente a este tipo de gravamen, como se desprende sin lugar a dudas, del siguiente recuento de las normas dictadas sobre el particular, todas ellas concernientes exclusivamente al gravamen sobre la renta.

Hasta la expedición del Decreto 270 de 1953 (Febrero 6) y por virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 81 de 1931 y posteriormente del artículo 11 del Decreto 554 de 1942, época en la cual aún no existía el impuesto sobre las ventas, para recurrir ante los funcionarios administrativos contra las liquidaciones del impuesto sobre la renta era requisito indispensable el pago total del impuesto liquidado por los funcionarios oficiales.

En efecto. El artículo 14 de la Ley 81 de 1931 decía en lo pertinente:

"Artículo 14. Durante el mes de octubre de cada año cualquier contribuyente que crea que es injusto el impuesto que se le ha asignado de acuerdo con esta ley, por el Administrador de Hacienda Nacional, podrá reclamar ante el Director General de Rentas Nacionales, presentando las razones de su reclamación, pero el Director General no considerará ninguna reclamación sin que se le presente el comprobante de estar pagado ya el impuesto sobre el cual se reclama...".

Y a su vez, el artículo 11 del Decreto 554 de 1942:

"Artículo 11. ... La reclamación es admisible y será debidamente sustanciada si reúne los dos requisitos de oportunidad y pago previo del gravamen; en caso contrario, esto es, si no se ha cumplido uno u otro requisito, la reclamación será desechada por la Jefatura sin que

quede contra la liquidación recurso alguno ...". Este requisito igualmente era exigible para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues el artículo 13 del mismo estatuto preceptuaba:

"Artículo 13. De conformidad con el inciso 6º del artículo 86 de la Ley 167 de 1941 para recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de impuestos, es necesaria la consignación previa de la suma respectiva en la Administración o Recaudación de Hacienda Nacional correspondiente".

En el Decreto 270 de 6 de febrero de 1953, en que por primera vez se impuso a los contribuyentes del impuesto sobre la renta la obligación de presentar liquidación privada, se dijo en su artículo 27:

"Artículo 27. Cuando los impuestos de renta, complementarios y adicionales liquidados sean superiores a los que surjan espontáneamente de las declaraciones de renta y patrimonio, tal como hayan sido presentadas, los contribuyentes podrán reclamar ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de las liquidaciones respectivas, con sólo el pago previo de los gravámenes que correspondan a sus declaraciones sin ninguna modificación.

"....

"Este artículo regirá para las reclamaciones relativas a impuestos correspondientes al año gravable de 1953 y siguientes. Para los de años anteriores deberá pagarse la totalidad de los impuestos discutidos, o los fijados en las liquidaciones provisionales autorizadas por el artículo 6º de la Ley 23 de 1949".

El artículo 6º de la Ley 23, que sólo se refería a un caso de excepción, decía así:

"Artículo 6º En los casos en que la liquidación de la renta, patrimonio y exceso de utilidades, resulte un gravamen superior al doble del que ha debido deducirse de la declaración juramentada del contribuyente, éste tendrá derecho a reclamar ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de la liquidación respectiva, con sólo el pago previo del impuesto no discutido, es decir, el correspondiente a su declaración, tasado de conformidad con las tarifas vigentes".

"....

"Quedan en estos términos modificados los artículos 14 de la Ley 81 de 1931 y 11 del Decreto Extraordinario número 554 de 1942".

Esta norma fue reproducida en el fondo y más o menos en los mismos términos, en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 461 de 1950, en el que además se refrendó el requisito de la consignación previa del monto total del impuesto para recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Posteriormente se expidió el Decreto 2317 de 8 de septiembre de 1953 en el que se dispuso:

"Artículo 6º Para reclamar ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales contra los impuestos definitivamente liquidados, deberá acreditarse únicamente el pago de los impuestos correspondientes a la liquidación privada del contribuyente, y la reclamación deberá

interponerse dentro del mismo término fijado para pagar la diferencia entre la liquidación privada y la definitiva".

Poco tiempo después se señaló en los artículos 7º y 23 del Decreto 341 de 1957:

"Artículo 7º Contra las liquidaciones del impuesto de renta y complementarios que practiquen las Administraciones o Recaudaciones de Hacienda Nacional, proceden los siguientes recursos: El de reposición ante la misma oficina que haya practicado la liquidación...

"El recurso de reposición podrá interponerse dentro del mismo término legal que exista para pagar el impuesto, o la diferencia entre la liquidación oficial y la privada, y para su interposición deberá pagarse previamente el impuesto reclamado o el correspondiente a la liquidación privada o informal que se practique con base en las cifras de la declaración del contribuyente, sin ninguna modificación.

"....

"Artículo 23. Concédese un término extraordinario de tres meses a partir de la vigencia de este Decreto, para interponer ante los Tribunales Administrativos demandas de revisión de los impuestos de renta, complementarios y especiales que se hayan establecido o confirmado en providencias de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales dictadas durante los años de 1954, 1955, 1956 y hasta el 10 de mayo de 1957...

"En los casos previstos en este artículo las demandas podrán interponerse con el pago previo de los impuestos que figuren en las declaraciones privadas o informales que hayan practicado o practiquen los contribuyentes o las Oficinas de Hacienda con base en los datos de las declaraciones sin ninguna modificación, pero deberá prestarse caución satisfactoria, a juicio del respectivo Tribunal, para responder por el pago de los impuestos que se determinen en el respectivo juicio contencioso administrativo y que no hayan quedado cubiertos con las liquidaciones privadas, los cuales deberán pagarse con el recargo de los intereses ordinarios de mora.

"....

A las normas anteriores deben agregarse los artículos 11 y 12 relacionados con el pago previo en casos especiales de recursos contra dobles o indebidas imposiciones y corrección de errores aritméticos.

Más tarde y por lo que hace al pago previo para acudir en demanda ante lo contencioso administrativo, en el parágrafo del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, se dijo:

"Parágrafo. Para interponer el recurso legal ante el Contencioso Administrativo, no será necesario hacer la consignación del impuesto que hubiere liquidado la Administración. Pero la sanción por mora del dos y medio por ciento (2½%) mensual se hará efectiva desde el momento de interponer dicho recurso sobre las sumas impugnadas que resultaren a cargo del contribuyente según el fallo definitivo".

Este artículo 9º, que en su inciso primero redujo a dos años los términos fijados 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", no puede ser aplicable a las referentes al impuesto sobre las ventas, porque el artículo 36 por ella modificado sólo se refería a los recursos "de que trata el Decreto 1651 de 1961", que de acuerdo con el artículo 31 *ibídem* eran únicamente los interpuestos contra "las liquidaciones del impuesto sobre la renta, sus complementarios, recargos, sanciones e impuestos especiales que se liquidan con base en la declaración de renta y patrimonio...".

Finalmente, en el Decreto 2821 de 1974 del estado de emergencia económica, en que se unificaron los procedimientos de los recursos contra liquidaciones del impuesto sobre la renta y sobre las ventas, artículos 19 a 29, nada se dijo en cuanto a los correspondientes a la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien: como por otra parte es igualmente evidente que en el impuesto sobre las ventas no existía hasta la presentación de las respectivas demandas, 25 de junio de 1975, disposición especial que exigiera la consignación previa de la suma liquidada o debida para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, quedó en pie, para el impuesto sobre las ventas, la obligación de prestar caución para garantizar el respectivo pago, requisito cuyo cumplimiento fue pretermitido por la sociedad actora.

La anterior deficiencia de la demanda, que en estricto rigor procesal ha debido aniquilar la acción desde su iniciación mediante pronunciamiento de auto denegatorio de su admisión en los términos y con las consecuencias del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, lleva necesariamente a la Sala a revocar la providencia consultada.

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

Falla:

1º Revócase la sentencia consultada.

2º Abstiénese de dictar fallo de mérito por ineptitud sustantiva de la demanda.

Revalídese el papel común.

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

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

Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra, Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. — Declaración oficiosa.

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

(Consejero ponente: *Doctor Alfonso Angel de la Torre*)

Referencia: Expediente Nº 6372. Consulta sentencia de 28 de junio de 1979 del Tribunal Administrativo de Antioquia. Impuesto renta año gravable 1969. Actor: Owens Illinois Inc.

Se resuelve la consulta de la sentencia de fecha 28 de junio de 1979, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la cual se reconoció la ocurrencia del fenómeno jurídico del silencio administrativo positivo en la reclamación ordinaria formulada por intermedio de apoderado, por la sociedad extranjera Owens Illinois Inc. (Nit. 90.903.695), contra el acto administrativo de liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios a su cargo por el año gravable de 1969.

Se considera

El asunto debatido en este negocio se contrae básicamente a lo que a continuación se sintetiza:

La sociedad actora, persona jurídica extranjera organizada conforme a las leyes del Estado de Ohio, Estados Unidos de Norte América, con domicilio en el condado de Lucas del mencionado Estado, no incorporada legalmente a Colombia y sin sucursal en el país, presentó por el año gravable de 1969, en la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, declaración de renta y patrimonio, con la aclaración de ser ésta únicamente informativa "por cuanto la Sociedad no está obligada a declarar de acuerdo con Fallo del Honorable Consejo de Estado".

Sobre tal declaración en cuya liquidación privada se determinó el impuesto a la tarifa del 12% señalada en el artículo 27 del Decreto 1366 de 1967 en cuanto a renta, por provenir ésta exclusivamente de regalías pagadas por la sociedad colombiana Cristalería Peldar S. A., la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín practicó, con fecha 20 de marzo de 1972, liquidación oficial en la que determinó el impuesto con aplicación de las tarifas correspondientes a las sociedades anónimas colombianas y extranjeras legalmente incorporadas al país.

Contra tal liquidación interpuso la sociedad recurso de reclamación ordinaria el día 12 de julio de 1972, el cual fue rechazado por falta de comprobación de pago previo, mediante Resolución 0002, de 15 de enero de 1975 de la Administración de Impuestos de Medellín.

Interpuesto por la demandante recurso de apelación ante la Dirección General de Impuestos Nacionales, al que acompañó los comprobantes del pago oportuno de la liquidación privada, dicho despacho confirmó lo resuelto por el *a quo*, por estimar que aun cuando en realidad se había comprobado el pago de la privada, dicha demostración había sido extemporánea, de conformidad con lo ordenado en el artículo 33 del Decreto 1651 de 1961. La respectiva providencia, que fue la contenida en la Resolución R-04533-H, de 27 de septiembre de 1976, fue notificada personalmente el día 18 de octubre de 1976, es decir, después de los dos años de que habla el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 para que las reclamaciones se entiendan falladas en favor del contribuyente.

El Tribunal en la sentencia consultada acepta el correcto agotamiento de la vía gubernativa mediante la comprobación en el recurso de apelación del pago oportuno de la liquidación privada, actitud que prohija la Sala por encontrarlo de acuerdo con la doctrina sentada al respecto y, ratificada en reciente fallo, como fue el de 20 septiembre en curso, sobre el expediente número 6378, actor Jaime Vallejo Salazar, en que fue conductor del proceso el consejero doctor Enrique Low Murtra.

Como consecuencia de lo anterior y en atención al hecho de haber transcurrido más de dos años entre la presentación de la reclamación y su decisión final, el mismo fallador declaró la operancia del silencio administrativo positivo, de manera oficiosa, por no haber sido invocado éste en la demanda ante la jurisdicción contenciosa, no obstante haberlo pedido oportunamente ante la propia Dirección General de Impuestos (folios 29 y 30, cuaderno de antecedentes).

Como el criterio anterior también se encuentra de acuerdo con la doctrina de la Sala, expuesta entre otras, en sentencia de 15 de mayo de 1975, igualmente debe confirmarse. En efecto, en dicha sentencia se dijo lo siguiente: "... En estas condiciones es deber del fallador declarar oficiosamente, aun cuando ello no haya sido alegado por el reclamante, que se entiendan resueltos a favor del contribuyente sus reclamos ante la Administración y por lo tanto es inútil entrar a estudiar las razones en derecho que pueda tener el apelante para pedir la revocatoria del fallo, ya que se ha creado un 'status' a su favor que es forzoso reconocer y aceptar sin mayor análisis...".

Por lo brevemente expuesto y habida consideración de que la sentencia estudiada no fue apelada por el apoderado de la actora, con lo cual tácitamente expresó su conformidad con la misma, 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.

Revalídese el papel común a que haya lugar.

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

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

Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra, (salvó voto), *Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO. (SALVAMENTO DE VOTO). — No es procedente la declaratoria oficiosa. Definición. La jurisdicción Contencioso Administrativa es rogada. Teoría de la Inexistencia del acto administrativo no es válido para sostener la aplicación oficiosa del silencio administrativo positivo. Fallo extra petita. *Nulidades absolutas y nulidades relativas.*

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

Salvamento de voto del consejero Enrique Low Murtra.

Referencia: Radicación 6372. Consulta sentencia de 28 de junio de 1979 del Tribunal Administrativo de Antioquia, impuesto de renta año gravable 1969. Actor: Owens Illinois Inc.

Con todo respeto por la opinión contraria me parece que no cabe en nuestro derecho la declaratoria oficiosa del silencio administrativo positivo. Reconozco que existe reiterada jurisprudencia del Consejo. Baste recordar unas cuantas:

En sentencia de 15 de mayo de 1975, la Sección Cuarta del Consejo afirma: "..... En estas condiciones es deber del fallador declarar oficiosamente, aún cuando ello no haya sido alegado por el reclamante, que se entiendan resueltos a favor del contribuyente sus reclamos ante la Administración y por lo tanto es inútil entrar a estudiar las razones en derecho que pueda tener el apelante para pedir la revocatoria del fallo, ya que se ha creado un "status" a su favor que es forzoso reconocer y aceptar sin mayor análisis.....".

En la sentencia de 12 de septiembre de 1974, se lee:

"..... La violación del mencionado artículo 36 (se refiere al artículo 36 de la 63 (sic) de 1967) no fue señalada por la demanda; sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal irregularidad no impide que la jurisdicción contencioso administrativa, oficiosamente, declare resueltos en favor del contribuyente los recursos interpuestos durante la etapa gubernativa .....".

En el auto de 13 de mayo de 1975, que contiene un estudio de fondo sobre la materia, se expresa así: "..... A las argumentaciones expuestas en los autos transcritos puede añadirse que cuando la voluntad del legislador suple definitiva e irrevocablemente la del organismo administrativo que no la expresó en tiempo oportuno, como en la hipótesis del silencio regulado por los artículos 36 de la Ley 63 de 1967 y 9º de la Ley 8ª de 1970, los actos administrativos expedidos pa-

ra expresar tardíamente ese querer del organismo son absolutamente inválidos por incompetencia de la Administración para dictarlos y no pueden generar, por ende, situaciones jurídicas de ninguna especie, ni siquiera en la apariencia formal. Y esa nulidad radical de tales actos puede y debe ser declarada en cualquier tiempo, pues el mero transcurso del tiempo no convierte en existente lo que desde un principio era jurídicamente inexistente" ..... (Consejo de Estado, Sección Cuarta. Citas de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario Nº 17. Diciembre de 1975)".

Sin embargo, considero que esta jurisprudencia está basada en una equivocada interpretación de lo que ha sido el silencio administrativo positivo. El silencio administrativo positivo es una sanción que impone la ley a la administración por no pronunciarse con la suficiente diligencia. Se ha instituido en defensa del contribuyente para asegurarle que si la administración no pronuncia su dictamen dentro del plazo que establece el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 (antes del artículo 36 de la Ley 63 de 1967) se entenderá que el fallo le fue favorable. Pero no permite cambiar la naturaleza del juicio de revisión de impuestos, distinguiendo una causal de nulidad privilegiada o de "mejor familia" que le permita definir una nulidad al contencioso administrativo aún cuando la sentencia vaya más allá de los puntos contenidos en el *petitum* o de los argumentos incorporados en la *causa petendi*, es decir, que sea *ultra* o *extra petita*.

La jurisdicción contencioso administrativa pertenece desde sus orígenes al régimen de la competencia rogada. En ellas las actuaciones oficiosas del juez se limitan a algunos actos procesales de excepción: el auto para mejor proveer (artículo 91 del Código Contencioso Administrativo), la citación para audiencia pública (artículo 90 del Código Contencioso Administrativo). Así lo anota el célebre tratadista Tulio Enrique Tascón: "Este artículo (el 84 del Código Contencioso Administrativo) contiene respecto del 54 de la Ley 130, la innovación de que exige no ya solamente que el demandante exprese las disposiciones constitucionales o legales en que se funda, sino las disposiciones que se estimen violadas y el concepto de la violación. De manera que los Tribunales de lo contencioso administrativo no pueden anular *un acto por encontrarlo contrario a disposiciones legales que no han sido invocadas en la demanda*, ni por concepto distinto del en que el demandante funda su acción. (Subrayado de la Sala). Es un principio distinto del que consagra el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, al disponer que si la Corte Suprema de Justicia al fallar sobre la inexequibilidad de una ley o decreto ejecutivo, encontrase que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda, o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

Dentro del sistema del código, una vez declarado que el acto no es nulo por violación de un precepto legal en el concepto en que ha sido demandado, puede después demandarse por otro motivo distinto ....."

Este criterio que ha sido reiterado por el Consejo de todos los juicios de plena jurisdicción y de impuestos, no puede tener excepción exclusiva en la causal del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970. Ella opera,

como cualquier otro motivo de nulidad impetrado en acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, por petición expresa del interesado. No cabe con ella la figura de la inexistencia del acto administrativo que ha citado el Consejo en el auto del 13 de mayo de 1975, pues tal fenómeno no es de recibo en nuestro derecho administrativo. Los juicios por la vía contenciosa buscan lograr *la nulidad* de actos administrativos que han violado la ley pero no puede pretenderse que hay inexistencia de un acto administrativo porque se produce extemporáneamente. Si el acto se produce cuando ya no es viable hacerlo porque ha precluido la oportunidad, es nulo y debe declararse nulo conforme a los procedimientos que se han creado para el efecto en nuestro sistema jurídico. No por eso puede decirse que el acto sea inexistente, ni tiene sentido hablar de inexistencia de algo que es real. Más aún, no existe en nuestro derecho administrativo figura procesal que permita declarar la inexistencia de un acto administrativo. De modo que la tesis que sostiene que el acto administrativo en determinadas circunstancias es inexistente, llevaría al absurdo de dejar sin protección jurisdiccional muchísimos abusos del derecho. Por ello, puede decirse sin duda que cuando un acto administrativo viola la ley es nulo más no inexistente.

Vidal Perdomo sostiene al respecto lo siguiente:

"1. *La inexistencia de los actos administrativos.* Es en el derecho francés donde se ha elaborado esta teoría que acerca el derecho civil y el derecho administrativo y que sirve para superar ciertas dificultades que ofrece allí la anulación de los actos administrativos.

"La jurisprudencia francesa la aplica con extrema prudencia en casos en que falta un elemento tan esencial al acto que no hay necesidad de anularlo: basta simplemente verificar que no existe. Así por ejemplo, cuando su existencia no puede ser materialmente establecida, o cuando proviene el acto de una autoridad manifiestamente incompetente (decisión de un ministro, en vez de un juez).

"Varios efectos tiene la inexistencia: no es obligatorio el acto, los Tribunales judiciales (y no exclusivamente los administrativos) pueden apreciarla, los actos posteriores al juzgado inexistente son nulos o pueden constituir 'vía de hecho' de la administración, el acto puede ser revocado después de vencido el término de que se dispone para ello.

"Waline hace notar que al teoría de la inexistencia desafía principios básicos del derecho administrativo, pues hace de los administrados jueces de la existencia o inexistencia de un acto, contraría la presunción de legalidad y la aplicabilidad inmediata de los actos administrativos.

"Para De Laubadére, la teoría de la inexistencia sirve a la jurisprudencia para corregir ciertas reglas de procedimiento muy rigurosas, como la que señala un término para el ejercicio de la acción, de nulidad; por intermedio de la teoría de la inexistencia es posible controvertir al menos los efectos de una decisión administrativa que no fue acusada en tiempo.

"El Consejo de Estado Colombiano, en decisión del 18 de febrero de 1960, refiriéndose a un acuerdo municipal cuyo trámite de elabo-

ración no estaba finalizado porque las objeciones formuladas no fueron estudiadas ni fue publicado por bando, entiende el inciso segundo del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo como aplicable tanto a las irregularidades menores como a aquellas que lleguen a cobijar la inexistencia. En la sentencia de 25 de septiembre de 1961 expresa los siguientes conceptos: "La noción de acto inexistente conlleva idea de una agresión tan grosera y brutal al orden jurídico, que desborda todos los límites de la legalidad. Toca la esencia misma de la organización y del sistema administrativo, y generalmente es la resultante de una usurpación de poderes y atribuciones o de la omisión de formas sustanciales en la expedición del ordenamiento. Más que la violación del derecho, esos actos implican la negación de todo derecho. Como ejemplos típicos, se citan ordinariamente los proferidos con pretensiones de providencias administrativas, por personas particulares o por agrupaciones que no tienen el carácter de corporación pública. Pero una decisión expedida por funcionario competente, previo el cumplimiento de todas las formalidades legales, no puede motejarse de acto inexistente".

"En Colombia, el espíritu general del derecho administrativo, no favorece la teoría de la inexistencia. En efecto: las causales de acusación son muy amplias, y en ellas caben las graves irregularidades y las incompetencias protuberantes que los franceses sancionan con la teoría de la inexistencia. Hay también una diferencia de orden procesal: la acción encaminada a mantener la legalidad no prescribe en nuestro derecho, mientras que en el francés sí; la resistencia hacia el acto abiertamente ilegal, a través del expediente de la inexistencia, parece justificarse en aquel derecho y no en el colombiano". (Derecho Administrativo- Banco Popular 1978).

No es pues válida la tesis de la inexistencia del acto administrativo para sostener la aplicación oficiosa del silencio administrativo positivo.

También se ha sostenido que es viable una sentencia *extra petita,* es decir, que el contencioso administrativo puede pronunciarse sobre el silencio administrativo de manera oficiosa, por cuanto, se dice, existe una *"decisión ficta"* que opera por ministerio de la ley.

Tal teoría ha sido desarrollada por el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de julio de 1975 cuyo texto se transcribe en lo pertinente:

El silencio positivo

"La profundidad de la exploración sobre los alcances, motivos, condiciones y consecuencias de este instituto sólo se ha producido desde el momento en que la ley lo estableció respecto de los recursos sobre liquidaciones de impuestos de renta y complementarios, pero cuando esto ocurrió ya era institución conocida y aplicada en otros campos menos espectaculares. Las regulaciones locales, especialmente las municipales, lo reconocieron en el campo de los permisos y la propia ley administrativa respecto de la formalidad de revisión de los contratos, atribuida al Consejo de Estado, al que concedió treinta días para pronunciarse, entendiendo que luego de transcurrido este plazo se tendrá por regular el contrato y cumplida la formalidad.

"El silencio positivo como el negativo pone fin a la vía gubernativa, pero para el primero con las siguientes diferencias, que no son fruto de la doctrina sino de la ley: a) el sólo transcurso del tiempo origina el silencio sin la necesidad de que nadie intervenga; no es necesaria la petición del súbdito; b) la resolución tácita en lugar de entenderse negativa es favorable, lo que constituye la diferencia sustancial con el negativo porque significa que nada queda por revisar o discutir, que no es presunción de verdad, desvirtuable, sino la 'verdad legal' pura y simple y c) que si el favorecido acude al juez no es en ejercicio de una acción propiamente dicha, encaminada a que el Estado por medio de uno de sus órganos diga el derecho, (porque ya está dicho por ministerio de la ley) sino para que se reconozca la existencia de un hecho generador del derecho que el súbdito aspiraba a que el gobierno le reconociera y que, en su defecto, le roconoce la ley.

"En el silencio negativo el tiempo y la petición del afectado con la demora privan a la administración de la competencia para resolver sobre el derecho y *trasladan tal competencia* al juez. En el positivo el sólo transcurso del plazo priva a la administración de toda competencia sobre ese asunto *y no hay transferencia o traslado o apertura de competencia a otra agencia estatal* para que se decida sobre el derecho. Tal decisión se le ha reservado la ley y su pronunciamiento tácito favorable a las peticiones formuladas ante el gobierno está contenido y limitado por tales peticiones las que, obviamente, deben referirse a la materia *'protegida'* por el silencio o sea aquella cuya resolución esté dentro de las funciones del empleado ante quien se presentó y cumpla con las formalidades exigidas por la ley para hacerla admisible y tramitable por la oficina de ese empleado. Como los recursos tienen o deben referirse a asuntos propios de facultades regladas, si en la solicitud primera se incluyen peticiones ajenas a tal competencia o pretensiones contrarias al orden público, es claro que la resolución tácita no puede extenderse a tales excesos.

"Lo anterior explica por qué la petición que se hace ante la administración o ante el juez para que *verifique y reconozca* el hecho de que el término para ejercer la competencia venció, que la resolución favorable *quedó pronunciada* (nadie tiene competencia para revisarla y es irrevocable) y para que se tomen las providencias indispensables para que se cumpla ese acto administrativo tácito y legal, no es una acción de aquéllas que examinan los doctrinantes del derecho procesal. Es un mero trámite de verificación que la ley podría confiar al Notario en lugar del juez. Por eso no hay término de caducidad para pedir dicha verificación, porque la caducidad que es prescripción de un derecho, el de acción, no puede aplicarse sino cuando se trata de ejercer el derecho de pedir al Estado que diga con autoridad legal si un súbdito es o no es titular de un derecho sustancial y en qué grado. *En el silencio positivo esa declaración ya está hecha,* sólo resta describirla y aplicar sus consecuencias.

"Porque no es acción de plena jurisdicción o de nulidad con restablecimiento del derecho individual vulnerado como a otros nos place llamarla, no debe esperarse que cuando se pida al juez (Tribunal o Consejo) el reconocimiento de que la administración no se ha pronunciado dentro del término que la ley fijó para que ejerciera su competencia y que por tanto ha nacido a la vida jurídica una resolución

tácita favorable, en el documento petitorio se señale la norma de derecho vulnerado por el acto ni los motivos de la violación, como debe hacerse en la demanda ordinaria, porque no hay acto para anular ni, por tanto, motivos de anulación. Ni siquiera cuando la administración se pronunció extemporáneamente hay acto para anular, porque el que se haya escrito sin competencia es como si no existiera y porque si se 'pronunció' después de vencido el plazo para el silencio no sólo se carecería de competencia *sino que ya había un acto anterior, irrevocable, indiscutible: el tácito favorable sobre el que ninguna autoridad puede prevalecer.*

"En el trámite de estas peticiones no hay proceso en el sentido estricto de esta expresión; tan sólo un *'diligenciamiento'* encaminado a darle *forma* a la resolución tácita y *deducirle concretamente* sus consecuencias".

Esta interpretación, con la cual discrepo, introduce en nuestro derecho administrativo instituciones jurídicas que tienen cabida en el Derecho Privado pero no en el Derecho Público. En derecho civil se distingue entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa de un acto jurídico. Así según el artículo 1741 del Código Civil la nulidad absoluta tiene lugar en presencia de objeto o causa ilícita, cuando se omite algún requisito o formalidad de los que la ley prescribe para el valor mismo del acto en razón de su naturaleza y no a la calidad o estado de quienes lo ejecutan y cuando intervienen personas absolutamente incapaces. En los demás casos de nulidad opera la nulidad relativa. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, el juez puede declarar oficiosamente la nulidad absoluta.

La teoría del fallo ficto anotada traslada al derecho administrativo la figura de la nulidad absoluta del Derecho Civil. Supone que "el Tribunal puede oficiosamente hacer la declaración de estar resuelto el recurso en favor del contribuyente, si se tiene en cuenta que el acto de la Dirección de Impuestos que lo decidió tardíamente es absolutamente inválido por falta de competencia". Sin decirlo está asimilando la falta de competencia de un funcionario administrativo con la condición del absolutamente incapaz del derecho civil, lo que a mi juicio es inapropiado por cuanto la nulidad absoluta del derecho civil se ha constituido en defensa del mismo incapaz, y el silencio administrativo positivo protege al contribuyente.

En Derecho Administrativo no cabe la distinción entre nulidades absolutas y nulidades relativas por cuanto siempre que hay nulidad hay violación del principio de la legalidad, esto es, lo que Vedel denomina la "conformidad indispensable de acto administrativo con el derecho". Una resolución de la administración extemporánea a la luz de la Ley 8ª de 1970 es una resolución nula por falta de competencia pero esta nulidad no define en nada de una nulidad basada en vicios de forma, desviación de poder, violación directa o falta de competencia por razón de la materia o por razón del territorio. Todas ellas requieren petición de parte por cuanto todo acto administrativo está amparado por la presunción de legalidad la cual sólo es susceptible de ser desvirtuada por virtud de una competencia rogada.

Esta interpretación desconoce la naturaleza del juicio de revisión de impuestos y le da a la Ley 8ª de 1970 un alcance que nunca se

pretendió al dictarse este estatuto legal. La jurisdicción contenciosa se ha creado para garantía del orden legal y para protección del ciudadano. Entendido que un pronunciamiento de la administración extemporáneo es nulo y no inexistente, tal nulidad debe declararla el juez y no el "notario" como dice la sentencia citada. El derecho administrativo se ha creado para ordenar la administración, y para lograrlo ha establecido sus reglas propias que le han dado a la jurisdicción contencioso administrativa la capacidad de revisar la liquidación de los tributos, dentro de un ordenamiento estricto que regula el juicio de revisión. No puede decirse que si la liquidación es nula por una causal se proceda por un trámite y si es nula por otra causal se apliquen otras reglas. Donde la ley no distingue no puede el intérprete hacerlo, más en materia tan delicada como el derecho procesal.

Aún más, el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha sostenido que cuando un contribuyente limita su demanda contenciosa a solicitar aplicación del silencio administrativo positivo sin impetrar las causales previas de inconformidad en el fondo, no puede el funcionario jurisdiccional, al negar el silencio administrativo positivo, entrar a fallar sobre el fondo de la pretensión. Repetidamente la Sala con salvamento de voto del doctor Miguel Lleras Pizarro, se negó a examinar el fondo de la inconformidad del contribuyente, porque en su demanda ante el Tribunal sólo propuso el tema del silencio y "el Consejo no puede fallar más allá de lo pedido".

Al respecto sostuvo el Consejo:

"Independientemente del reconocimiento de errores o nulidades procesales de la etapa gubernativa, por razones de economía procesal, según lo resolvió la Sala de decisión de esta sección cuarta, lo procedente es examinar las discrepancias de hecho o de derecho que existan entre el contribuyente y las oficinas de impuestos. Cabría hacerlo así para dilucidar el fondo de los temas presentados ante la administración pero como en la demanda las aspiraciones se limitaron a la declaración de nulidad del trámite gubernativo y al reconocimiento del silencio, la mayoría de esta sección cuarta tiene decidido que si en la demanda no se repiten las aspiraciones presentadas ante el gobierno, los jueces administrativos no son competentes para conocer y para resolver más allá de lo pedido".

No hay consistencia alguna entre esta jurisprudencia que, para evitar un pronunciamiento *extra petita* niega las pretensiones del actor en el fondo cuando se niega el silencio administrativo, y aquella otra que sostiene que puede haber pronunciamiento oficioso del silencio, sin que para ello importe un pronunciamiento *extra* o *ultra petita*.

Es pues pertinente revisar el sentido de estas doctrinas buscando una línea prístina de consistencia entre unas y otras. O bien se rompe la regla de que el juicio de impuestos pertenece a aquellos donde se aplica a cabalidad la teoría de la competencia rogada abriendo así el camino a una filosofía del derecho público acorde con el viejo aforismo romano "Dadme los hechos y yo os daré el Derecho". O bien se mantiene el rigor procesalista y se niega una sentencia *extra petita*, precluyendo también la opción de un pronunciamiento oficioso sobre el silencio administrativo positivo.

Por lo tanto, si la tasación del impuesto que se fija lo ha hecho la administración contrariando lo anotado en el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, debe declararse la nulidad de lo actuado con base en petición expresa y clara del actor. No puede el Tribunal oficiosamente invocar una norma no citada por el demandante en su libelo, y darle a la demanda un alcance que ésta no tiene.

Por las razones anotadas me aparto de la sentencia suscrita, respetando desde luego los razonamientos en ella contenidos.

Atentamente,

Enrique Low Murtra.

IMPUESTOS. RECURSO DE REPOSICION CONTRA LA LIQUIDACION DE REVISION DEL AUTO QUE NIEGA PRONUNCIAMIENTO DE FONDO POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES. FINALIDAD. Si se ha creado la reposición contra el auto que niega pronunciamiento de fondo por falta de cumplimiento de los presupuestos procesales, esta reposición no debe interpretarse en el sentido restringido de ser tan sólo una oportunidad para que la administración revise su propia actuación. Ella se ha creado también para que el contribuyente mejore la forma de su recurso y corrija fallos que tuvo en su presentación.

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6483. Consulta de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuestos de renta por el año de 1972. Demandante: Roberto Moreno Vargas.

Se procede a decidir la consulta sobre la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el juicio iniciado por el contribuyente Roberto Moreno Vargas en relación con su impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1972.

Antecedentes Administrativos

El 16 de abril de 1973 el contribuyente Roberto Moreno Vargas presentó su declaración de renta y patrimonio por el año fiscal de 1972. La administración practicó el 23 de diciembre de 1974 la liquidación oficial número 145421-B que le determinó el impuesto en un valor de $ 2.640.00 posteriormente, con fecha 16 de abril de 1975 la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga le practicó la liquidación de revisión número 0571, por la cual se le adicionó el patrimonio bruto, se le aplicó el sistema de comparación patrimonial y se le impuso una sanción por inexactitud. Todo el motivo de discrepancia obedece a que la oficina liquidadora le sumó al patrimonio el valor de una casa comprada pero omitió el crédito a favor del señor José Antonio Linares Rivera por $ 170.000.00, según Escritura 3051 del 27 de septiembre de 1972. La sección de auditoría procedió de esta manera por cuanto el contribuyente no dio respuesta a un requerimiento que le hizo la Administración con fecha 12 de septiembre de 1974, oficio que no recibió el contribuyente por enviarse a dirección equivocada.

El contribuyente interpuso el 4 de junio de 1975 recurso de reposición contra la liquidación de revisión, pero la Administración se abstuvo de considerar el estudio de fondo y dictó los autos 0026 de 25 de enero de 1977 y 0235 de 14 de abril de 1977 según las cuales el contribuyente no acreditó oportunamente el pago de los impuestos determinados en su liquidación privada.

Es claro que en el cuaderno de antecedentes administrativos aparecen los recibos BK-957799, BL-787468 y BM-268283 con los cuales se comprueba que el contribuyente canceló oportunamente el impuesto determinado en su liquidación privada por el año gravable de 1972 y que la administración conoció estos recibos antes de decidir definitivamente el recurso interpuesto por el contribuyente por la vía gubernativa.

El fallo del Tribunal

En la sentencia consultada el Tribunal hizo las siguientes consideraciones: a) en relación con el incumplimiento del presupuesto procesal de pago previo dijo:

"Como el contribuyente no interpuso recurso alguno contra la liquidación oficial, de diciembre 23 de 1974, ella quedó en firme. de modo que constituía la base para efectuar la liquidación para reclamar, y el valor de los impuestos no discutidos era precisamente el determinado en esa liquidación, habida cuenta de la impugnación de todos los factores de la liquidación de revisión. En tales circunstancias, el contribuyente habría tenido que acreditar, como presupuesto procesal del recurso, el pago oportuno de la suma de $ 2.640.00, como tributo no discutido.

"No obstante, cuando los funcionarios de impuestos estudiaron su recurso de reposición contra la liquidación de revisión, solamente hicieron mención al acreditamiento del pago oportuno de los impuestos determinados en la liquidación privada, pasando por alto la exigencia del Decreto 2821 de 1974, artículo 24, en cuanto a la liquidación para reclamar, y con ello indujeron al contribuyente a error, en cuanto al factor constitutivo del presupuesto procesal de pago previo del impuesto. Así, pues, la Sección de Análisis y Crítica dejó planteados los límites del debate, respecto del pago previo, alrededor del valor de la liquidación privada, por $ 1.529.00.

"El contribuyente acreditó con ocasión de los recursos gubernativos, que había pagado oportunamente el valor de los impuestos determinados en la liquidación privada. Con este fundamento, acogiendo la doctrina del Consejo de Estado, con un criterio amplio para el examen de los presupuestos procesales de los recursos gubernativos, para los efectos de la *revisión* jurisdiccional, entenderá el Tribunal que la vía gubernativa se agotó en debida forma, y que la demanda debe evaluarse de fondo".

b) En relación con el aspecto de fondo el Tribunal anotó lo siguiente:

"Considera el Tribunal que si el contribuyente no respondió al requerimiento librado por la Sección de Auditoría no fue por negligencia suya sino porque le fue enviado a una dirección que no era la

suya en esos momentos y tampoco la registrada en su última declaración de renta y patrimonio, en el año de 1973. Es; verdad que don Roberto Moreno Vargas compró y estuvo habitando la casa de la calle 17 Nº 32-32, a donde le fue remitido el oficio en septiembre de 1974, pero no es menos verídico que al vender ese inmueble se trasladó a la carrera 20 Nº 65-27 y esta nueva dirección la sabía la Administración de Impuestos Nacionales pues la registró al declarar renta por el año de 1973.

"En este caso el error de los funcionarios de la Administración de Impuestos de esta ciudad no puede recaer en el contribuyente, como para que se le vaya a centruplicar el impuesto, cuando de haber procedido bien las autoridades administrativas, consultando la nueva dirección, hubieran obtenido una explicación aceptable por lo verídica de lo acontencido, porque es verdad que Moreno Vargas compró la casa de la calle 17 Nº 32-32 en la suma de $ 250.000.00 y tan sólo declaró la cuota que pagó como arras del negocio, habiendo recibido ya la escritura; pero si hubiera declarado aquél valor total también habría tenido que denunciar la deuda por $ 170.000.00, por la que otorgó hipoteca de primer grado primero al vendedor y luego al Banco Central Hipotecario cuando le hizo el préstamo para pagarla a aquél.

"La citación hecha en el periódico no reune los requisitos de ley para tenerela como notificación, pues este medio de comunicación se utiliza, es bien entendido, para citar a los contribuyentes renuentes, cuando ya fueron oficiados a sus respectivas casas de habitación y no se hacen presentes, pero no para que supla o subsane errores de los funcionarios de impuestos, errores que, como en el presente caso, son imputables a desidia del empleado para constatar si existía o no registrada nueva dirección".

Consideraciones de la Sala

Coincide la Sala con las apreciaciones del *a quo*. El contribuyente interpuso el recurso de reposición sin acompañar los recibos de pago de la liquidación privada, lo cual implica sin duda equivocación de su parte. En tal oportunidad, la administración al negar estudio de fondo anotó: "del estudio del expediente se concluye que el contribuyente de autos no cumplió el requisito previsto en el numeral 2º de la norma comentada (artículo 24 del Decreto 2821 de 1974), toda vez que al memorial de reposición no acompañaba los recibos con los cuales demuestra la cancelación de los impuestos determinados en su liquidación privada en la suma de $ 1.529.00. El contribuyente anexó los recibos atrás mencionados en su memorial de apelación a este auto y la administración se lo desechó sobre el argumento de que el recurso se ha instituido para que el funcionario que dictó la providencia corrija o rectifique los errores que haya cometido en ella y no como una nueva oportunidad para que el actor pueda traer y hacer valer pruebas que debieron aportarse con el escrito de reposición inicial".

La Sala discrepa de esta interpretación que limita la aplicación de un recurso gubernativo a una formalidad inoperante. Entiende por el contrario la Sala que si se ha creado la reposición contra el auto que niega pronunciamiento de fondo por falta de cumplimiento de los presupuestos procesales, esta reposición no debe interpretarse en el sen-

tido restringido de ser tan sólo una oportunidad para que la administración revise su propia actuación. Ella se ha creado también para que el contribuyente mejore las formas de su recurso y corrija fallas que tuvo en su presentación. Esta interpretación se ratifica con tres argumentos: a) los recursos por la vía gubernativa pueden ejercerse por el mismo contribuyente sin necesidad de apoderado. Por tanto, no están sujetos a formalismos excesivos sino a un espíritu de equidad tributaria y simplicidad administrativa; b) existe la norma de la Ley 52 de 1977 que dice:

"Artículo 31. Los funcionarios públicos, con atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos, que la aplicación recta de las leyes deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que el Estado no aspira a que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a los cargos públicos de la Nación".

Por tanto, frente a dos interpretaciones alternativas de igual valor a la luz de la hermenéutica jurídica debe preferirse aquélla que favorece al contribuyente y c) Finalmente, los romanos tenían el viejo lema: *Summun ius summa* injuria refiriéndose a situaciones de excesivo rigorismo en las formas no pretorianas de aplicación del derecho. Analogía similar ocurriría en el caso *sub judice* si a un contribuyente, claramente sobragravado por una equivocación de la administración se le negara su derecho de defensa cuando es claro que canceló oportunamente los impuestos de su liquidación privada.

Desde el punto de vista del fondo del negocio es claro que la administración desconoció el crédito a favor del señor Linares Rivera el cual aparece probado con la copia autenticada de la Escritura número 3051 de 27 de septiembre de 1972 de la Notaría Tercera del Círculo de Bucaramanga en la cual consta el crédito con garantía hipotecaria. Es pues claro que el contribuyente ni ocultó activos, ni es sujeto al sistema especial de comparación patrimonial. Por tanto, el impuesto fijado en la sentencia consultada es correcto.

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

Falla:

Confírmase la sentencia consultada.

Revalídese el papel común.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, (ausente), *Enrique Low Murtra.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTOS. RECURSO DE RECONSIDERACION PARA ANTE LAS LIQUIDACIONES QUE FIJAN EL IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS. — (*Ley* 52 *de* 1977). *Requisitos para interponerlo. Como se subsanan las omisiones. Notificación. Cambio de legislación.*

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

(Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra*)

Referencia: Radicación 6510. Consulta de la sentencia del Tribunal de Risaralda sobre impuestos de renta por el año de 1975. Demandante: Línea Pereiranas S. A.

La sociedad "Líneas Pereiranas S. A." acudió ante el Tribunal Administrativo de Risaralda en juicio de revisión contra la operación administrativa que le fijó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1975. Esta operación se compone de los siguientes actos administrativos: liquidación de revisión 000154 de 2 de marzo de 1978 y Resoluciones números 005 de 28 de julio de 1978 y 00032 de diciembre 15 del mismo año. La referencia a las fechas de los actos administrativos impugnados tiene especial importancia por cuanto ellos se produjeron todos en vigencia de la Ley 52 de 1977 y le dan oportunidad a la justicia contencioso administrativa de observar algunas modificaciones de importancia que esta norma introdujo al procedimiento gubernativo en materia de impuestos.

En efecto, los autos 005 de 28 de julio de 1978 y 00032 de diciembre 15 del mismo año citan el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 y niegan entrar a estudiar el fondo del negocio por cuanto: "del estudio del expediente se concluye que el contribuyente de autos no cumplió con el requisito previsto en el numeral segundo (del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974) puesto que en realidad no reclama contra todos los factores contenidos en la revisión, ya que no menciona nada respecto de lo rechazado por impuesto de renta del año gravable de 1974, pagado en 1975 y solicitado como deducción".

Es de anotar que la Ley 52 de 1977 modificó sustancialmente el procedimiento gubernativo en esta materia. Puede decirse incluso que derogó el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, eliminando la llamada liquidación para reclamar. El Decreto 2821 de 1974 exigía como presupuesto procesal:

"Artículo 24. El recurso deberá cumplir las siguientes condiciones:....

"2. Que se presente una liquidación privada en la cual se incluyan los factores no discutidos de la oficial, junto con la prueba del pago correspondiente. Esta nueva liquidación en ningún caso podrá ser inferior a la presentada con la declaración, teniendo en cuenta sus adiciones y correcciones. Si todos los factores estuvieren impugnados, bastará en este caso acreditar el pago de la liquidación privada anexa a la declaración".

Mientras que la Ley 52 de 1977 se limita a decir:

"Artículo 54. El recurso de reconsideración deberá cumplir los siguientes requisitos.

"a. Que se formule por escrito con expresión concreta de los motivos de inconformidad;

"b. Que se acredite el pago de la liquidación privada;

"c. Que se interponga dentro de la oportunidad legal;

"d. Que se interponga directamente por el contribuyente o se acredite la personería si quien lo interpone actúa como apoderado o representante, si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar su condición de abogado, economista o contador público y ofrecer prestar caución para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación, dentro del término de tres (3) meses".

De otro lado la Ley 52 modificó el sistema de trámite de recursos interpuestos con omisión de los requisitos anotados cuando dijo lo siguiente:

"Artículo 55. Si el contribuyente presenta todos los documentos que permitan establecer el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo anterior, el funcionario de la Oficina de Recursos que reciba el memorial, le expedirá constancia que así lo declare.

"En caso contrario, le señalará un plazo no menor de 10, ni mayor de 60 días, para que cumpla los requisitos omitidos. Vencido éste sin que se hayan subsanado las omisiones, se dictará auto de inadmisión del recurso contra el cual procede reposición que deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación y se resolverá por un funcionario distinto. Mediante este recurso no podrán cumplirse los requisitos omitidos y el auto que confirme el anterior, agota la vía gubernativa.

"Si no se dictare auto que confirme la inadmisibilidad del recurso, dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del plazo para subsanar las omisiones, se entenderá que éste ha sido legalmente interpuesto.

"El término para fallar el recurso se contará a partir de la fecha en que se reunan las condiciones para considerarlo legalmente interpuesto".

Estos términos no se cumplieron pues la administración aplicó totalmente el procedimiento establecido en el Decreto 2821 de 1974 que había sido subrogado en su integridad. Como el recurso mal denominado por el contribuyente como recurso de reposición, se inter-

iando ya estaba en vigencia la Ley 52 de 1977 (pues fue presentado ante la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira el 16 de junio de 1978) debió aplicarse para su trámite el artículo 55 de la Ley 52 de 1977 y no el sistema del Decreto 2821 de 1974 que como es claro quedó subrogado en lo pertinente. Pero más aún, si el recurso se rechazó por auto lo hizo indebidamente por cuanto su motivación contraría el texto transcrito del numeral 2º del artículo 54 de la Ley 52 de 1977. Puede por tanto decirse que los autos en mención son contrarios a la ley referida y deben anularse.

De otro lado el actor alega que la liquidación de revisión número 000154 es nula por cuanto no se surtió con ella la notificación debida, ya que no se hizo la publicación requerida por la Ley 52 de 1977, la cual expresa en su artículo 66 que la notificación se hace en estos casos de dos maneras: personalmente o por correo y agrega que cuando la notificación es por correo, "debe la Administración de Impuestos incluir en un periódico de circulación nacional, la lista de las personas a las cuales se ha enviado la notificación".

La notificación de la liquidación de revisión se hizo por correo como se desprende del sello que tiene la copia de esta liquidación, tal como se observa en el cuaderno principal. No obstante, el Tribunal consideró que como no aparecen los ejemplares de los periódicos en la administración es de presumirse que la notificación no se hizo en debida forma, y aplicando el artículo 57 de la misma Ley 52 de 1977 (ordinal 3º) declaró la nulidad de la liquidación.

No puede negarse que el Tribunal de Risaralda actuó cuidadosamente y trató de acertar en su interpretación de la Ley 52 de 1977 pues siendo un caso novedoso debía actuar sin base jurisprudencial. No obstante, la Sala discrepa del *a quo* con base en los siguientes argumentos:

1) Cuál es el alcance de la publicación establecida por el artículo 66 de la Ley 52 de 1977? Puede decirse que es parte integrante de la notificación? o es tan sólo una formalidad que debe cumplir la administración para hacer pública la notificación hecha al contribuyente?.

Es claro que esta última interpretación es más correcta. El texto de la norma así lo da a a entender: se habla que la notificación es personalmente o por correo y cuando es por correo la administración *debe* publicar las listas, más si por omisión olvida incluir un nombre no quiere esto decir que la notificación no se produzca pues ésta es *por correo* y su publicación es una garantía al ciudadano más no una condición intrínseca del acto de notificación. La falta de la administración sería motivo de sanción por el incumplimiento de sus obligaciones o puede aún ser causa de indemnización por perjuicios, más no genera nulidad del acto de liquidación. El tenor literal del artículo 68 de la Ley 52 de 1977 confirma esta interpretación cuando dice: "La notificación por correo se practica mediante envío de una copia del acto a la dirección informada por el contribuyente, considerándose por fecha de la notificación, la de introducción del oficio respectivo al correo".

De modo que: la notificación se practica por introducción del oficio al correo, y la fecha es la de introducción al correo del oficio

respectivo. Ciertamente, la ley exige que la administración incluya en un periódico de circulación nacional las listas de las personas a las cuales se ha enviado notificación, pero este requisito de *publicación* ni es parte de la notificación ni es esencial para la validez del acto de notificación.

2) Aún extremando el rigor formal de la ley debe decirse que la prueba de la omisión de la publicación anotada corresponde al contribuyente y no basta que no exista copia de —ella en los antecedentes administrativos para suponer su inexistencia sino que es menester dejar la carga de la prueba al interesado. No es un hecho negativo indefinido por cuanto es de presumir que tiene lugar un Lunes posterior a la introducción al correo del acto de notificación y que debe tener lugar antes de los dos meses que da la ley al contribuyente para recurrir. Paradójicamente es más fácil para un contribuyente comprobar que no fue incluido en las listas sucesivas de ocho semanas, que para la administración incorporar en los antecedentes administrativos de todos los; contribuyentes copia de los periódicos donde se han publicado las listas a que se refiere la Ley 52 de 1977. Aceptar lo contrario, como hizo el Tribunal de Risaralda, equivaldría a exigirle una carga administrativa excesiva a las oficinas de impuestos.

De otro lado, en el caso *sub lite* se observa que el contribuyente interpuso recurso de reposición dentro de los cuatro meses siguientes al acto de liquidación. No obstante, la Ley 52 de 1977 ha cambiado el trámite gubernativo no sólo eliminando el recurso de reposición que tenía el Decreto 2821 de 1974 sino también en cuanto al período que tiene el contribuyente para interponer su petición. En efecto dice la ley lo siguiente:

"Artículo 53. Contra las liquidaciones de revisión o de aforo de tributos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, procede el recurso de reconsideración, el cual deberá interponerse ante la Oficina de Recurso Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales que los hubiere practicado, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de las mismas".

El contribuyente, en este caso, interpuso recurso cuando ya habían vencido los dos meses que le da la ley para recurrir. Además ya estaba en vigencia la nueva ley, y por tanto puede decirse que no agotó debidamente la vía gubernativa. En efecto, al folio 7 del cuaderno principal aparece que la notificación de la liquidación de revisión se produjo con fecha 2 de marzo de 1978 y al folio 17 vuelto del cuaderno administrativo aparece que el recurso se interpuso con fecha 28 de junio de 1978.

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

Falla:

1º Revócase la sentencia consultada y en su lugar declárase inhibido para pronunciamiento de fondo por cuanto no se agotó debidamente la vía gubernativa;

2º Revalídese el papel común a que haya lugar.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

Bernardo Ortiz Amaya, Alfonso Angel de la Torre, Jorge Dávila Hernández, Enrique Low Murtra.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.



TITULO VII

CUESTIONES PROCESALES

EFECTOS DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO. — Jurisprudencia de la Corporación en el sentido de darle efectos generales inmediatos a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, comprendiendo dentro de ella las que fijan la competencia no sólo en el factor de cuantía sino las demás.

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

(Consejero ponente: *Doctor Samuel Buitrago Hurtado*)

Referencia: Expediente Nº 3366. Recurso de Queja. Actor: Leonardo Uribe Correa.

El señor apoderado del demandante en este juicio, mediante memorial presentado el 29 de mayo último, solicita reposición del auto de 22 de los mismos mes y año proferido por esta Sala, en virtud del cual se declara que procede el Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en este proceso, el veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, y que como consecuencia de la reposición se diga que el recurso de apelación interpuesto contra la misma por la parte demandada, fue bien denegada por el Tribunal del conocimiento.

Argumenta el memorialista que la Sala, sobre la base cierta de que la cuantía de la acción era superior a cincuenta mil pesos sin señalar el tope máximo, saca una conclusión que considera errada por cuanto que al estimar la cuantía el demandante era su intención la de que el juicio tuviera dos instancias, apreciación que a su juicio es equivocada, ya que los particulares no pueden caprichosamente señalar la competencia más conveniente a sus intereses.

La Sala en la providencia recurrida se fundamentó primordialmente en la norma contenida en el artículo 20 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que la cuantía de la acción se determina por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda y además en el principio contenido en el artículo 21 *ibídem,* sobre inalterabilidad de la competencia en razón de la cuantía, salvo los casos enumerados en la misma disposición. Se acogió la tesis que sobre el particular fue expuesto en prividencia de 11 de julio de 1977 de la Sección Tercera de la Corporación (Expediente Nº 2164, Actor: "Compañía de Seguros Patria S. A."). No obstante, teniendo en cuenta lo resuelto por la Sección Primera del Consejo en providencia de 26 de marzo de 1979 (Expediente Nº 2887, Actor: "Cafam") y que recoge el criterio doctrinal sobre la materia expuesto en sentencia de 15 de sep-

tiembre de 1973, lo dicho en sentencia de la Sección Cuarta de 15 de mayo de 1968 (Expediente Nº 887, Actor: "Tesorería Municipal de Bucaramanga), en razón de los aumentos de cuantía ordenados por la Ley 16 del mismo año y el concepto de la Academia Colombiana de Jurisprudencia de 19 de mayo de 1977, exigen un nuevo replanteamiento del asunto por parte de la Sala.

La Sección Primera aceptando el parecer de su colaborador Fiscal dijo:

"El 22 de marzo de 1976, fecha en al cual fue admitida la demanda con la cual se inició esta acción (folio 35) no regía la ley 22 de 1977, que por su artículo 12 triplicó el monto de las cuantías para fijar por este factor la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos en los asuntos de su conocimiento ahora bien, por el carácter de orden público de que están investidas las disposiciones sobre procedimiento, en general, y las que versan sobre competencia, en especial, y según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, al entrar en vigencia la Ley 22 de 1977 se operó un cambio de competencia por razón de la cuantía, consistente en que los procesos contenciosos Administrativos de que conocían los Tribunales en primera instancia, conforme al numeral 2º literal f) del artículo 32 del Decreto 528 de 1964 (de cuantía de treinta mil pesos o superior a esta suma), que tenía recurso de apelación ante el superior, se transformaron en de única instancia cuando triplicada la cuantía esta resulta inferior a noventa mil pesos. Esto significa que después de la vigencia de la Ley 22 de 1977 (31 de mayo), es improcedente la apelación que se interponga en los juicios a que se refieren el numeral 2º letra f) del artículo 32 del Decreto 528, cuya cuantía sea inferior a noventa mil pesos. Este es el caso de autos, en el que ella está determinada en $ 50.000.00 o sea, en el valor de la multa".

Por su parte el Consejo de Estado Sección Cuarta, en sentencia de 15 de mayo de 1968 se refirió igualmente a los efectos de la ley procesal en el tiempo, en razón de lo dispuesto por la Ley 16 de 1968, que varió la competencia en razón de la cuantía. Al comentar el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 expuso en esa oportunidad la Corporación lo siguiente:

"Para deducir el alcance de esta disposición —artículo 40 citado— hay que establecer la diferencia entre las normas sobre organización judicial, preceptos procedimentales o de ritualidad de los juicios y normas sobre derecho probatorio. La doctrina ha aceptado que las normas sobre organización judicial tengan aplicación inmediata y por ello, precisamente, la *competencia* se rige por el nuevo estatuto, porque no puede alegarse respecto a ella derechos adquiridos. Por ello, si la nueva ley modifica la competencia por razón de la cuantía, naturaleza del asunto o calidad de las partes, el proceso debe pasar al funcionario que señale la ley nueva.

"En cuanto a preceptos procedimentales, se aplica desde luego los de la ley nueva, con la salvedad de que los términos que hayan empezado a correr, las actuaciones ya surgidas y los recursos interpuestos, se rigen por la ley anterior. Con relación a las pruebas, no tiene aplicación el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, porque ellas se aprecian conforme a la ley vigente en el momento en que fueron crea-

das, aunque su aporte al juicio quede sometido a las nuevas disposiciones procedimentales.

"Refiriéndose a este problema dice el doctor Hernando Morales en su obra 'Curso de Derecho Procesal Civil' página 117: 'La ley procesal que debe aplicarse es la vigente en el momento en el que el respectivo derecho se ejercita. Si una ley procesal suprime algunos modos de actuación de la ley y algunos medios de actuarla, se extingue al mismo tiempo el derecho de pedir su aplicación, y por lo tanto, bajo el imperio de la nueva ley no se puede pedir su actuación como aquellos medios y en aquella forma, y esto prescindiendo absolutamente del tiempo en que naciera el derecho de pedirla. Viceversa, cuando la ley admite nuevos modos de actuación de la ley o aumenta su número o introduce nuevos medios de ejecución, dicha ley es eficaz aún con respecto a los derechos nacidos anteriormente, y válidamente pueden invocarla los titulares de aquellos. *Es eficaz la ley nueva en la relación a competencia,* capacidad de las partes, *excepciones procesales,* derechos y deberes de las partes, a la forma y a los efectos de los actos procesales" (Se subraya)".

"El doctor Hernando Devis Echandía en su 'Tratado de Derecho Procesal Civil', Tomo I, glosando algunos conceptos de Carnelutti y de Chiovenda, se expresa en los siguientes términos, a las páginas 94 y 95.

"Todos los efectos que la norma jurídica atribuye a un hecho efectuado bajo su dominio, y únicamente ellos, subsisten, pese al cambio de la ley. Y tras dos ejemplos: Si una ley posterior priva al ciudadano del derecho a presentar demanda judicial para la solución de una determinada categoría de litigios, subsiste, no obstante, el deber del juez de pronunciarse acerca de un litigio de esta clase si la demanda fue interpuesta durante la vigencia de la ley anterior, porque la presentación de la demanda en su debida forma, es el hecho necesario y suficiente para producir el efecto jurídico consistente en atribuir al juez aquella obligación; y, por otra parte, *si una ley posterior modifica la competencia para juzgar de determinada clase de litigios, el juez que conocía de uno de ellos y que conforme a la nueva ley no puede conocer, pierde su competencia para juzgar, porque de la presentación de la demanda nace el deber, mas no el poder del juez de juzgar,* y no existe un hecho efectuado durante la vigencia de la ley anterior que le atribuye al juez el efecto de la competencia. Igualmente la ley posterior que modifica las normas del juicio, rige también los procesos iniciados en virtud de una demanda debidamente propuesta durante la vigencia de la ley anterior, porque no ha nacido el efecto de imponerle al juez el deber de juzgar conforme a la ley anterior' (Se subraya).

"Y más adelante, a la página 96 dice: 'La Corte ha dicho que las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio; que son leyes de orden público y de aplicación aún respecto a los asuntos pedientes, a no ser que en la misma ley se disponga otra cosa; que en materia procesal no se ve cual puede ser el derecho adquirido que se arrebate cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta; que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, como también el artículo 1228 del Código Judicial, se refie-

ren al tránsito de la legislación, 'en lo concerniente a la sustanciación y ritualidad de los juicios' y no en cuanto a la jurisdicción y competencia, que es materia distinta, y que las leyes que regulan estas últimas materias no pueden confundirse con las de procedimiento dicho' (G. J. XLVIII, pág. 543. G. J., LIX, Pág. 1045; LXXXII, Pág. 513)".

Como bien puede apreciarse ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de darle efectos generales inmediatos a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, comprendiendo dentro de ellas las que fijan la competencia no sólo en el factor de cuantía sino en lo demás. Acorde con esta corriente jurisprudencial la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el responder una consulta formulada por el Ministerio de Justicia sobre la aplicación del artículo 12 de la Ley 22 de 1977, le dio el mismo alcance al artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre los efectos generales inmediatos de las normas sobre modificación de cuantía, fundamentándose para ello en el artículo 599 del Código de Procedimiento Civil sobre vigencia de este estatuto, que también modificó las cuantías. Son aportes pertinentes al caso controvertido los siguientes:

"La mencionada Ley —22 de 1977— elevó la mínima cuantía en asuntos civiles a cinco mil pesos y la menor a cien mil, ambas en todo el territorio nacional. La cuantía del interés para recurrir en casación se elevó a trescientos mil pesos.

"La vigencia de la ley se producirá con su promulgación, que aún esta pendiente.

"1. *Aplicación de las nuevas normas que alteran la competencia de los jueces municipales y del circuito*

"Como regla general y como observa el Ministerio en su aludida comunicación, las nuevas normas procesales, por ser de orden público, tienen aplicación inmediata, no sólo a los procesos que se inicien luego de su vigencia, sino a los que antes se hayan iniciado, salvo las excepciones que en las mismas leyes se consagren.

"Significa lo anterior, que como la Ley 22 de 1977 no consagró norma alguna sobre los efectos de su vigencia respecto a los procesos en curso al momento de entrar en vigor, a todos les es aplicable y, por consiguiente, los jueces civiles del circuito han quedado sin competencia para seguir conociendo de los de cuantía no superior a cien mil pesos, los cuales deberán ser remitidos por dichos jueces a los municipales, para que éstos continúen su trámite, si en ellos no se ha pronunciado la respectiva sentencia y se trata de procesos de conocimiento, y a pesar de cualquier sentencia si de procesos de ejecución, o de otros en los cuales aquélla no ponga fin a la instancia.

"Tal fue la solución adoptada en el artículo 699 del actual Código de Procedimiento Civil y el criterio que, como regla general, se consagró en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que dice:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

"c). En los casos en que el demandante haya estimado la cuantía de las pretensiones de la demanda, manifestando únicamente que son de mayor cuantía o de valor superior a veinte mil pesos ($ 20.000.00), como dicha cuantía, para efectos de la competencia, se convierte en 'indeterminada' al entrar en vigencia la Ley 22 del año en curso, es indispensable proceder a determinarla".

Aplicando los anteriores criterios el caso *sub lite* se tiene que la demanda fue presentada antes de la vigencia de la Ley 22 de 1977 y que como su cuantía era determinable, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2061 de 1966, su monto excedía de $ 50.000.00 lo que fijaba la competencia del Tribunal en primera instancia. Pero al ser triplicadas las cuantías por el artículo 12 de la ley comentada, el juicio se convirtió en de única instancia, ya que los sueldos, primas, prestaciones y demás eventualidades, dejados de devengar por el Doctor LEONARDO URIBE CORREA desde el momento de declaratoria de insubsistencia hasta la fecha de la presentación de la demanda no alcanzaba la suma de ciento cincuenta mil pesos.

En este orden de ideas, la Sala repondrá el auto de 29 de mayo del corriente año y en su lugar considerará como bien denegado el recurso de apelación interpuesto por las Empresas Públicas de Medellín contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 24 de noviembre de 1978.

El señor apoderado de las Empresas Públicas de Medellín, en memorial de 1º de los corrientes mes y año, solicita que la Sala se abstenga de modificar la decisión que tomó en este proceso, apoyándose en los argumentos contenidos en la providencia de 22 de mayo del año en curso, sobre inalterabilidad de la competencia por modificación de la cuantía mediante norma posterior y además, en la intención de las partes que se objetiva con el nacimiento de la llamada relación jurídica procesal, la que se establece con la notificación de la demanda, y que vincula a las partes en el proceso sin que se pueda variar por norma posterior que modifique la cuantía, "porque lo impide el principio de la irretroactividad de la ley en cuanto pretendiera alterar la relación o situación ya configurada entre las partes y el Juez".

Frente a la jurisprudencia reiterada señalada anteriormente y al concepto a que se hizo alusión, tales argumentos no son de recibo y las razones de este aserto surgen de las piezas transcritas con antelación.

Resta decir que, y para dejar en claro el criterio de la Sala en cuanto a la fijación de cuantía por parte del actor, no se quiso afirmar que, como lo entiende el señor apoderado del demandante, la competencia por razón de la cuantía podía ser caprichosamente señalada por las partes. La providencia cuya reposición se solicita se fundamentó primordialmente, se repite, en el principio de "inalterabilidad de la competencia" y sólo para reforzar el parecer de la Sala en esa oportunidad se enfatizó sobre la intención de las partes de que, *ab initio* el juicio fuera de dos instancias.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, REPONE el auto de 29 de mayo del corriente año y en su lugar DECIDE: que estuvo bien denegado el

recurso de apelación interpuesto por las Empresas Públicas de Medellín contra la sentencia de 24 de noviembre de 1978, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia dentro de este proceso, que en acción de plena jurisdicción, promovió el doctor Leonardo Uribe Correa, por intermedio de apoderado.

Cópiese, notifíquese y comuníquese lo resuelto al Tribunal Administrativo de Antioquia.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en reunión celebrada el día 28 de junio de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

APELACION Y SUPLICA. — Procedencia en juicios contenciosos administrativos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., julio veintiséis de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango*)

Referencia: Expediente Nº 2730. Actor: Fernando Cadavid Mazuera.

Se decide el recurso de queja interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el auto de Sala Unitaria, de 26 de Marzo del año en curso, proferido dentro del proceso que adelanta Fernando Cadavid Mazuera contra la Industria Licorera de Caldas y por el cual se denegó la reposición interpuesta contra otro proveido que negó el decreto de una pruebas oportunamente pedidas y denegó la apelación subsidiariamente interpuesta.

I. Antecedentes

1. En la oportunidad procesal pertinente, la parte actora solicitó que se decretara la práctica de una inspección judicial con peritazgo, exhibición de documentos, libros archivos, etc. en las dependencias de la entidad demandada.

2. Por auto, de Sala Unitaria, de 12 de febrero del año en curso, no se accedió a decretar las referidas probanzas, con las siguientes consideraciones:

"En cuanto a la inspección judicial, peritazgo, exhibición de libros y reconocimiento de los documentos relacionados, considera el Tribunal que tales probanzas son innecesarias e impertinentes, en virtud de las pruebas documentales que existen en el presente proceso, las cuales no solamente fueron allegadas y pedidas por la parte actora, sino también las adjuntadas y solicitadas por la entidad demandada. Además se pretende repetir, mediante nuevas copias y con la inspección judicial, documentos que se ordenó tener como pruebas mediante el auto ya citado y que obran a folios 1, 26, 29, 32, 34, 37, 38, 39, 40, 41, y siguientes, a excepción del oficio Nº 600. 'Igualmente y con relación a los documentos de los que se pide su reconocimiento, se negará por cuanto si fueron expedidos por la Industria Licorera, pues ellos obran en copia auténtica, y los demás no están suscritos por el representante legal de la entidad demandada, sino por el demandante, por lo que no se cumple con el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil.

"En relación con la inspección judicial, ordinal c), dichos boletines aparecen en fotocopia debidamente autenticada a folios 135 a 177.

"Respecto de la prueba testimonial también impetrada por la parte actora, se resolverá en oportunidad".

3. Oportunamente la parte interesada interpuso recurso de reposición contra el auto anterior, en memorial que en lo pertinente a este estudio, dice:

"1. Basó su decisión la Sala Unitaria en el hecho de considerar inncesaria e impertinente la prueba de inspección, peritazgo, exhibición y reconocimiento dado que a través (sic) de los medios aludidos el solicitante sólo pretende obtener copia de los documentos ya allegados al proceso como anexos de la demanda o del memorial de petición de pruebas presentado por el actor, o aportados por la entidad demandada en obedicimiento a exhortos previos. Este aspecto de la resolución de la Sala es inobjetable en cuanto elimina el paralelismo con la prueba documental acopiada y por lo tanto ampara suficientemente la negativa de allegar por estos medios al expediente probanzas ya presentes en él, desde luego, en la medida en que lo están efectivamente. Tal es el caso de los documentos a que se alude bajo la letra b. (b. 1; b. 2;) y bajo letra C., ambas del numeral I. 'INSPECCION JUDICIAL Y PERIZTAZGO' ".

"2. No asiste igual fortuna ni puede atribuirsele igual eficacia al mismo razonamiento en relación como otras pruebas negadas implicitamente y sobre las que el auto no contiene referencia directa. Tal es el caso del peritazgo solicitado bajo la letra d. del ordinal "I. INSPECCION JUDICIAL Y PERITAZGO', pues si se analizan la materia y el objeto de esta prueba, descritos bajo las letras d.-1, d.-2 y d.-3, se observa que ellos no coinciden (ni coinciden ni se asemejan) con los de ninguna otra prueba solicitada por la parte actora ni con la materia o contenido de la prueba documental solicitada o aportada, ya que se trata de hechos que por su propia naturaleza sólo pueden ser acreditados mediante el dictamen de expertos. Al negar esta prueba, como parece desprenderse de la parte resolutiva de la providencia que no aludió a esta solicitud específica pero que tampoco hizo reserva de decidir sobre ella en oportunidad posterior, el Honorable Tribunal se priva a sí propio y priva a la parte afectada de la única posibilidad de llegar al conocimiento de aspectos de la *litis* que sin exageración deben reputarse esenciales, máxime si se considera que para el establecimiento de pretensiones como las aducidas en el presente proceso la ley ha erigido el peritazgo en prueba necesaria e insustituible (artículo 1324 Código de Comercio).

"3. La negativa de la probanza encaminada a averiguar el monto y naturaleza de los perjuicios de toda índole que el demandante alega haber sufrido por la violación del contrato que imputa a la demandada (d-1), el valor de las utilidades derivadas del contrato por el estipulante actor (d.-2), que es la base única de las prestaciones contempladas en el artículo 1324 del Código de Comercio, inciso primero, reclamadas en el proceso, y tendiente también a obtener la determinación de la indemnización (d.-3) que igualmente se reclaman con base en el inciso segundo del mismo artículo 1324, supone destituir radical-

mente al actor de toda posibilidad de demostrar los aspectos esenciales de la *litis* y de las pretensiones en cuya procura promovió el proceso. Ninguna razón asiste para ello al Tribunal ni su decisión en tal sentido tendría respaldo en la ley, la cual no permite al Juez decidir soberanamente sobre la práctica de pruebas sino que le concede apenas facultad de fiscalización que lo autoriza sólo para rechazar '... las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas' (artículo 178 Código de Procedimiento Civil) según reza el texto legal cuya abundancia de adverbios expresa la reiterada invitación del legislador al sustanciador para que use con prudencia suma la facultad que el mismo precepto le atribuye. Ahora bien: el peritazgo a que aludo y sobre cuya aparente negativa implícita ruego la reconsideración aclaratoria y aditiva del H. Tribunal no solamente no está prohibido por la ley sino que está mandado por ella (artículo 1324 del Código de Comercio), ni puede ser considerado relativo a 'hecho notoriamente impertinente' ya que versa sobre uno de los extremos necesarios de la *litis* (la naturaleza y cuantía de los perjuicios causados al contratante actor y los factores y monto de las indemnizaciones y prestaciones consiguientes), ni tampoco superfluo, ya que esta clasificación, con justicia alegada por el H. Tribunal como razón para rechazar la solicitud de otras pruebas, no puede aplicarse al caso de un medio probatorio que no tiene similar ni paralelo en el expediente ni podría tenerlo porque la naturaleza de los hechos que con él se quieren probar no es susceptible de acreditamiento por medio diferente al dicho de peritos".

"6. También resulta objetable la exclusión de inspección" '...para obtener las órdenes de pedidos formuladas por mi mandante a la Industria Licorera de Caldas y las facturas y cuentas formuladas en correspondencia con aquellas durante los años corridos entre 1964 y 1976, ambos incluidos, a que se refiere el literal b.-3 del ordinal 'I. INSPECCION JUDICIAL Y PERITAZGO', de mi memorial de solicitud de pruebas, por cuanto la prueba documental similar solicitada a la Industria Licorera no fue atendida completamente por ella ya que se limitó a expedir copias de las facutras del año 1975 y 1976 olvidando los demás periodos anuales (de 1964 a 1974 y de ninguna manera aportó copias de los *pedidos* formulados por Don Fernando Cadavid M. igualmente, materia de la solicitud pretermitida. La conducta omisiva de la demanda en este aspecto obliga entonces a apelar al examen judicial para obtener por este medio información sobre los trascendentales aspectos del litigio que no se pudieron acreditar por medio de la prueba documental requerida mediante exhorto del H. Tribunal".

Subsidiariamente se interpuso el recurso de apelación.

Al final de dicho escrito se dijo:

"*Súplica.*

"9. En caso que el H. Tribunal juzgue que el recurso procedente contra el auto materia de impugnación es el de súplica, como principal o como subsidiario, ruego entender interpuesto este medio para el mismo efecto y con los mismos fundamentos expresados en el presente libelo".

4. Por auto de 26 de marzo se denegó la reposición impetrada y el recurso de apelación interpuesto y se hicieron, entre otras las siguientes consideraciones:

"Sea lo primero advertir que si el Tribunal hubiera aplicado estrictamente la ley, y seguramente no habría pecado de demasiado formalista, debió desatender el escrito que se analiza, pues no se acomoda realmente a las normas procedimentales. En efecto, no es jurídico que en un mismo escrito se ejerciten varios recursos, como se deduce del que se estudia; porque si no se está de acuerdo con la providencia dictada por el Juez, se puede interponer el recurso que en ley corresponda, el que las normas superiores hayan previsto contra cada uno de los diferentes pronunciamientos del respectivo funcionario o Tribunal. Y no es posible admitir que se afirme en el memorial que si el recurrente se equivocó al interponer un recurso y así lo estima el Tribunal o Juez a quien se dirige el escrito, que *motu propio* aquel o éste corrijan el error y lo acomoden a las normas procedimentales correspondientes; o que se pida que se analice, sin consignar las razones explícitas y claras, una posible nulidad. No. La justicia que imparte esta jurisdicción especial es rogada, no es de oficio, y si se incurrió en deficiencia procesal, la Corporación no está legalmente convocada a subsanarla".

"... Pero es que además, el mismo recurrente suministra argumentos que le sirven al Tribunal para reafirmarse en su negativa al peritazgo. En efecto, de acuerdo con la parte transcrita del memorial que analiza, el demandante manifiesta que el peritazgo es necesario e insustituible, según el artículo 1324 del Código de Comercio, norma ésta que dice cuando termina el contrato de agencia, a que tiene derecho el agente, y, además, que cuando el empresario revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. Con base en dicha disposición, según lo manifiesta el recurrente, fue impetrado el peritazgo. Pero es fácil advertir que el actor parece limita (sic) la procedencia del experticio a mandamientos que, en principio, serían de derecho privado, involucrando entonces un contrato idem, con uno administrativo, de derecho público, como lo es, también, en principio, el que fue declarado caducado por la Industria Licorera de Caldas, según Resolución Nº 1604 de dos de noviembre de 1976, acto acusado, así como la cláusula décimo novena del convenio. En consecuencia, aquel sería competencia de la justicia ordinaria, éste sí del Tribunal, en principio, se repite.

Luego, es la anterior una razón más para reafirmarse la Corporación en la negativa del peritazgo.

"De otro lado, con retorno al artículo 1324 base de la petición, sin mayor esfuerzo se advierte de su interpretación, y en la hipótesis de ser procedente su invocación, que aquella solución de la doceava parte del promedio de comisión, regalía o utilidad de que se ocupa la disposición y de los criterios para su pago, así como la indemnización equitativa sometida por ley al experticio, está sujeta a eventos precisos de terminación del contrato, a su revocatoria o finalización unilateral, lo que indica que la probanza de peritazgo sólo tendría viabilidad

procesal cuando, como lo dice la norma termina el contrato por las mismas causas del mandato o decisión unilateral, y ello es precisamente el quid del presente proceso, lo que indica, en forma por demás evidente, que el decreto y práctica de la prueba solicitada, antes de la decisión jurisdiccional que declare o en qué forma termina el contrato o quién lo termina, y, consecuencialmente, fijar las respectivas responsabilidades, serían por lo menos inoportunas.

"En relación con la inspección judicial para obtener la serie estadística fidedigna de las ventas de productos de la Industria Licorera de Caldas en el Departamento del Valle del Cauca y en los demás del país desde 1964 hasta 1976, es una prueba que se puede obtener por otros medios diferentes a la Inspección judicial, prueba que es eminentemente documental".

II. Para resolver, se considera:

a) Sobre la procedencia del recurso de apelación contra los autos en juicios contenciosos administrativos, recientemente dijo esta Sala:

"El recurso de apelación no procede contra los autos que deciden sobre las nulidades procesales, porque el Código Contencioso Administrativo, no tiene vacíos que deben llenarse con las previsiones del artículo 282 del mismo estatuto.

Por el contrario, sólo prevé, para garantizar la rapidez y seriedad de los juicios respectivos, la apelación de *los autos admisorios de la demanda o decisorios de la suspensión provisional de los actos acusados.*

"Así lo ha dicho en reiteradas ocasiones y últimamente la Sala Plena de lo Contencioso administrativo del Consejo, en auto de 25 de octubre de 1978 (expediente 502, Actor: Alfredo Bogotá Chía, Consejero Ponente Doctor Jorge Dangond Flórez), así lo ratificó en los términos que transcribe la providencia del *a quo*". (Auto, julio 12 de 1979, Sección Tercera, expediente Nº 2705, actor José Manuel Baute Redondo, Consejero Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango).

b) Por otra parte, contra los autos de Sala Unitaria no cabe recurso de apelación, según lo ha dicho reiteradamente esta Corporación.

c) Aunque lo anterior es suficiente para declarar bien denegado el recurso de apelación a que se refiere la presente queja, vale la pena observar:

1. Como el Código Contencioso Administrativo no dice contra que *autos procede el recurso de súplica,* precisa recurrir a los mandatos del Código de Procedimiento Civil, artículo 363 que dice que procede "contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto".

2. Para no violar el principio de la "inescendibilidad legal", se investiga en el Código de Procedimiento Civil, cuáles son los autos apelables, por su naturaleza, aunque tales providencias no lo sean dentro del proceso contencioso administrativo, y así se explica al recurrente por qué en auto de Sala Plena (noviembre 29 de 1978 Expe-

diente Nº 481) se dijo que el auto que deniega la práctica de una prueba es suplicable, aunque, dictado en la primera instancia de un proceso contencio administrativo, no sería apelable.

3. Obviamente la Sala considera que la procedencia y pertinencia de las pruebas no puede quedar sujeta a las resultas de la decisión de fondo que haya de tomarse en la sentencia, pues son anteriores a ella y tienen precisamente, como objeto, el de conformar los medios de convicción, en este caso, necesarios para liquidar una condena, si el fallo llegase a considerar que la pretensión es protegible.

4) Pero la Sala entiende, que en tal caso, a pesar del auto denegatorio, la Sala falladora allegará las probanzas necesarias mediante el auto para mejor proveer o haciendo uso de la facultad de decretar pruebas de oficio.

Por lo expuesto, SE DECLARA BIEN DENEGADO el recurso de apelación a que se ha hecho referencia.

Envíese la actuación al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, (salvó el voto), *Osvaldo Abello Noguera.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACLARACION DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 2730. Contratos. Actor: Fernando Cadavid Mazuera. Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango.

Con todo respeto manifiesto mis puntos de discrepancia con el auto de julio 26 del presente año y del cual fue ponente el doctor Jorge Valencia Arango, pero no en cuanto a su parte resolutiva, sino en lo que toca con la motivación. Así estimo:

1º) El auto que niega la práctica de una prueba en primera instancia debe ser proferido por toda la Sala y no simplemente por el sustanciador. Es decisión interlocutoria que tiene recurso de apelación por mandato expreso del numeral 3 del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil. Se impone que la decisión sea de Sala por cuanto los proveidos dictados por el ponente no son posibles de ser conocidos por el superior.

2º Cuando la negativa de una prueba se produzca en única o segunda instancia el recurso viable será el de súplica tal como lo ordena el artículo 363 *ibídem.*

Si bien es cierto la doctrina ha considerado que en el proceso contencioso administrativo el recurso de apelación no procede sino contra aquéllos autos expresamente señalados en la Ley 167 de 1941, no lo es menos que los autos que se refieren a las pruebas no están comprendidos en este aserto, porque precisamente a este respecto existe un vacío que debe llenarse con el Código de Procedimiento Civil, en su integridad. Y si en éste tienen ese recurso, no es válida su negativa. El principio de la inescindibilidad impone esta solución.

3º Estimo que en la ponencia elaborada por el doctor Valencia sobraba hablar de los autos que deciden sobre las nulidades procesales, puesto que el objeto del recurso no era otro que el auto que negaba una prueba y a esto debió reducirse.

4º Me separo también del pensamiento de la Sala Plena cuando sostiene que en el proceso contencioso administrativo existe recurso de súplica contra decisiones interlocutorias tomadas en primera instancia. Para sostener esta negativa basta leer el artículo 363 del ordenamiento procesal civil mencionado. Lo que demuestra, además, que toda decisión interlocutoria de primera instancia susceptible de recurso de apelación tenga que ser tomada por la Sala y no por el sustanciador.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., agosto ocho de mil novecientos setenta y nueve.

ACCION DE NULIDAD. — Puede formularse contra actos de contenido particular. Litis Consorcio *necesario. Es incuestionable que la pretensión así formulada, no solamente se dirige de manera principal contra la administración, en cuanto autora del acto, sino contra la persona del particular, de suerte que una y otra deban quedar colocadas dentro del proceso en calidad de partes principales, como demandadas.*

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

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Galindo Pinilla*)

Sesión del día 3 de agosto de 1979.

Referencia: 3051. Demandante: Alvaro Escobar Henriquez.

Se resuelve el recurso de súplica que interpusieron el demandante y el Fiscal 1º contra el auto de Sala Unitaria proferido por el doctor Alfonso Arango Henao el 29 de mayo próximo pasado.

El demandante pide, que se revoque parcialmente ese proveido en cuanto no accedió a decretar la suspensión provisional y en cuanto se denegó la petición para que se notifique a ciertas entidades.

En cuanto a lo primero, sustenta el recurso así:

"2.1 Que no he pedido la suspensión provisional de ningún pasaje de la parte motiva de la resolución acusada, según se desprende del capítulo llamado 'suspensión provisional' de la demanda;

2.2 Que entre los fundamentos de derecho para pedir la suspensión provisional (páginas 10 a 12 de la demanda) no figura la "falsa motivación";

2.3 Que para efectos de la suspensión provisional pedida en este proceso, deben analizarse los argumentos expresados en el capítulo de la demanda llamado "Suspensión provisional" (páginas 10 a 12 de la demanda), a los cuales me remito y mediante este memorial ratifico, con la petición expresa para la Sala de Decisión de que sean tenidos como fundamento de este recurso". En lo relativo a las notificaciones, manifiesta el recurrente:

"Solicito que se ordene la notificación personal del auto admisorio de la demanda, por intermedio de las personas naturales que sean sus representantes legales, a las siguientes personas;

Nabandina de Aduanas., Inelso Ltda., Peláez Hermanos S. A. y Mintex Internacional Limitada, debido a que tales personas, pueden tener o tienen interés en los resultados de este proceso y de acuerdo con el artículo 26 de la Constitución Nacional, debe permitírseles el ejercicio del Derecho de defensa, todo esto, según doctrina reciente de esa honorable corporación".

El Señor Fiscal Primero expresa:

"El doctor Alvaro Escobar Henriquez, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicita del Consejo de Estado la nulidad del artículo 6º de la parte resolutiva de la Resolución 3247 de 4 de septiembre de 1978, dictada por la Jefatura de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, en 'cuanto ordena que las mercancías que se despachen a la zona Aduanera Nabandina de Aduanas S. A., deben ser de las firmas Mintex Internacional Ltda., Inelso Limitada y Peláez Hermanos S. A".

Las anteriores sociedades indudablemente recibían un perjuicio o se verían despejadas de un derecho en caso de prosperar las pretensiones demandadas. En razón de lo anterior, considera la Fiscalía que tales entidades han debido ser citadas al proceso, pues de lo contrario y en el evento ya previsto, podría darse el caso de proferirse una sentencia en perjuicio de dichas sociedades, lo que implicaría una condena con violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

La insistencia de la Fiscalía en este tipo de notificación se debe a creer que cuando se demanda un acto de contenido subjetivo que individualiza cualquier tipo de derechos o garantías para personas o entidades determinadas, como lo es la Resolución encausada, y existe una posibilidad de que estas personas naturales o jurídicas puedan sufrir alteración o confirmación de las prerrogativas contenidas en el acto demandado, vale decir, que tengan interés en las resultas del proceso, deben ser citadas a él.

En razón de lo anterior, esta Fiscalía interpone recurso de SUPLICA contra el auto de 29 de mayo del año en curso, pero únicamente en lo que hace relación con el punto segundo de la aludida providencia".

Consideraciones de la Sala

1. Efectivamente, como lo afirma el actor su demanda contiene un capítulo especial exclusivamente a las razones para fundamentar su solicitud de suspensión provisional, entre los cuales no incluyó la relativa a la *"Falsa motivación"* que sí adujo en el concepto de violación que sustenta la petición para que se declare la nulidad del acto.

Estima la Sala que si el actor, en cumplimiento del rigor que imponen las normas procesales, le consagró un capítulo especial a su pedimento de suspensión provisional, La Sala Unitaria debió obrar con el mismo rigor limitando su examen a tales razones, entre las cuales no se adujo la "falsa motivación".

En relación con los argumentos que expuso el recurrente para impetrar la suspensión provisional la Sala plural estima:

1º) La violación del artículo 54 de la Ley 79 de 1931 no es manifiesta porque ha de entenderse al menos *"prima facie"* que la definición objetiva de lo que es una mercancía no excluye la posibilidad de establecer en los permisos, autorizaciones o licencias que pueda conceder la autoridad aduanera ciertas limitaciones en relación con cierto tipo de mercancías y restricciones de orden subjetivo en orden a la adecuada prestación de un servicio a la salvaguardia del interés fiscal y al ejercicio de control aduanero.

2. El actor afirma que la resolución implica la creación de un monopolio y que, por ende, es violatorio del artículo 31 de la Constitución Nacional. La Sala considera que esta violación no es manifiesta porque esa afirmación requiere un examen de fondo para precisar qué se entiende por monopolio o privilegio en la Constitución Nacional y para examinar las finalidades que se persigan con la resolución impugnada en función de aquellos conceptos, lo cual no es posible hacer en un auto de suspensión provisional, sino en la sentencia.

3. Dice el Actor que el acto cuya suspensión impetra viola el artículo 16 de la Constitución Nacional porque se dispone que unos funcionarios públicos trabajen para el beneficio de tres personas particulares. La Sala no puede dar por verdadera esta afirmación escueta del actor. Debe verificar primero su exactitud mediante un estudio de fondo que, necesariamente tiene que abarcar la realidad fáctica y los objetivos o finalidades propuestos para determinar si corresponden o no con los expresados en la resolución y con los previstos en las disposiciones legales y reglamentarias atinentes al caso.

II. A raiz del cambio jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la naturaleza de las pretensiones contencioso administrativas de nulidad y de plena jurisdicción que se operó en 1961, esta Corporación ha reiterado que la pretensión de simple nulidad puede formularse contra actos de contenido particular. Como quiera que actos de tal naturaleza suelen ser constitutivos o declaratorios de situaciones jurídicas individuales se plantea un delicado problema de orden procesal en el caso de que cualquier persona formule la pretensión de simple nulidad contra un acto de tal naturaleza, a saber: Podría adelantarse validamente el proceso correspondiente sin su intervención?. Las disposiciones que regulan la simple ritualidad del proceso ordinario y de los especiales de lo contencioso administrativo no indican expresamente que deba notificársele personalmente al titular de ese derecho el auto admisorio de la demanda. Pero un jurista no podría de ello deducir que sea posible actuar la pretensión a sus espaldas, porque las normas procesales no se agotan con las que se limitan a diseñar las diversas vías de los procedimientos. Hay otras de mayor significación normativa, como son las que prescriben los principios fundamentales del proceso y que, como tales, se proyectan sobre las otras para infundirles dinámica y sentido o para integrarlas dentro de una concepción sistemática o científica del proceso. Los meros prácticas del derecho no suelen conocerlas y quizás en gran medida a ellos se deba, en parte la ineficacia de nuestra administración de justicia.

A ese orden de disposiciones o de principios pertenecen los preceptos relativos al *"litis consorio necesario"*, figura jurídica que puede darse en toda clase de procesos y que, por lo mismo no es institución

exclusiva del procedimiento civil. Si nuestro Código Contencioso Administrativo, no la contempla expresamente es porque esta obra jamás se expidió con la pretensión de regular integramente la materia procesal. Sus redactores apenas diseñaron los rasgos específicos del proceso contencioso y se remitieron en lo demás, que no fuera contrario o incompatible con ellos, a los principios generales del proceso civil (artículo 282 del Código Contencioso Administrativo).

Ni en las disposiciones que regulan la simple ritualidad del proceso ordinario o de los especiales en materia civil tampoco se encuentra ninguna que trate de *litis consorcio necesario.* Podría ello servir de excusa al Juez Civil para no integrar en debida forma el contradictorio, porque los preceptos a él atinentes hacen parte del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, en donde se hallan las normas del proceso en general y en donde se trata expresamente aquélla institución? Igualmente podría ignorarla el juez de lo contencioso administrativo porque el código de la materia no la menciona expresamente, no obstante que en lo no regulado por él, se remite al Código de Procedimiento Civil?.

Dice el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que "cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos la demanda deberá formularse contra todos. Si no hiciere así el Juez en el auto que admite la demanda ordenará la citación de quienes falten para integrar el contradictorio, la "que se hará en la forma y en el término de comparecencia dispuesto para el demandado".

Cuando en un proceso contencioso administrativo cualquier persona pide la declaración de simple nulidad de un acto creador de una situación jurídica concreta, —posibilidad que tiene reconocida la jurisprudencia de esta Corporación desde hace 18 años—, ¿podrá resolverse de mérito sin la comparecencia de quien sea titular de la situación jurídica constituida por el acto cuya nulidad se impetra? Podrá adelantarse el proceso a sus espaldas y, eventualmente, declararse la nulidad del acto constitutivo de su situación jurídica sin darle la oportunidad de intervenir en el proceso, pese a que la Constitución Nacional tiene instituida esa garantía fundamental en el artículo 26, aduciendo como razón que en la pura ritualidad de los procesos contencioso administrativos no se previó otra notificación personal del auto admisorio de la demanda, que la del Ministerio Público? No lo cree así la Sala frente a la citada disposición de la Carta y frente al precepto perentorio del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso contencioso en razón de lo previsto en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, pues aquella disposición no sólo no pugna con las regulaciones específicas de este estatuto, sino que constituye el único instrumento eficaz para preservar la garantía constitucional antes indicada.

En la hipótesis que se contempla surge un *litis consorcio necesario* pasivo que le impone al juez un deber ineludible. Como el éxito eventual de la pretensión, vale decir la nulidad del acto, privaría a

una persona determinada del acto constitutivo o declarativo de su situación jurídica concreta, es incuestionable que la pretensión no solamente se dirige de manera principal contra la administración, en cuanto autora del acto, sino contra la persona del particular, de suerte que una y otra deben quedar colocadas dentro del proceso en calidad de partes principales, como demandadas. Por consiguiente resulta imperioso para el juez integrar con ambas el contradictorio.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Confirma el auto recurrido (29 de mayo) en cuanto denegó la suspensión provisional, pero revoca el punto tercero de dicho proveido y, en su lugar, dispone notificar personalmente el auto admisorio de la demanda a las Sociedades Nabandina de Aduanas Ltda, Mintex Internacional Ltda, Pelaez Hermanos e Inelso Ltda, con domicilio en esta ciudad, por conducto de sus respectivos representantes legales.

Notifíquese y cúmplase.

Mario Enrique Pérez Velasco, Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.



SUSPENSION DEL EMPLEADO POR SOLICITUD DE AUTORIDADES PENALES. — El empleado suspendido en estas condiciones, y que luego, sea sobreseído tiene derecho al restablecimiento de sus derechos. El término para establecer la caducidad debe contarse a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia absolutoria.

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

(Consejero ponente: *Doctor Ignacio Reyes Posada*)

Referencia: Expediente Nº 3474. Apelación Interlocutorios. Actor: Víctor Manuel Rojas Guzmán.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del actor contra el auto fechado el día seis de abril de mil novecientos setenta y nueve, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó la admisión de la demanda interpuesta por el señor VICTOR MANUEL ROJAS GUZMAN, por conducto de apoderado, tendiente a obtener el reintegro del actor al cargo de Cajero Pagador Almacenista de los Fondos Rotatorios de la Universidad del Tolima y demás declaraciones conducentes a la reparación de los derechos vulnerados.

El Tribunal denegó la admisión de la demanda por considerar caducada la acción, al tenor del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, ya que el acto administrativo que determinó el retiro del actor tiene fecha 12 de abril de 1976 y la demanda fue presentada el día 2 de abril de 1979, es decir, mucho tiempo después de haber transcurrido los cuatro meses señalados como término de caducidad por el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

Así las cosas, la Sala considera:

Se encuentra demostrado, mediante copia auténtica del acta respectiva, que en la sesión del Consejo Directivo de la Universidad del Tolima del 26 de marzo de 1976, el señor Rector sometió a estudio del Consejo el caso del empleado Victor Manuel Rojas C., quien venía desempeñando el cargo de Cajero Pagador de los Fondos Rotatorios, de quien la Contraloría General del Departamento solicitó el retiro inmediato de dicho cargo "por habérsele encontrado deficiencias en el manejo de los bienes puestos bajo su cuidado". Ante la solicitud de la Contraloría Departamental la decisión del Consejo fue la declaratoria de insubsistencia del empleado.

La primera observación que cabe ante la situación planteada es que el acto del Consejo Directivo de la Universidad, no corresponde a

una insubsistencia, que es la simple determinación de retiro del empleado, sin motivación, como ejercicio de la libertad de nombramientos y remoción reconocido por la ley, sino a una destitución, por cuanto la decisión fue motivada precisamente en las faltas deducidas contra el empleado por la Contraloría Departamental. Se concluye igualmente, que, aunque la solicitud de la Contraloría fue para el retiro inmediato del empleado, la decisión del Consejo Directivo ha debido ser la de suspensión del mismo, ya que la Contraloría no tenía competencia para condenar al empleado visitado, sino a formularle los cargos para que, mediante el trámite ordinario, bien fuere administrativa o penalmente, se dedujera su responsabilidad mediante el debido proceso.

En el caso presente se entabló por la Contraloría Departamental la correspondiente acción penal, la que concluyó con sobreseimiento definitivo a favor del señor Victor Manuel Rojas, como está acreditado en el expediente mediante la copia auténtica de la providencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué el nueve de mayo de mil novecientos setenta y ocho, la cual quedó ejecutoriada el día 17 del mismo mes y año.

Con posterioridad al sobreseimiento, el día 9 de septiembre de 1978, el actor se dirigió al señor Rector de la Universidad del Tolima solicitando su reintegro al cargo, el pago de los sueldos dejados de devengar y la declaratoria de continuidad del tiempo de servicios durante la cesación de actividades, peticiones sobre las cuales no ha recaido providencia alguna por parte de la Universidad.

Esta Corporación, en inmuebles providencias ha sostenido que el empleado suspendido por solicitud de autoridades penales, que luego sea sobreseído, tiene derecho al restablecimiento de sus derechos. En el presente caso no puede el Juzgador, con ocasión de estudiar la admisión de la demanda, llegar a conclusión alguna con respecto a los derechos que puedan asistir al actor en relación con las peticiones de la demanda, porque para ello es necesario el trámite del juicio, con agotamiento del período probatorio y audiencia de las partes; pero es evidente que la situación del actor debe equipararse a la suspensión, porque la Administración no podía fulminar contra él la destitución, por faltas graves que implicaron un proceso penal, sin habérsele oído y vencido en juicio.

Los procedimientos judiciales, sus términos y formalidades, han sido establecidos por la ley en garantía de los derechos de las partes, y con este criterio deben interpretarse sus disposiciones, no en aquel que conduzca al aniquilamiento de los derechos antes de que el mecanismo jurisdiccional se ponga en juego en busca de soluciones justas y equitativas.

Por ello en este caso estima la Sala que el término para establecer la caducidad debe contarse a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia absolutoria del actor, o sea el día 17 de mayo de 1978. En esta forma la solicitud administrativa del 9 de septiembre interrumpió el término de prescripción, y ante el silencio administrativo de la Universidad del Tolima, es admisible la demanda instaurada el día 2 de abril de mil novecientos setenta y nueve.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado resuelve

REVOCAR el auto apelado y en su lugar ordena al Tribunal Administrativo del Tolima admitir la demanda presentada por el señor Victor Manuel Rojas Guzmán, por conducto de apoderado, si por otros aspectos cumple los requisitos legales para ser admisible.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sección Segunda en la sesión celebrada 10 de agosto de 1979.

Samuel Buitrago Hurtado, Aydeé Anzola Linares, Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada.

Alvaro Soto Angel, Secretario.

IMPEDIMENTO. — Por tener interés intelectual en la actuación (Ordinal 4º artículo 102 Código Contencioso Administrativo) y por haber dictado el Auto o providencia de cuya revisión se trata (Ordinal 2º Artículo 102 Código Contencioso Administrativo).

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., agosto primero de mil novecientos setenta y nueve.

(Proponente: *Doctor Osvaldo Abello Noguera*)

Referencia: Expediente Nº 2605. Impedimento. Actor: María Luzmila Orozco vda. de Ríos y otros.

Se procede a resolver el impedimento manifestado por el señor Consejero Jorge Valencia Arango en providencia de fecha 12 de junio del año en curso que dice así:

"Por auto de diciembre 1º de 1978, el suscrito Consejero inadmitió la demanda que origina este proceso, por considerar que a la fecha de la presentación, la cuantía de la pretensión mayor, era inferior a trescientos mil ($ 300.000.00) pesos y, por lo mismo, la competencia para conocer del litigio estaba radicada en el respectivo Tribunal Administrativo y no en esta Corporación.

"Fue fundamento de la anterior decisión, la consideración de que es la ley la que determina la competencia por razón de la cuantía y no las partes y, consecuencialmente, el juez debe analizarla a tenor del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

"La Sala de Decisión, por considerar lo contrario, es decir, que son las partes las que atribuyen o niegan la competencia, revocó el auto suplicado y admitió la demanda.

"El suscrito Consejero sigue convencido de su tesis y conforme a ella, falta un presupuesto procesal y, por ende, es imposible llegado el caso, proferir sentencia, lo QUE IMPLICA QUE EN LA ACTUACION DEL PRESENTE PROCESO, el suscrito Consejero TIENE INTERES INTELECTUAL EN LA DEFENSA DE SU TESIS y esto está contemplado como causal de impedimento en el ordinal 4º del artículo 102 del Código Contencioso Administrativo.

"En consecuencia, pasen los autos al Consejero que sigue en turno, con la manifestación de que el suscrito Consejero se declara impedido para seguir conociendo de este negocio, con base en la causal 4º del artículo 102 del Código Contencioso Administrativo".

Se considera

Sobre el interés intelectual manifestado por el doctor Valencia Arango, la Sala se permite transcribir el auto de fecha 24 de febrero de 1978 proferido por la Sección Primera de esta Corporación con ponencia del señor Consejero Humberto Mora Osejo que dice lo siguiente:

"El señor Consejero doctor Alvaro Pérez Vives se declara impedido para conocer del recurso de súplica contra el auto del 26 de noviembre pasado, porque considera que, por haber dictado en asunto similar un auto actualmente suplicado, está comprendido por las causales prescritas por el artículo 102, Ordinales 2º y 4º del Código Contencioso Administrativo.

"Con el objeto de resolver sobre el impedimento manifestado por el H. Consejero doctor 'Pérez Vives la Sala considera:

"1º) El Ordinal 2º del artículo 102 del Código Contencioso Administrativo, que prescribe que constituye causal de impedimento 'haber dictado el auto o providencia de cuya revisión se trata, o haber contribuido a dictarlos...", se refiere a las personas que, como empleados o asesores de la Administración, expidieron o contribuyeron a dictar el acto que sirve de fundamento a la acción jurisdiccional; por consiguiente, en modo alguno atañe a quienes, como miembros de ésta, conocieron, *no del mismo asunto, sino de uno similar,* como el que menciona el H. Consejero doctor Pérez Vives en su manifestación de impedimento. De lo contrario, sería suficiente causal de impedimento el que un juez o magistrado hubiera conocido de un determinado caso para que no pudiera decidir otro igual o parecido, lo que haría que la mayoría de las decisiones judiciales tendrían que ser proferidas por conjueces, no obstante su definido carácter transitorio, y que los titulares de los cargos jurisdiccionales sólo podrían ejercerlos sobre asuntos que no sean iguales o parecidos a otros que ya hubieran resuelto.

"2º El ordinal 4º del artículo 102 del Código Contencioso Administrativo, prescribe que es causal de impedimento "tener interés en la actuación o tenerlo alguno de los parientes expresados en el inciso anterior"; es decir, los comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Pero el interés a que se refiere el precepto es específico, patrimonial o tangible, sobre la base de que la acción tenga por objeto hacer valer una determinada pretensión en relación con un derecho civil o administrativo; por consiguiente, la norma no comprende el mero interés intelectual, como sería el que proviene de un determinado criterio jurídico sustentado en una providencia, porque la ley parte de la base de considerar que el juez, por su condición de tal, imparcial y autónomo, está en libertad de adoptar, a su juicio, el mejor criterio jurídico, sin que obste para ello que, en caso similar, pero diferente, haya sustentado una determinada interpretación: en una nueva oportunidad está en libertad, según su íntimo convencimiento, de prohijarlo o de rehusarla, con todas las consecuencias que de uno u otra actitud se derivan.

"De manera que el impedimento no es fundado, y en consecuencia, así debe ser declarado.

"Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, declara infundado el impedimento manifestado por el señor Consejero doctor Alvaro Pérez Vives".

De aceptarse el impedimento propuesto por el doctor Valencia Arango habría que concluir que siempre que a un funcionario inferior se le revoque una providencia tendría el derecho de alegar ese impedimento. Esto implicaría un entorpecimiento en los procesos de dos instancias que se daría también en los de única frente al recurso de súplica que para ciertas decisiones interlocutorias son del conocimiento de la Sala de Decisión. Y lo mismo ocurriría con el de reposición porque el autor del auto primitivo podría alegar que no puede reestudiar el asunto por estar ya comprometido con una determinada posición doctrinaria. Y como consecuencia de todo ello en forma permanente las Salas de los Tribunales estarían conformadas siempre por Conjueces e igual cosa sucedería a nivel superior frente a decisiones tomadas en segunda o única instancia.

El acatamiento que debe hacer el inferior de la decisión del superior o el Consejero Sustanciador de la decisión tomada por el resto de la Sala se impone por mandato legal y, en el fondo, lo exonera de toda responsabilidad en el caso de que la orden que reciba no se ajuste a la ley.

Por las razones anteriormente expuestas la Sala declara que el impedimento propuesto por el señor Consejero Jorge Valencia Arango es infundado.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que el auto anterior fue discutido y aprobado por la Sección Tercera en sesión verificada el día 19 de julio de mil novecientos setenta y nueve, según consta en el acta respectiva.

Osvaldo Abello Noguera, Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CADUCIDAD DE LA ACCION COMO CAUSAL DE NULIDAD ASIMILADA A LA INCOMPETENCIA. — La caducidad no es causal de nulidad, ni puede asimilarse técnicamente a la incompetencia. Es un presupuesto de la Acción que como tal debe examinarse al admitir la demanda puesto que es un requisito para que la acción pueda instaurarse porque si ya se hizo su examen preliminar al aceptar el libelo, su reestudio sólo podría hacerse de nuevo en la sentencia.

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

(Proponente *Doctor*: *Osvaldo Abello Noguera)*

Referencia: Súplica Expediente 2393. Actor: Ana Fausta de Moncaleano.

Se procede a resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto de fecha veinticinco de junio del año en curso dictado por el señor Consejero Jorge Valencia Arango, que dice: "La demanda que ha dado origen a este proceso, fue presentada el 17 de diciembre de 1977 (folio 21) y en ella se impetra la indemnización de los perjuicios causados al predio "Calle Larga" de propiedad de la demandante, situado en jurisdicción del Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima, perjuicios que, según afirma en el libelo, se causaron *"en desarrollo de trabajos públicos"* que concluyeron *"definitivamente el día quince* (15) *de enero de* 1976".

"Como de conformidad con el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo la acción indemnizatoria por trabajos públicos *caduca* en dos años y la *caducidad* condiciona *la competencia* como lo ratifica, para las acciones indemnizatorias ordinarias, el artículo 28 del Decreto Ley 528 de 1954, resulta que por *caducidad* la jurisdicción contencioso administrativa carecía de competencia para tramitar el presente proceso y tal circunstancia está erigida en causal de nulidad por el artículo 113, ordinal 1º del Código Contencioso Administrativo, inallanable, por su naturaleza, y, por lo mismo, declarable de plano.

"En mérito de lo expuesto, SE DECLARA la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso, a partir del auto admisorio de la demanda inclusive".

"Archívese el expediente".

Se aprecia en forma clara que el señor Consejero Valencia Arango pide que se declare la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso indemnizatorio cuando ya se había admitido la demanda y se habían producido otros aspectos procesales que impulsaron lo impe-

trado en el libelo. Además, de la petición de que se revoque el auto suplicado el propio abogado demandante está diciendo en forma inequívoca que se siga el procedimiento inicialmente aceptado cuando se admitió la demanda.

En relación con el contenido del auto suplicado, vale decir, referente a la caducidad de la acción como causal de nulidad asimilada a la incompetencia, por estar caducada la acción, como lo sostiene el señor Consejero Sustanciador, la Sala no está de acuerdo con esas apreciaciones porque tal declaración no puede hacerse sino al estudiar su admisión, evento que ya se cumplió y por lo cual se entiende que el sustanciador ya evaluó este presupuesto. La caducidad no es causal de nulidad, ni puede asimilarse técnicamente a la incompetencia. Es un presupuesto de la acción que como tal debe examinarse al admitir la demanda puesto que es un requisito para que la acción puede instaurarse porque si ya se hizo su examen preliminar al aceptar el libelo, su reestudio sólo podrá hacerse de nuevo en la sentencia.

El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y ss. se refiere a aspectos formales que debe reunir toda demanda para ser admitida y su rechazo sólo debe producirse cuando carezca de las ritualidades o formalidades que en dichos artículos se exige, a menos que la caducidad resulte manifiesta. Lo que no sucedió aquí, entre otras razones, porque existe duda razonable de si el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 derogó el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo, aspecto éste que deberá considerarse en la sentencia.

En auto de 6 de septiembre de 1951, tomo LVII, números 367-371, pág. 656, esta Corporación dijo: "El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, señala los presupuestos procesales o requisitos que deben observarse en toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa. El examen de una demanda conduce inexorablemente a examinar los presupuestos procesales. Estos son de tanta trascendencia, que mientras no sean satisfechos no se origina la relación procesal, y si al admitirse la demanda se pasan por alto, la consecuencia es tan funesta que el resultado de la *litis* es el de que ¿el juzgador no pueda entrar a resolver en el fondo el asunto por no estar cumplidos tales presupuestos procesales, como resulta de la doctrina del artículo 494 del Código de Procedimiento Civil".

Por las anteriores consideraciones la Sala de Decisión de la Sección Tercera, REVOCA el auto suplicado.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia que el auto anterior fue aprobado en sesión verificada el día 30 de agosto de mil novecientos setenta y nueve, según consta en el acta respectiva.

Osvaldo Abello Noguera, Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

NULIDADES PROCESALES. — Las normas sobre nulidades procesales son de interpretación restrictiva.

CONJUEZ. — Efectos de su nó citación. Constituye una mera irregularidad el hecho de no estar suscrita la sentencia por el Conjuez que no fuè convocado, ya que la misma fue acogida por más de la mayoría absoluta de los interrogantes de la Sala (artículo 312 Código de Procedimiento Civil).

Consejo de Estado. — Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., octubre once de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 10.315. Actora: Leonor Castro de Reyes.

Se procede a despachar la solicitud de nulidad presentada por el señor Fiscal Cuarto de la Corporación.

Antecedentes

a) En virtud del impedimento aceptado a la Consejera doctora Aydeé Anzola Linares, para reemplazarla se ordenó el sorteo de Conjuez y resultó sorteado el doctor Carlos Gustavo Arrieta, quien tomó la debida posesión.

b) Mediante la sentencia de 3 de mayo del año en curso, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidió el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el fallo dictado por la Sección Segunda de la Corporación.

c) El mencionado Agente del Ministerio Público solicitó la nulidad proveniente de haber sido dictada la sentencia de 3 de mayo de este año sin estar integrada la Sala, toda vez que no se citó al Conjuez sorteado.

d) El Consejero Ponente, doctor Jacobo Pérez Escobar, sometió al estudio de la Sala un proyecto de auto, en el sentido de ordenar poner en conocimiento de las partes, para los efectos legales consiguientes, la causal de nulidad invocada.

e) El proyecto de auto del Consejero Ponente no fue acogido por la Sala y, en consecuencia, ésta dispuso que el asunto pasara, para lo de su cargo, al Consejero que le sigue en orden alfabético de apellidos.

Para resolver se considera

1º) El hecho en el que el señor Fiscal apoya la petición de nulidad no está previsto como tal en el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo, así como tampoco en el artículo 152 del Código de

Procedimiento Civil, lo cual permite recordar el principio jurídico de que las nulidades deben estar establecidas de manera expresa en la ley y que, por consiguiente, no se pueden deducir por analogía. Por esto se ha sostenido que las normas sobre nulidades procesales son de interpretación restrictiva.

2º) Corrobora lo anterior el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, titulado "Irregularidades en la adopción de providencias", conforme al cual cuando el Tribunal que haya dictado una providencia "advierta que no fue suscrita por el número de Magistrados previstos en la ley, o que fue acordada con menor número de votos del requerido, dentro del término de ejecutoria, de oficio a solicitud de parte, ordenará subsanar la irregularidad". Como puede verse, esta norma califica la anterior omisión como *irregularidad* y no como nulidad.

3º) El artículo 1º del Decreto 2071 de 1950, "por el cual se dictan normas sobre procedimientos contencioso administrativo", estatuye que "Para toda decisión de carácter jurisdiccional o no que se tome por el Consejo de Estado, se requieren —cuando menos— los votos de la mayoría absoluta de la Sala o de la Corporación, según el caso". De otra parte, según el inciso 3º del artículo 11 del Decreto 1265 de 1970, orgánico de la administración de justicia, "Las providencias que profieran las Salas requieren mayoría absoluta de votos". Esto es precisamente lo que aquí acontece, pues el fallo de 3 de mayo de 1979 fue suscrito por más de la mayoría absoluta de los miembros que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, aunque no esté firmado por la Consejera doctora Aydeé Anzola Linares, por estar separada del conocimiento, ni por el Conjuez doctor Carlos Gustavo Arrieta, quien no fue citado.

4º) Se tiene que la Sala Plena quedó integrada en forma superior a la mayoría absoluta de sus miembros y que la sentencia en cuestión fue adoptada por mas de los votos necesarios. De esta manera, no solamente estuvo la Sala legalmente conformada, sino también dotada de suficiente competencia.

5º) Si un determinado hecho no tiene el carácter de nulidad, es obvio que de una solicitud sobre el particular, que tenga como fundamento ese hecho, no se debe dar traslado a las partes por ser inoficioso, pues no se pueden alcanzar los fines que persigue ese traslado, como —por ejemplo— allanar la nulidad.

6º) Se concluye, por tanto, que no se está en presencia de una nulidad sino de una mera irregularidad, a lo cual equivale el no estar suscrita la sentencia por el Conjuez que no fue convocado, y que la misma fue acogida por más de la mayoría absoluta de los integrantes de la Sala. Esto determina, por sí solo, el que se deba rechazar la petición de la declaratoria de nulidad.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, resuelve: Recházase de plano la petición sobre declaración de nulidad de que se ha hecho mérito.

Ejecutoriada esta providencia, vuelvan los autos a la Sección de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez de octubre de mil novecientos setenta y nueve.

Jorge Dávila Hernández, (Presidente), *Osvaldo Abello Noguera, Carlos Gustavo Arrieta,* (Conjuez), *Alfonso Angel de la Torre, Alfonso Arango Henao,* (no asistió), *Carlos Betancur Jaramillo,* (salvó voto), *Samuel Buitrago Hurtado,* (no asistió), *Carlos Galindo Pinilla,* (no asistió), *Jorge Dangond Flórez, Enrique Low Murtra, Alvaro Orejuela Gómez, Bernardo Ortiz Amaya, Jacobo Pérez Escobar,* (con salvamento de voto), *Mario Enrique Pérez, Ignacio Reyes Posada, Jorge Valencia Arango,* (no asistió).

Mauricio Torres Cuervo, Secretario.

CITACION DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO A LAS RESPECTIVAS SALAS. — No citarlos a todos vicia de nulidad lo decidido, por incompetencia. Sólo cuando la composición del órgano colectivo ha recorrido estas tres etapas: a) Nombramiento y posesión de todos sus miembros; b) Convocatoria de todos sus componentes y c) Presencia del número o quorum señalado en la ley, podrá funcionar como tal y tomar decisiones mediante el voto de los presentes. Interpretación del artículo 312 *del Código de Procedimiento Civil.*

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Proceso Nº 10.315. Actora: Leonor Castro de Reyes. Ponente: Doctor Mario Enrique Pérez V.

Con todo respeto me separo de la decisión tomada por la Sala Plena el día 11 del presente mes en el proceso de la referencia, y mediante la cual se rechazó de plano la petición de nulidad formulada por el señor Fiscal 4º de la Corporación.

Estimo que debió declararse esta nulidad (técnicamente una incompetencia), por las siguientes razones:

Para que un organismo colegiado, administrativo o jurisdiccional, pueda funcionar como tal y tomar las decisiones concretas que le competen, deben en primer término constituírse como órgano de decisión, previa la cita de todos sus miembros a la correspondiente Sala; fenómeno éste que no puede confundirse con la noción de quorum.

En efecto, aunque en un caso concreto se reúna el número de miembros que constituya el quorum señalado en la ley, no por esa sola razón puede hablarse de la existencia legal del órgano con aptitud para ejercer la competencia, porque para ésto, fuera de que todos sus miembros deben estar nombrados y legalmente posesionados, debieron ser citados previamente a la reunión colegial.

El quorum, o sea el mínimo de miembros indispensables para tomar decisiones dentro de un colegio o Corporación, no puede calificarse sino luego de la constitución del órgano colegial, para lo cual debe mediar la citación de todos sus componentes. Y este es el alcance que debe dársele al artículo 1º del Decreto 2071 de 1950, cuando dispone "que para toda decisión de carácter jurisdiccional o no que se tome por el Consejo de Estado, se requieren —cuando menos— los votos de la mayoría absoluta de la Sala o de la Corporación, según el caso". En otras palabras, sólo puede hablarse de quorum cuando el órgano se constituya como tal.

Las ideas precedentes muestran cómo la omisión en la convocatoria de todos o de algunos de los miembros de una Corporación constituye un vicio de composición del órgano (éste no puede nacer como tal) y entraña forzosamente la nulidad de los actos que expida, aunque en la práctica tomen parte en la decisión un número igual o superior al quorum indicado en la ley. En el fondo, al no darse el órgano, los miembros reunidos sin la convocatoria legal no pueden ejercer la competencia.

Sólo cuando la composición del órgano colectivo ha recorrido estas tres etapas: a. Nombramiento y posesión de todos sus miembros; b. Convocatoria de todos sus componentes; y c. Presencia del número o quorum señalado en la ley, podrá funcionar como tal y tomar decisiones mediante el voto de los presentes, lo que conforma la cuarta y última etapa en el proceso.

Finalmente, debe anotar que la interpretación dada por la Sala al artículo 312 del Código de Procedimiento Civil no es la acertada. La subsanación allí permitida parte también del supuesto que la decisión haya sido tomada por el órgano con aptitud para el efecto. En tal sentido, si constituido el órgano y comprobado el quorum la decisión no fue suscrita por el número de magistrados previstos en la ley o fue acordada con menor número de votos de los requeridos, podrá corregirse esa irregularidad dentro del término de ejecutoria. Se parte aquí, como es obvio, de una providencia tomada por el órgano constituido legalmente. Si así no fuera nada podría subsanarse porque la decisión sería, mas que informal o irregular, evidentemente inexistente.

El mismo reglamento del Consejo impone la citación de todos los miembros de la Corporación a las respectivas salas. No citarlos a todos vicia de nulidad lo decidido por incompetencia. Por esta razón, no vemos de dónde saque la Sala la afirmación de que la causal alegada por el señor Fiscal no esté en la ley.

No creo que pueda sostenerse validamente que, por ejemplo, 9 Consejeros de la Sala Contenciosa puedan tomar una decisión de Sala Plena, en reunión para la cual no se haya citado a los restantes (7). Creo que este punto requiere una seria y meditada reconsideración. Entre líneas —no— vale.

Atentamente.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá, D. E., octubre diecinueve de mil novecientos setenta y nueve.

CITACION DE LOS MIEMBROS DEL CONCEJO A LAS RESPECTIVAS SALAS. — Si no se ha hecho la convocatoria legal o reglamentaria de todos sus miembros se afecta la competencia del órgano para tomar la decisión. Otra cosa es que algunos no asistan, hipótesis en la cual, habiendo quorum decisorio, la Sala puede proferir las providencias con los votos necesarios, sin que dicha circunstancia invalide sus actuaciones. artículo 1º inciso 3º del Reglamento del Consejo de Estado.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente Nº 10.315. Actor: Leonor Castro de Reyes.

Con todo el respeto que me merecen las decisiones tomadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, disiento de la que lleva fecha 11 de octubre del presente año por las mismas razones expuestas en su salvamento de voto por el Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Por coincidir en todos nuestros puntos de vista respecto a la mencionada providencia, adhiero a dicho salvamento, sólo agregando que expresamente el inciso 3º del artículo 1º del Reglamento del Consejo de Estado establece que "no serán válidas las determinaciones que se adopten en sesión para la que no hayan sido bien convocados sus miembros", es decir, de conformidad con lo dispuesto en los dos primeros incisos del mismo artículo. Esta sanción es para toda clase de decisiones y la norma que la contiene tiene la fuerza material de la ley por haber sido expedida por el Consejo en ejercicio de la facultad que le da el ordinal 4º del artículo 141 de la Constitución. Es que un grupo de Consejeros reunidos no es el Consejo ni ninguna de sus Salas, si el Consejo o sus Salas no han sido debidamente convocados.

Normas iguales a las contenidas en el artículo 1º del Reglamento del Consejo de Estado existan en el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia expedido por el Acuerdo Nº 2 de 1972. El artículo 1º de este Reglamento es del siguiente tenor:

"Artículo 1º. La reunión de los Magistrados que componen las Salas de Casación y la Sala Constitucional, forma la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Las sesiones serán ordinarias y se efectuarán los jueves de cada semana, y extraordinarias. La convocación para éstas últimas la hará el Presidente por su iniciativa o a instancia del Vice-Presidente, o por este en ausencia del primero, o cuando lo pidan tres o más Magistrados, siempre, que, en este caso, indiquen el objeto de la sesión. (artículos 27 y ss.; Constitución Nacional, artículo 147; Decreto 1265 de 1970, artículo 5º).

"Esta convocatoria se hará por escrito en el que se mencionará lugar, fecha, hora y objeto de la sesión. En caso de urgencia, la citación podrá ser verbal, de lo que se dejará testimonio en el acta. (Artículos 5º y 28).

"No serán válidas las determinaciones que se adopten en sesión para la que no hayan sido debidamente convocados los Magistrados".

Considero que no deben confundirse los órganos colegiados con sus miembros. Para que sean válidas las actuaciones de cualquier naturaleza de un cuerpo colegiado deben llenarse las formalidades prescritas por la Constitución, por la ley o por el reglamento en lo que se refiere a sus reuniones, pues de lo contrario podría darse lugar no sólo a sorpresas sino también a decisiones fraudulentas al no hacerse las citaciones que estén previstas como requisito indispensable para realizar las deliberaciones de una corporación. Es por ello que el artículo 76 de la Constitución, en relación con la Rama Legislativa del Poder Público colombiano, establece que "toda reunión de miembros del Congreso que, con la mira de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del Poder Público, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dársele efecto alguno, y las personas que en las deliberaciones toman parte serán sancionadas conforme a las leyes".

En mi opinión, los Conjueces que hayan sido sorteados y posesionados para intervenir en un caso determinado deben ser citados, de la misma manera que los Consejeros de Estado, para que asistan a las reuniones en que deban participar. Para el caso concreto en que deba intervenir un Conjuez, la composición del órgano ha variado. Es lógico entonces que se afecte su competencia para tomar la decisión, si no se ha hecho la convocatoria legal o reglamentaria de todos sus miembros. Otra cosa es que algunos no asistan, hipótesis en la cual, habiendo quorum decisorio, la Sala puede proferir las providencias con los votos necesarios, sin que dicha circunstancia invalide sus actuaciones.

Jacobo Pérez Escobar.

Bogotá, D. E., octubre veintitrés de mil novecientos setenta y nueve.

ACUMULACION DE PRETENSIONES. — Lo ordinario es que las pretensiones que se acumulen en una misma demanda, deben ser de competencia del funcionario a quien se dirige el libelo (artículo 82 del Código de Procedimiento Civil) pero no siempre es así, sin que el problema carezca de solución en el Código de Procedimiento Civil. Aplicación del artículo 83 y el 21 del mismo Código.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., octubre once de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango*)

Referencia: Expediente Nº 2786. Actor: Melania Quintero de Alvarez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 28 de junio de 1979, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el sentido de rechazar *"in limine"* por indebida acumulación de pretensiones, la demanda presentada por la señora Melania Quintero de Alvarez en su propio nombre y en el de sus hijos menores Edgard de Jesús, Wilson Giovany y Alexander Alvarez Quintero, contra la Nación, solidariamente con la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paul, a fin de que se los declare responsable de la muerte de ONAN ALVAREZ PEÑA y se las condene al pago de los perjuicios morales y materiales.

Los hechos fundamentales del libelo indican que el 13 de junio de 1976, el ciudadano Onán de Jesús en una intervención policiva originada en la ruptura de unos vidrios de su propia casa, resultó seriamente apaleado. Llevado por sus familiares a la Clínica San Vicente de Paúl, fue recibido por uno de los agentes agresores y un enfermero, quienes lo amarraron a una camilla y lo metieron en un baño, sin prestarle asistencia médica alguna, sino por el contrario, "lo maltrataron en forma descomunal e inhumana".

Se considera

I. *El auto impugnado*

Dice el *a quo*

"Conforme al artículo 20 del Decreto 528 de 1964:

"La jurisdicción Contencioso Administrativa está instituida para defender los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de su actividad".

"Y conforme al artículo 12 del Código de Procedimiento Civil", "Corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por la ley a otras jurisdicciones". Competencia que es improrrogable, cualquiera que sea el factor que la determine.

"De otra parte, para la acumulación de demandas o pretensiones, tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo, es necesario, que el Juez sea competente para conocer de todas ellas. Y cuando se trata de un *litis consorcio* pasivo es necesario que todas las personas estén sometidas a un mismo fuero, competencia y jurisdicción.

"2º No obstante lo anterior, los demandantes, dirigen la demanda contra la Nación y la Fundación Hospitalaria San Vicente Paúl, institución de derecho privado con domicilio en Medellín, como se desprende del certificado de folios 1, para que declare su responsabilidad solidaria por la muerte de Omán de Jesús Alvarez Peña y en consecuencia se les condene al pago de los perjuicios consiguientes.

"3. Pero es el caso que las entidades demandadas tienen distintos jueces, pues los actos y hechos de la Nación se juzgan por la jurisdicción contencioso administrativa, y los actos y hechos de la Fundación Hospitalaria, como institución de derecho común que es, se juzgan por los jueces de la jurisdicción ordinaria.

"Fluye de lo anterior que en la demanda se contiene una indebida acumulación de pretensiones, a la vez que por pasiva se integra un *litis consorcio* no necesario con personas sometidas a distintos fueros, distinta jurisdicción y distinta competencia.

"Todo lo expuesto obliga a proceder conforme lo prescriben los Arts. 87 y 88 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con el 85 del Código de Procedimiento civil, rechazando la demanda *in limine* y ordenando la devolución de los anexos, sin necesidad de desglose (artículo 85, 3 y 5 incisos 3 y 4)".

II. Todo parece indicar que este es el primer caso que se presenta ante las dos jurisdicciones y de ahí la ausencia de antecedentes, los que tampoco se hallan en los compendios jurisprudenciales franceses de Hauriou y Dalloz.

Ciertamente lo ordinario es que las pretensiones que se acumulan en una misma demanda, a tenor del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil deben ser de competencia del funcionario a quien se dirige el libelo.

Pero no siempre es así, sin que el problema carezca de solución en el Código de Procedimiento Civil.

En efecto, conforme al artículo 83 del estatuto mencionado, cuando quiera que se esté en presencia de un *"Litis consorcio necesario"*, en el auto admisorio de la demanda se ordenará citar a quienes deben concurrir a formarlo, para que comparezcan como demandados y aunque normalmente no debería haber problema de jurisdicción o competencia, si él se ha presentado, se resolverá con aplicación de estos principios y de los expuestos en el artículo 21 del mismo código.

Así dicen: "La competencia no variará por la intervención sobreviniente de personas que tengan fuero especial, o porque éstas dejen

de ser parte en el proceso, salvo cuando se trate de *agentes diplomáticos ante el Gobierno Nacional.*

El artículo 83, en cuanto a la citación de terceros, el carácter con que se hace y la oportunidad de hacerlo, no parece aplicable a los procesos contenciosos administrativos, en los cuales la intervención de los terceros no puede ser sino la de coadyuvantes o impugnadores conforme al artículo 89 del Código Contencioso Administrativo, y así los ha dicho esta Sala, pero su letra y espíritu, sirve para dilucidar casos como el presente, pues ella ha de ser la misma, por su naturaleza, cualquiera que sea la clase de proceso y de jurisdicción, salvo norma legal expresa en contrario.

El artículo 21 permite que la competencia sea estable, aún frente a los fueros y armónicamente interpretado, permite decir que cuando el tercero puede ser llamado por el Juez al admitir la demanda, también puede ser incluido desde el principio en el libelo, pues la intención es la misma y otra conclusión rendiría los principios a las simples formalidades.

Los hechos fundamentales de la demanda, son por lo menos en su presentación, imputables a la Nación y al Hospital referido en forma que resulta difícil fraccionarlos sin dividir la continencia de la causa y sin menospreciar los fines de la administración de justicia.

Por lo demás, como lo prevé la ley para otros casos, la atracción debe ser ascendentemente y no descendente, respetando hasta donde sea posible el fuero.

III. En otros términos:

Aunque atendidos literalmente los términos de las normas citadas por el *a quo,* la providencia impugnada aparece arreglada a derecho, se observa:

1. *La competencia es clara*: No se trata de aplicar, por analogía normas sobre competencia. Por el contrario, la competencia para conocer de la pretensión deducida contra la Institución de derecho privado, claramente corresponde a la jurisdicción ordinaria. La pretensión ejercida contra la Nación está atribuida por ley expresa, a esta jurisdicción.

2. *El juez único.* Lo que se trata es de determinar si tales pretensiones pueden hacerse valer separadamente y ante distintas jurisdicciones, sin que se lesione la identidad de la causa, la defensa de los demandados y la autoridad de la cosa juzgada, ante las siguientes posibilidades:

a) el juez del particular podría determinar que el hecho de un tercero (del agente de la administración) exonera de responsabilidad al hospital demandado:

b) por su parte el juez de la administración, podría llegar a idéntica conclusión en relación con el hecho del enfermero, pues ante ambas jurisdicciones y frente a ambos derechos (el privado y el público) el hecho de un tercero es exonerativo de responsabilidad.

c) Obviamente, aceptado que *un sólo juez,* debe definir el litigio, resulta obligatorio que al particular se le juzgue conforme al Código Civil y al Estado conforme al derecho público.

d) el *a quo* cuestiona la existencia del *litis consorcio necesario,* pero no da razones. No se ve claro, dados los términos de la demanda, como podría fraccionarse la incidencia de los hechos imputados a la Nación (policía) con la correspondiente a los hechos del particular (enfermero), por lo menos para efectos de la admisión del libelo.

e) Todo indica que deben comparecer, a tenor del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, "todos los que intervinieron" en tales hechos, que es lo que configura uno de los casos de *litis consorcio necesario.*

f) La demanda afirma la *solidaridad,* sin que sea la oportunidad de cuestionarla, pero aun sobre la base de la *responsabilidad conjunta,* dada la divisibilidad de la obligación, la situación resultaría idéntica.

g) Conviene recalcar que aunque los artículos 83 (en cuanto define el *litis consorcio necesario*) y el 21 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto instituye la "inalterabilidad de la competencia" a pesar de los fueros, se dictaron para el proceso civil, dada su naturaleza, resultan propias de todo proceso judicial y propio del proceso contencioso administrativo a virtud de lo dispuesto por el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo.

h) Y, siendo normas propias, de ambas jurisdicciones, lo mismo que la norma que decide la competencia por el fuero de atracción y el juez de mayor categoría (artículo 82 del Código de Procedimiento Civil) resultan aptas para definir este aparente conflicto entre las dos jurisdicciones, en forma que salvan la continencia de la causa, la seriedad de la cosa juzgada y los altos fines de la justicia, entregando la decisión del litigio al Tribunal Administrativo correspondiente.

1. Al fallar, se decidirá si aparece o nó la "falla del servicio" que define la responsabilidad del Estado, por la totalidad o por la parte en que dicha falta resulte causa idónea del perjuicio, definiendo la responsabilidad parcial de la persona de derecho privado (Fundación Hospitalaria).

2. Empero, si tal "falla del servicio", no apareciere, por considerar, por ejemplo, el juzgador que está en frente de la "falta personal del agente" desaparecería el *factor de conexión* entre las dos jurisdicciones y la absolución del Estado implicaría una decisión inhibitoria ante la pretensión deducida frente a la persona de derecho privado, pues otra cualquiera decisión carecería del respaldo de las razones que se han dado para autorizar la intervención juzgadora de esta jurisdicción en forma excepcional, entre particulares.

En mérito de lo expuesto, SE REVOCA, en todas sus partes el auto apelado y, en su lugar, se RESUELVE:

Primero: Admítese la demanda por reunir los requisitos en cuanto a forma se refiere.

Segundo: Notificar personalmente la presente providencia al señor Agente del Ministerio Público y al doctor Oscar Bermúdez Bermú-

dez como representante legal de la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paúl, y al señor Director General de la Policía Nacional.

Tercero: Fíjese el negocio en lista para efectos y por el término del artículo 126 del Código Contencioso Administrativo.

Cuarto: Se reconoce personería al doctor Pastor García Torres, para actuar como apoderado de la parte actora en el presente proceso.

Quinto:Devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquse, publíquse y cúmplase.

Jorge Valencia Arango, Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, Osvaldo Abello Noguera.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DELEGACION DE FUNCIONES. — Cuando las funciones delegadas son atribuciones propias de una entidad nacional el carácter nacional de ellas no se desvirtúa por la delegación.

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

(Consejero ponente: *Doctor Mario Enrique Pérez*)

Referencia: Expediente Nº 3188. Actor: Miguel Angel Laverde Gallego.

Ha llegado el proceso de la referencia a esta Sala para que se surta el recurso de apelación interpuesto por el demandante, doctor Miguel Angel Laverde Gallego, contra el auto de 25 de junio de 1979, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual no accedió a suspender provisionalmente el artículo 5º Bis —que corresponde al 10º— del Decreto 774 de 20 de diciembre de 1978, emanado del Alcalde Municipal de Medellín, por el cual se fijaron las tarifas para la prestación del servicio público urbano de transporte de taxis y se dictaron otras disposiciones.

En virtud de la apelación interpuesta, la Sala procedió a revisar los autos y encontró que se ha incurrido en una nulidad procesal, que no puede pasar inadvertidamente. En efecto, como las nulidades pueden declarse en cualquiera de las instancias y en todo momento, procede a examinarla:

En ejercicio de la acción de nulidad establecida por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, se ha demandado la nulidad del Decreto 774 de 1978, expedido por el Alcalde Municipal de Medellín, quien para ello invocó sus facultades legales y, en especial, las conferidas por el Decreto 2904 de 19 de diciembre de 1977.

Ahora bien, el Decreto 2904 de 1977 fue dictado por el Gobierno Nacional en uso de sus facultades legales y en particular de las que le otorgan los Decretos 770 y 3130 de 1968. Por el artículo primero del Decreto se aprobó la delegación indefinida de unas funciones del Instituto Nacional del Transporte en el Alcalde del Municipio de Medellín, las cuales se hallan enumeradas en el Acuerdo Nº 020 de 9 de noviembre de 1977, de la Junta Directiva del mencionado Instituto, cuyo artículo quinto dice: "Para el ejercicio de las funciones delegadas por este Acuerdo, el Alcalde de Medellín gozará de las mismas facultades que la ley y las demás normas vigentes otorgan, en cada caso, al Instituto Nacional del Transporte".

Como las funciones delegadas al referido Alcalde, circunscritas al territorio de su jurisdicción, son atribuciones propias de una entidad nacional, como es el Instituto Nacional del Transporte, el carácter

nacional de ellas no se desvirtúa por la delegación. Abona lo anterior la manera como el Decreto 2904 de 1977 delegó las funciones en el Alcalde, esto es, con las "mismas facultades que la ley y las demás normas vigentes otorgan" a la entidad delegante.

En consecuencia, los actos que dicte dicho Alcalde y que versen sobre la materia delegada, son actos del orden nacional y su control jurisdiccional corresponde, en única instancia, al Consejo de Estado cuando, como en el presente caso, no tengan cuantía, de conformidad con el numeral 10 del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo.

El hecho de que el Tribunal Administrativo de Medellín haya conocido en primera instancia de este proceso, sin tener competencia para ello, ha generado una nulidad procesal de naturaleza inallanable, la cual determina que se deba invalidar la actuación que se haya realizado, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, de conformidad con el numeral 3 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en esta Jurisdicción en virtud del artículo 282 del Código Contencioso Administrativo. Esta nulidad debe abarcar, desde luego, la actuación que haya llevado a cabo el Tribunal, con posterioridad a la ejecutoria del auto por el cual se concedió la apelación, con base en la copia que quedó en su poder de las piezas correspondientes del expediente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, dispone:

Declárase la nulidad de la actuación surtida en este proceso, desde el auto admisorio de la demanda, inclusive, la cual comprende la actuación que haya adelantado el Tribunal después de la ejecutoria del auto que concedió el recurso de apelación, con base en la copia de las piezas pertinentes del expediente que quedó en su poder.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiseis de octubre de mil novecientos setenta y nueve.

Alfonso Arango Henao, Carlos Galindo Pinilla, Jacobo Pérez Escobar, Mario Enrique Pérez.

Rafael Miranda Buelvas, Secretario.

INTERVENCION DE TERCEROS. — En el Código Administrativo la intervención de terceros no está contemplada y sólo su artículo 89 permite la intervención adhesiva o secundaria en las formas tradicionales de la coadyuvancia y de la impugnación.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. — Bogotá, D. E., noviembre nueve de mil novecientos setenta y nueve.

(Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo*)

Referencia: Expediente Nº 2780. Queja. Actor: Su Casa Limitada (Alberto Martínez M).

Conoce esta Sala del recurso de queja interpuesto contra el auto de 30 de mayo del presente año, por el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar denegó la apelación interpuesta contra el proveído de 15 del mismo mes que no accedió a la denuncia del pleito pedida por el municipio de Cartagena por estimarla improcedente.

Para resolver se considera

a). El auto que no aceptó la denuncia propuesta debió pronunciarse por la Sala y no por el sustanciador. Aunque no existe norma que así lo ordene expresamente, y por tratarse de auto que no tendría apelación ni súplica, la única posibilidad, para su control, estaría en el recurso de reposición.

b). En el Código Administrativo la intervención de terceros no está contemplada y sólo su artículo 89 permite la intervención adhesiva o secundaria en las formas tradicionales de la coadyuvancia y de la impugnación. Estima la Sala que en cuanto a las otras formas de intervención de terceros contempladas hoy en el nuevo Código de Procedimiento Civil y concretamente frente a la denuncia del pleito, no puede hablarse propiamente de vacío, entre otras razones por cuanto en el proceso contencioso administrativo, por regla general, no existe la contestación de la demanda y porque en éste se revisa un acto administrativo legal del debido agotamiento de la vía gubernativa por la parte afectada por el mismo, quien es la única, en principio, legitimada para accionar.

c) Se desprende del expediente que al proceso instaurado por "SU CASA LTDA.", es de dos instancias, en razón de la cuantía y de la naturaleza de las partes y que su trámite se cumplía en primera. Circustancia esta que cerraba la posibilidad de que el auto por el cual se resolvió denegar la denuncia del pleito fuera suplicable. Baste recordar que el recurso ordinario de súplica no procede sino contra los autos que

por su naturaleza serían apelables, dictados en única o segunda instancia (artículo 363 del Código de Procedimiento Civil).

d) Para esta Sala el auto que concede o niega una apelación debe ser pronunciada por la Sala y no por el sustanciador, como sucedió en el caso concreto. Esta afirmación respalda la tesis doctrinal ya reiterada de esta Corporación de que contra los autos de Sala Unitaria o mejor, del sustanciador, no cabe el recurso de apelación.

e) Aunque estos aspectos procesales impiden resolver favorablemente la petición sobre apelación, la Sala anota que las reflexiones hechas por el señor Magistrado sustanciador se ajustan en un todo a la ley y a la jurisprudencia del Consejo.

Por lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado

Resuelve:

Declárase bien denegado el recurso de apelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día ocho de noviembre de mil novecientos setenta y nueve.

Jorge Dangond Flórez, Carlos Betancur Jaramillo, Osvaldo Abello Noguera, Jorge Valencia Arango.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

INDICES

INDICE ANALITICO ALFABETICO

A

Páginas

1. ACCION CONTRACTUAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.— (SALVAMENTO DE VOTO).

No tiene caducidad, y en lo tocante a prescripción de los derechos y obligaciones, está sometida al Código Civil; la nulidad absoluta 20 *años (Ley* 50 *de* 1936 *artículo* 2º*); la rescesoria del particular,* 4 *años y la del Estado,* 4 *u* 8 *años (artículo* 1750 *del Código Civil) y la ordinaria, en general* 20 *años. Caducidad y prescripción.*— Salvo el voto, para dejar constancia de que, no obstante que el fallo habla de similitud entre los actos contractuales de la administración y los actos administrativos, es decir, actos unilaterales y de que no se dilucida si hay caducidad o prescripción en el caso *sub lite* quedan vigentes los siguientes criterios jurisprudenciales. 1) Conforme al artículo 73 ordinal 1º del Código Contencioso Administrativo, se excluía toda controversia que verse sobre resoluciones "que tengan origen en un contrato", de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, dejándola en manos de la jurisdicción ordinaria; 2) El Decreto Ley 528 de 1964, por su artículo 30 (ordinales 1º y 2º adscribió a esta jurisdicción especial el conocimiento de "las controversias relativas a contratos administrativos" de la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarias, establecimientos públicos y sociedades de economía mixta. 3) Por tanto, las controversias sobre contratos de derecho privado, celebrados por la administración, corresponden a la justicia ordinaria (artículo 16, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil). 4) Por contrato administrativo, dada la ausencia de una definición legal y de la imposibilidad que se ha observado hasta ahora, para que la jurisprudencia siente un criterio claro y definido al respecto, se recurre para distinguir esta clase de convenciones, a los criterios legal y doctrinal, este último como subsidiario de aquel. 5) En resumen, hasta la vigencia del Decreto Ley 528 de 1964, era claro que toda controversia contractual en que fuera parte el Estado, era de competencia de la justicia ordinaria, tratárese de acciones recisorias o de nulidad absoluta o, lo que es lo mismo, de acciones constitutivas o declarativas y, por lo mismo, bien, que la discusión versara sobre nulidad relativa o absoluta, la competencia estaba determinada por el artículo 40 del anterior Código de Procedimiento Civil, Ley 105 de 1931, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 67 de 1936. En este régimen, la prescripción de las acciones estaba sujeta a las reglas del Código Civil, 20 años para la acción de nulidad (artículos 2º Ley 50 de 1936) 4 u 8, según el artículo 1750 del Código Civil, para las

acciones rescisorias según los ejerza el particular o el Estado en este último caso, según las circunstancias configurativas del vicio. 6) Pero lo anterior, referido a la prescripción, fenómeno del derecho sustancial no puede aplicarse a la caducidad fenómeno puramente procesal, que no existía para las acciones contractuales mientras eran de conocimiento de la justicia ordinaria y que no podían sujetarse a normas del Código Contencioso Administrativo, cuando el artículo 73, ordinal 1º de este estatuto las excluía expresamente. 7) Cuando el Decreto Ley 528 de 1964, que no regula íntegramente la materia y, por lo mismo no deroga la legislación anterior sino en cuanto expresamente lo diga o por su contenido se cree la contradicción, deroga el ordinal 1º del artículo 73 y adscribe "las controversias contractuales administrativas" a esta jurisdicción (artículos 30 ordinal 1º y 32 ordinales 1º y 3º) no modificó el régimen expuesto en el Código Contencioso Administrativo, en relación con la acción pública de nulidad, ni con la caducidad de las acciones, por lo que, dentro de su ordenamiento ni cabe la acción pública de nulidad del artículo 56, ni cabe la caducidad del artículo 83 del mismo estatuto frente a las acciones contractuales. 8) Tanto los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo, como el artículo 83 del mismo estatuto al hablar de la caducidad hacen referencia a actos administrativos, hechos u operaciones administrativas, fenómenos que tienen en común la unilateralidad de la actuación del Estado, el ejercicio de su potestad administrativa, de su imperio, bien distinto a lo que sucede con los actos a los hechos, realizados para perfeccionar un contrato administrativo, para cumplirlo o hacerlo cumplir, para terminarlo o declarar su incumplimiento, gestiones en las cuales aunque utilice cláusulas exorbitantes, siempre actúa la administración en virtud de derechos y obligaciones contractuales, actos bilaterales o en función de los mismos. 9) Los literales a) y b) del artículo 30 del Decreto Ley 528 de 1964, distinguen para efectos de atribuir la competencia, entre *"controversias contractuales" y "controversias extracontractuales"* y sólo en relación con estas últimas el artículo 28, *ibídem*, creó la institución de la caducidad con término de 3 años. Y mal podría decirse, que para las contractuales la caducidad es de 4 meses, artículo 83 Código Contencioso Administrativo. Porque: a) Ya se vio que tales controversias estaban excluidas de la reglamentación legal de dicho estatuto (artículo 73, ordinal 1º; b)Que hasta 1964, tales controversias eran de conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, sin necesidad de impugnar resoluciones ni someterse a caducidad alguna; c) El Decreto Ley 528 de 1964, sólo cambió la competencia, adscribió su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa, pero sin cambiar su régimen jurídico sustancial; d) Repugnaría que las controversias extracontractuales tuvieran caducidad de 3 años y las contractuales, caducidad de 4 meses. 11) Ya se dijo que los contratos administrativos no pueden ser impugnados con la acción pública de nulidad o contencioso o objetivo del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo y se explicó esto porque excluidos por el artículo 73 ordinal 1º del Código Contencioso Administrativo, el Decreto Ley 528 de 1964, no modificó esta situación; 12) Pero, en cambio, si cabe contra esta clase de contratos la acción de nulidad absoluta del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, alegable por los contratantes,

Páginas

por el Agente del Ministerio Público en "interés de la moral o de la ley" o "por todo el que tenga interés en ello" y esta acción es bien distinta a la consagrada por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que corresponde a cualquier ciudadano en defensa altruista del derecho objetivo. (Salvamento de Voto del Consejero doctor Jorge Valencia Arango. a la sentencia de septiembre 27 de 1979. Expedientes 1813 y 1845. Actor: American Home Assurance Co. of New York e Indutrias Ivor). 535

2. ACCION DE NULIDAD

Puede formularse contra actos de contenido particular. Litis consorcio necesario. *Es incuestionable que la pretensión así formulada, no solamente se dirige de manera principal contra la administración, en cuanto autora del acto, sino contra la persona del particular, de suerte que una y otra deben quedar colocadas dentro del proceso en calidad de partes principales, como demandadas.*— A raiz del cambio jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la naturaleza de las pretensiones contencioso administrativas de nulidad y de plena jurisdicción que se operó en 1961, esta Corporación ha reiterado que la pretensión de simple nulidad puede formularse contra actos de contenido particular. Como quiera que actos de tal naturaleza suelen ser constitutivos o declaratorios de situaciones jurídicas individuales se plantea un delicado problema de orden procesal en el caso de que cualquier persona formule la pretensión de simple nulidad contra un acto de tal naturaleza, a saber: ¿Podría adelantarse validamente el proceso correspondiente sin su interevención?. Las disposiciones que regulan la simple ritualidad del proceso ordinario y de los especiales de lo contencioso administrativo no indican expresamente que deba notificársele personalmente al titular de ese derecho el Auto admisorio de la demanda. Pero un jurista no podría de ello deducir que sea posible actuar la pretensión a sus espaldas, porque las normas procesales no se agotan con las que se limitan a diseñar las diversas vías de los procedimientos. Hay otras de mayor significación normativa, como son las que prescriben los principios fundamentales del proceso y que, como tales, se proyectan sobre las otras para infundirles dinámica y sentido o para integrarlas dentro de una concepción sistemática o cientifica del proceso. Los meros prácticos del Derecho no suelen conocerlas y quizás en gran medida a ellos se deba, en parte la ineficacia de nuestra administración de justicia. A ese orden de disposiciones o de principios pertenecen los preceptos relativos al *"Litis consorcio necesario"*, figura jurídica que puede darse en toda clase de procesos y que, por lo mismo no es institución exclusiva del procedimiento civil. Si nuestro Código Contencioso Administrativo no la contempla expresamente es porque esta obra jamás se expidió con la pretensión de regular integramente la materia procesal. Sus redactores apenas diseñaron los rasgos específicos del proceso contencioso y se remitieron en lo demás, que no fuera contrario o incompatible con ellos, a los principios generales del proceso civil (artículo 282 del Código Contencioso Administrativo). Ni en las disposiciones que regulan la simple ritualidad del proceso ordinario o de los especiales en materia civil tampoco encuentra ninguna que trate de *litis consorcio necesario*. ¿Podria ello servir de excusa al Juez Civil

para no integrar en debida forma el contradictorio, porque los preceptos a él atinentes hacen parte del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, en donde se hallan las normas del proceso en general y en donde se trata expresamente aquélla institución? ¿Igualmente podría ignorarla el Juez de lo contencioso administrativo porque el código de la materia no la menciona expresamente, no obstante que en lo no regulado por él, se remite al Código de Procedimiento Civil?. Dice el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que "cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos la demanda deberá formularse contra todos. Si no hiciere así el Juez en el auto que admite la demanda ordenará la citación de quienes falten para integrar el contradictorio, la "que se hará en la forma y en el término de comparecencia dispuesto para el demandado". Cuando en un proceso contencioso administrativo cualquier persona pide la declaración de simple nulidad de un acto creador de una situación jurídica concreta —posibilidad que tiene reconocida la jurisprudencia de esta Corporación desde hace 18 años—, ¿Podrá resolverse de mérito sin la comparecencia de quien sea titular de la situación jurídica constituida por el acto cuya nulidad se impetra? Podrá adelantarse el proceso a sus espaldas, y, eventualmente, declararse la nulidad del acto constitutivo de su situación jurídica sin darle la oportunidad de intervenir en el proceso, pese a que la Constitución Nacional tiene instituida esa garantía fundamental en el artículo 26, aduciendo como razón que en la pura ritualidad de los procesos contencioso administrativos no se previó otra notificación personal del auto admisorio de la demanda, que la del Ministerio Público? No lo cree así la Sala frente a la citada disposición de la Carta y frente al precepto perentorio del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso contencioso en razón de lo previsto en el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo, pues aquella disposición no sólo no pugna con las regulaciones específicas de este estatuto, sino que constituye el único instrumento eficaz para preservar la garantía constitucional antes indicada. En la hipótesis que se contempla surge un *litis consorcio necesario* pasivo que le impone al Juez un deber ineludible. Como el éxito eventual de la pretensión, vale decir la nulidad del acto, privaría a una persona determinada del acto constitutivo o declarativo de su situación jurídica concreta, es incuestionable que la pretensión no solamente se dirige de manera principal contra la administración, en cuanto autora del acto, sino contra la persona del particular, de suerte que una y otra deben quedar colocadas dentro del proceso en calidad de partes principales, como demandadas. Por consiguiente resulta imperioso para el Juez integrar con ambas el contradictorio. En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión confirma el Auto recurrido (29 de mayo) en cuanto denegó la suspensión provisional, pero revoca el punto tercero de dicho proveído y, en su lugar, dispone notificar personalmente el Auto admisorio de la demanda a las sociedades Nabandina de Aduanas Ltda., Mintex Internacional Ltda., Pelaez Hermanos e Inelso Ltda., con domicilio en esta ciudad, por conducto de sus respectivos representantes legales. (Sala de lo Con-

Páginas

tencioso Administrativo, Sección Primera. Auto de Agosto 20 de 1979. Consejero ponente, Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 3051 Actor, Alvaro Escobar Henriquez). 830

3. ACUERDO SUBREGIONAL Y LA INCORPORACION DE SUS NORMAS AL DERECHO INTERNO

Consideraciones de carácter general relacionadas con el "fenómeno integracionista" y consecuencias de carácter jurídico que este proceso implica. La integración como fenómeno jurídico. La supracionalidad que rodea el órgano comunitario como fundamento de la elaboración de la norma en el Derecho de integración. Definición de Supranacionalidad críticas al Derecho de la Integración por considerarlo violatorio de la soberanía de los Estados. Incorporación de la norma supranacional al Derecho interno, determinación sobre si su aplicación tiene efecto inmediato o si por el contrario tal efecto requiere de una previsión expresa de derecho interno en cada uno de los países miembros. Normas supranacionales indirectas y normas supranacionales directas. Artículo 21 del Reglamento de la Comisión. El fenómeno integracionista se presenta entonces, como un fenómeno múltiple dada la gran variedad de facetas que puede comprender. En algunos casos la realización de objetivos de carácter eminentemente económicos será el factor determinante de la integración; en otros, el elemento prevaleciente estará referido a la obtención de niveles adecuados en el desarrollo social de los países que conforman las entidades integracionistas. También habrá ocasiones en que problemas y propósitos comunes de orden cultural, serán los determinantes de esta clase de acuerdos. La integración, finalmente, puede comprender también aspectos de carácter político. Esta idea que en definitiva vendría a constituir la culminación del proceso integracionista, fue objeto de especial examen por los países del viejo mundo en el año de 1954, cuando estuvo a su consideración el proyecto de crear la comunidad política europea. La Integración como fenómeno Jurídico. "Cuando se planteó la tesis integracionista, expresa el doctor José J. Caicedo Perdomo, los Estados se dieron cuenta que el derecho internacional existente no les ofrecía los procedimientos y las técnicas jurídicas para llevarla a cabo. El proceso de la elaboración de las normas de derecho internacional, así como el sistema de solución pacífica de las controversias, no permitían actuar con la elasticidad y agilidad necesarias. Ante esa situación los Estados no quisieron iniciar una reforma total del derecho internacional sino más bien crear una rama específica de ese derecho cuyas características jurídicas constituyeran excepciones a los principios generales adoptados por la comunidad internacional". En efecto, dentro de la concepción clásica del derecho internacional, el Estado era el único sujeto de los derechos y obligaciones de carácter internacional. El ámbito a que se extendía su aplicación estaba circunscrito las relaciones exclusivamente exteriores de los Estados. Su función se orientaba a coordinar la voluntad de los Estados sobre la base del consentimiento prestado por ellos, dentro de un criterio esencialmente individualista, orientado con exclusividad a proteger intereses nacio-

nales. En el proceso integracionista el derecho que nace a la vida jurídica como consecuencia de este fenómeno se aparta sustancialmente de las etapas o secuencias normativas de uso corriente en el derecho internacional. En la doctrina clásica la norma de derecho internacional solamente obliga a los Estados cuando se hayan satisfecho lo requisitos para su elaboración, exigidos en sus diferentes etapas: negociación, firma, aprobación interna y ratificación. En el derecho de integración la elaboración de la norma se realiza con fundamento en el concepto de supranacionalidad que rodea el órgano comunitario. La supranacionalidad se ha definido como "la competencia de un órgano internacional o comunitario para tomar decisiones directamente obligatorias en el territorio de los Estados Miembros sin la necesidad de una incorporación en el ordenamiento jurídico nacional". "La adquisición de poderes reguladores por los órganos comunitarios, en el derecho de integración económica, expresa la Corte Suprema de Justicia en fallo de 27 de febrero de 1975, viene de un traslado de competencias que las partes contratantes les hacen voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo. Y así se opera, pues según terminología corriente, un cambio, una cesión, un tránsito de prerrogativas de lo nacional o lo supranacional". Dentro del mismo criterio se expresó la Corte de Justicia de las ¿Comunidades Europeas en el fallo VAN GEN - Y LOOS, del 5 de febrero de 1963: "La Comunidad constituye un nuevo orden jurídico en provecho del cual los Estados han *limitado,* aunque en aspectos restringidos sus derechos soberanos". (Derecho de la Integración: Nuevo Fenómeno de las Relaciones Internacionales, página 29). Coincidente con el mismo criterio adoptado por la Corte el Doctor Caicedo Perdomo expresa: "El fundamento de esa competencia supranacional, sea cual fuere la teoría utilizada, aparece en el tratado negociado, firmado, aprobado y ratificado por los Estados, de acuerdo con las normas tradicionales del derecho de los tratados". "Esta competencia, expresa el mismo autor se caracteriza por la autonomía del órgano internacional, por la estricta obligatoriedad de la norma aprobada y por su aplicación directa sin la necesidad de su incorporación en el arbitrio jurídico interno de los Estados por medio de un acto del poder ejecutivo o del poder legislativo". Estudiosos del Derecho Constitucional han formulado serios reparos al Derecho de Integración por considerarlo violatorio de la soberanía de los Estados. Expresan ellos que al aprobarse tratados integracionistas, los Estados están delegando competencias que no pueden delegar sin afectar directamente a su soberanía nacional. Es rigor la observación tiene plena validez a la ley del concepto clásico de soberanía, entendida, como el "conjunto de atributos inherentes a la personalidad del Estado". Nuestra realidad contemporánea sinembargo, nos muestra una situación diferente. Los fenómenos económicos han hecho del mundo moderno un mundo interdependientes. "Cada país, cada mercado depende de otros países y de otros mercados". Esta interdependencia limita el concepto de soberanía tal como fue entendido en el siglo pasado. Hay que acudir, pues, a una noción real y objetiva de este concepto que cambie e identifique los términos soberanía y derecho; derecho y límite de la actuación jurídica del poder del Estado. Dentro de este criterio podría intentarse una aproximación al concepto moderno de soberanía, expresando que ésta consiste en las competencias que de mane-

ra exclusiva ejerce un Estado independiente dentro de su territorio, pero sujeto a las obligaciones nacidas de sus compromisos contraídos con otros estados y organizaciones internacionales. *El Acuerdo Subregional y la Incorporación de sus normas al derecho interno.* En el Pacto Subregional Andino, la *Comisión* es el órgano con competencia normativa. A través de actos, que toman el nombre de *Decisiones* "expide legislación vincular para los Estados y los sujetos de derecho que actúan en el seno del mercado andino". "Tales reglas expedidas por la entidad andina —expresó la Corte en el fallo citado—, rigen la conducta de los países comprometidos y sus habitantes en asuntos fundamentales de la actividad económica, sin necesidad de someterse a procedimientos previos de admisión en cada uno de los Estados que componen el área territorial del pacto; y sólo cuando éste lo establece o la naturaleza de las materias lo exige, requieren el desarrollo de trámite nacionales (v. artículos 6, 7, 29, 30, 33, 48, 50, 66, 75, 82, 109, y 27, 28, 31, 52, 57, 61, 64, 65, 68, 79, 80, 104 y 110)". Se advierte por el texto de las normas que han sido objeto de consideración, cómo la obligatoriedad de la norma supranacional, además de fundamentarse en las disposiciones del tratado, adquiere su fuerza vinculada en razón de la votación efectuada conforme a los requisitos establecidos en el acuerdo constitutivo del organismo integracionista. Por esta razón los representantes de los Estados en la Comisión del Acuerdo son Plenipotenciarios que pueden con su voto comprometer al Estado y manifestar mediante ese voto el consentimiento del Esdo para someterse internacionalmente a esa norma supranacional. En la apreciación del fenómeno de incorporación de la norma supranacional al derecho interno, surge como cuestión previa la de determinar si su aplicación tiene efecto inmediato o si por el contrario tal efecto requiere de una previsión expresa de derecho interno en cada uno de los países miembros. El problema que se plantea fue objeto de un amplio debate de carácter jurídico con ocasión de la expedición del Decreto Nº 1299 de 1971, por el cual el Gobierno Nacional *puso en vigencia* (el subrayado es de la Sala), el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías "expedido por el Acuerdo de Cartagena". Parece pertinente traer al caso que el artículo 27 del Acuerdo dispuso que antes del 30 de diciembre de 1970 la Comisión a propuesta de la Junta, aprobaría y sometería a la consideración de los Países Miembros un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros, y entre otros sobre marcas, patentes, licencias y regalías. Los Países Miembros, expresa el artículo, "se comprometen a adoptar las providencias que fueran necesarias para poner en práctica este régimen dentro de los seis meses siguientes a su aprobación por la Comisión. Dentro de los términos de la norma referida, la Comisión del Acuerdo de Cartagena expidió la Decisión 24, complementada posteriormente en la Decisión 37, constitutiva de "El Régimen Común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías". El Gobierno Nacional consideró que para dar vigencia a las citadas normas dentro del ámbito interno del país se requería su adopción mediante la expedición de un instrumento jurídico. Fue así como se expidió el Decreto 1299 de 1971, por el cual se puso en vigencia el referido régimen de capitales. Diversas consideraciones se tuvieron en cuenta para la decisión gubernamental.

Páginas

Por una parte, se partió del supuesto de que el Acuerdo de Cartagena constituia un desarrollo del Tratado de Montevideo. Que como el citado tratado había sido aprobado por la Ley 88 de 1961, y el artículo 2º de dicha ley facultó al gobierno para adoptar las medidas conducentes al desarrollo de dicho convenio, siendo el régimen de capitales una norma expedida por un organismo internacional creado dentro del marco del acuerdo del Tratado de Montevideo, el gobierno estaba facultado para expedir el decreto que lo pusiera en vigencia. Sinembargo si se repasan los antecedentes de la expedición del decreto en cuestión, no pueden dejar de mencionarse las consideraciones contenidas en el Acta final correspondiente al cuarto periodo de sesiones extraordinarias de la Comisión del Acuerdo de Cartagena cuyo texto se transcribe a continuación: "La Comisión estimó conveniente que, de conformidad con las modalidades jurídicas propias de cada país, *se dicten los decretos que pongan en vigor el mencionado régimen común.* Recomendó que, la Decisión 24 se recoja íntegramente en un instrumento único, mientras las disposiciones reglamentarias y de otro género que sean necesarias para aplicar el régimen se expidan en instrumentos separados, los cuales pueden ser inclusive simultáneos. Si fuere necesario completar el texto de la Decisión Nº 24 con disposiciones tendientes a adoptarlo a las modalidades jurídicas nacionales, que convino que, en ningún caso, ellos podrían referirse a materias de interpretación ni a aspectos reglamentarios que sean competencia de la Comisión". El decreto fue demandado ante la Corte Suprema de Justicia, demanda sobre la cual recayó el pronunciamiento de esta Corporación, fechado el 20 de enero de 1972, cuyos considerandos desconocen absolutamente el alcance que dio el decreto demandado a las Decisiones 24 y 37 de la Comisión en el sentido de su obligatoriedad original y propia, atribuyendo, de paso, a tales Decisiones el carácter de un Tratado Internacional autónomo. De acuerdo con lo expuesto la Corte declaró inexequible el Decreto Nº 1299 de 1971. Sinembargo, fue la misma Corte la que en sentencia de 27 de febrero de 1975 que desató la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 2º y 4º de la Ley 8ª de 1973, la que opuso consideraciones diferentes a las que acaban de mencionarse y cuyo fundamento estriba precisamente en el carácter obligatorio de las normas supranacionales. Aquí la Corte, como los doctrinantes, plantean la distinción entre normas supranacionales indirectas, es decir que requieren incorporación en el ordenamiento jurídico interno para que puedan surtir efectos jurídicos obligatorios y normas supranacionales directas, es decir normas que surten efectos jurídicos en el territorio de los Estados sin la necesidad de incorporarlas. Viene al caso, entonces, examinar si las Decisiones 124 y 125 expedidas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, durante el vigésimo tercer período de sesiones (12 a 16 de diciembre de 1977) y aprobadas por el Acta final de fecha 16 de diciembre de 1977, se asimilan o no al tipo de normas que la Corte y los tratadistas han distinguido como de aplicación directa o de necesaria incorporación al derecho interno mediante un acto expreso. Es precisamente el artículo 21 del Reglamento de la Comisión (Decisión Nº 6) el que al efecto dispone: "El texto de la Decisión en su parte resolutiva estará dividido en artículos. En los casos en que sus disposiciones impliquen obligaciones para los países Miembros o para los Organos del Acuerdo, se in-

dicará la fecha de su entrada en vigor en el artículo final. En caso contrario, se entiende que la fecha correspondiente es la de aprobación del Acta final de la reunión respectiva". Del texto de tal artículo se infiere que para efectos de su entrada en vigor dos son las clases de Decisiones que puede expedir la Comisión del Acuerdo: las primeras, las que implican obligaciones para los Países Miembros o para los órganos del Acuerdo. Obligaciones para los países Miembros serían las derivadas de la necesidad de adoptar mediante actos de derecho interno el contenido mismo de la Decisión; en otras palabras, incorporación nacional del Derecho Comunitario como requisito indispensable de su vigencia. O, con otra perspectiva, vendrían a ser normas de supranacionalidad indirecta las que por requerir tal incorporación no podrían entrar en vigor sino al cumplirse aquélla, sin perjuicio de que la Comisión señalara una fecha limite para cumplirla. La vigencia de la Decisión incorporada tendría entonces, como fecha la que el acto de incorporación señalare. Desde luego es la propia Comisión la que indica en la respectiva Decisión o al aprobar el Acta final correspondiente la fecha de su entrada en vigor, según la naturaleza de la que expida. La segunda clase de decisiones que puede expedir la Comisión, o sea, aquellas que no implican para los Países Miembros, obligaciones conexas con la adopción de actos de derecho interno, conformaría las denominadas normas de supranacionalidad directa, cuya entrada en vigor la determinaría la fecha de aprobación del Acta final de la reunión respectiva. Si las Decisiones 124 y 125, no indican en el artículo final la fecha de su entrada en vigor, porque no implican para los Países Miembros obligación de adoptarlas mediante actos de derecho interno, su condición de normas de supranacionalidad directa es indiscutible y su entrada en vigor está determinada por la fecha y aprobación del Acta final de la reunión respectiva: 16 de diciembre de 1977. (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 6 de septiembre de 1979. Consejero ponente, doctor Jaime Paredes Tamayo. Rad. 1294. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Nacional de Planeación. Publicación autorizada con Oficio fechado el 24 de septiembre del presente año). 26

4. ACUMULACION DE PRETENSIONES

Lo ordinario es que las pretensiones que se acumulen en una misma demanda, deben ser de competencia del funcionario a quien se dirige el libelo (artículo 82 del Código de Procedimiento Civil) pero no siempre es así, sin que el problema carezca de solución en el Código de Procedimiento Civil. Aplicación del artículo 83 y el 21 del mismo Código.— Lo ordinario es que las pretensiones que se acumulen en una misma demanda, a tenor del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil deben ser de competencia del funcionario a quien se dirige el libelo. Pero no siempre es así, sin que el problema carezca de solución en el Código de Procedimiento Civil. En efecto, conforme al artículo 83 del estatuto mencionado, cuando quiera que se esté en presencia de un *"Litis Consorcio necesario"*, en el auto admisorio de la demanda se ordenará citar a quienes deben concurrir a formarlo, para que comparezcan como demandados y aunque normalmente no debería haber problema de jurisdicción o competencia, si él se

ha presentado, se resolverá con aplicación de estos principios y de los expuestos en el artículo 21 del mismo Código. El artículo 83, en cuanto a la citación de terceros, el carácter con que se hace y la oportunidad de hacerlo, no aparece aplicable a los procesos contencioso administrativos, en los cuales la intervención de los terceros no puede ser sino la de coadyuvantes o impugnadores conforme al artículo 89 del Código Contencioso Administrativo, y así los ha dicho esta Sala, pero su letra y espíritu, sirve para dilucidar casos como el presente, pues ella ha de ser la misma, por su naturaleza, cualquiera que sea la clase de proceso y de jurisdicción, salvo norma legal expresa en contrario. El artículo 21 permite que la competencia sea estable, aún frente a los fueros y armónicamente interpretado, permite decir que cuando el tercero puede ser llamado por el juez al admitir la demanda, también puede ser incluido desde el principio en el libelo, pues la intención es la misma y otra conclusión rendiría los principios a las simples formalidades. Los hechos fundamentales de la demanda, son por lo menos en su presentación, imputables a la Nación y al Hospital San Vicente de Paul referido en forma que resulta difícil fraccionarlos sin dividir la continencia de la causa y sin menospreciar los fines de la administración de justicia. Por lo demás, como lo prevé la ley para otros casos, la atracción debe ser ascendente y no descendente, respetando hasta donde sea posible el fuero. Aunque atendidos literalmente los términos de las normas citadas por el *a quo*, la providencia impugnada aparece arreglada a derecho, se observa: 1. *La competencia es clara:* No se trata de aplicar, por analogía normas sobre competencia. Por el contrario, la competencia para conocer de la pretensión deducida contra la Institución de derecho privado, claramente corresponde a la jurisdicción ordinaria. La pretensión ejercida contra la Nación está atribuida por ley expresa, a esta jurisdicción. 2. *El juez único.* Lo que se trata es de determinar si tales pretensiones pueden hacerse valer separadamente y ante distintas jurisdicciones, sin que se lesione la identidad de la causa, la defensa de los demandados y la autoridad de la cosa juzgada, ante las siguientes posibilidades: a) El juez del particular podría determinar que el hecho de un tercero (del agente de la administración) exonera de responsabilidad al hospital demandado; b) Por su parte el juez de la administración, podría llegar a idéntica conclusión en relación con el hecho del enfermero, pues ante ambas jurisdicciones y frente a ambos derechos (el privado y el público) el hecho de un tercero es exonerativo de responsabilidad. c) Obviamente, aceptado que *un sólo juez,* debe definir el litigio, resulta obligatorio que al particular se le juzgue conforme al Código Civil y al Estado conforme al derecho público. d) El *a quo* cuestiona la existencia del *litis consorcio necesario,* pero no da razones. No se ve claro, dados los términos de la demanda, como podría fraccionarse la incidencia de los hechos imputados a la Nación (Policía) con la correspondiente a los hechos del particular (enfermero), por lo menos para efectos de la admisión del libelo. e) Todo indica que deben comparecer, a tenor del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil "todos los que intervinieron "en tales hechos que es lo que configura uno de los casos de *litis consorcio necesario.* f) La demanda afirma la *solidaridad,* sin que sea la oportunidad de cuestionarla, pero aun sobre la base de la *responsabilidad conjunta, dada*

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Páginas

la divisibilidad de la obligación, la situación resultaría idéntica. g) Conviene recalcar que aunque los artículos 83 (en cuanto define el *litis consorcio necesario*) y el 21 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto instituye la "inalterabilidad de la competencia" a pesar de los fueros, se dictaron para el proceso civil, dada su naturaleza, resultan propias de todo proceso judicial y propio del proceso contencioso administrativo a virtud de lo dispuesto por el artículo 282 del Código Contencioso Administrativo. h) Y, siendo normas propias, de ambas jurisdicciones, lo mismo que la norma que decide la competencia por el fuero de atracción y el juez de mayor categoría (artículo 82 del Código de Procedimiento Civil) resultan aptas para definir este aparente conflicto entre las dos jurisdicciones, en forma que salvan la continencia de la causa, la seriedad de la cosa juzgada y los altos fines de la justicia, entregando la decisión del litigio al Tribunal Administrativo correspondiente. 1º Al fallar, se decidirá si aparece o nó la "falla del servicio" que define la responsabilidad del Estado, por la totalidad o por la parte en que dicha falta resulte causa idónea del perjuicio, definiendo la responsabilidad parcial de la persona de derecho privado (Fundación Hospitalaria). 2º Empero, si tal "falla del servicio", no apareciera, por considerar, por ejemplo, el juzgador que está en frente de la "falta personal del agente" desaparecería el *factor de conexión* entre las dos jurisdicciones y la absolución del Estado implicará una decisión inhibitoria ante la pretensión deducida frente a la persona de derecho privado, pues otra cualquiera decisión carecería del respaldo de las razones que se han dado para autorizar la intervención juzgadora de esta jurisdicción en forma excepcional, entre particulares. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 11 de 1979. Consejero Ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2786. Actor: Melania Quintero de Alvarez). 850

5. ADJUDICACION DE BALDIOS

Las "partes interesadas" y "los procuradores agrarios" pueden, dentro *de los dos años siguientes a la publicación de la providencia en el Diario Oficial, ejercitar "las acciones contencioso-administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley* 167 *de* 1941, *ante el Tribunal correspondiente, es decir, la acción de plena jurisdicción que es lo que procede contra los actos creadores de situaciones jurídicas concretas e individuales o de aquellas otras que, por su sola declaratoria de nulidad, sobreviene al restablecimiento del derecho. Ni los particulares, ni las personas interesadas, pueden impugnar los actos de adjudicación mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad.* El Tribunal, no obstante reiterada jurisprudencia de esta Corporación sobre la imposibilidad de intentar la acción pública o de simple nulidad contra actos creadores de situaciones jurídicas individuales o de aquellos que con la simple nulidad se restablece el derecho, fuera de los casos excepcionales del artículo 2 de la Ley 50 de 1936 y la igualmente reiterada jurisprudencia del Consejo, sobre la necesidad de hacer comparecer al juicio a la parte demandada, so pena de violar el artículo 26 de la Constitución Política y las normas del Código de Procedimiento Civil que lo desarrollan, a falta de dispo-

siciones expresas en el Código Contencioso Administrativo, resolvió declarar que no había lugar a la declaración de nulidad impetrada. Mas por tratarse en este caso de adjudicación de baldíos, podría sostenerse, con base en el artículo 38 de la Ley 135 de 1961, que sí es procedente la acción pública de nulidad o contencioso objetivo. Dice la norma citada: "Son nulas las adjudicaciones de tierras baldías que se hagan con violación de las normas de la presente ley. La declaratoria de nulidad podrá demandarse ante el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo por los Procuradores Agrarios o cualquiera otra persona, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la respectiva providencia en el Diario Oficial. "La procedencia de esta acción se hará constar en todas las resoluciones sobre adjudicación de baldíos. "Decretada una nulidad, el adjudicatario será considerado como poseedor de mala fe sobre cualquier exceso que se hubiere adjudicado en relación con las cabidas que señala esta ley. Ley 4ª de 1973, artículo 16: "El inciso final del artículo 38 de la Ley 135 de 1961, quedará así: El Instituto podrá verificar, con citación del adjudicatario, dentro de los dos (2) años de que trata este artículo, la exactitud de los documentos, diligencia de inspección ocular y, en general, de las pruebas que hayan servido de base a la adjudicación. Sin hallar inexactitud o falsedad en tales documentos o diligencias, revocará la adjudicación y ordenará la cancelación del registro respectivo". No obstante, el artículo transcrito no puede interpretarse aisladamente, como si la referida ley no tuviera otros artículos, pues es principio elemental de hermenéutica jurídica que el texto de los artículos de una ley deben interpretarse por su contexto general, en forma que guarden armonía y no en el sentido de crear contradicciones en el texto de una misma ley, lo que repugna sobre el supuesto de la sabiduría del legislador. Dice el artículo 42 de la misma Ley 135 de 1961: "Artículo 42. Contra las resoluciones que dicte el Instituto en lo relacionado con la adjudicación de baldíos se procederá el recurso de reposición para agotar la vía administrativa. Pero sin necesidad de solicitar tal reposición, los interesados podrán intentar las acciones contencioso administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941, ante el Tribunal correspondiente. "El Ministerio Público es parte en todas las diligencias sobre adjudicación de baldíos y en los recursos contencioso administrativos a que se refiere el inciso anterior". Con una interpretación aislada de estos artículos, se tendría: a) Que las *partes interesadas* (artículo 42) sólo podrán impugnar los actos de adjudicación de baldíos *"mediante las acciones contencioso-administrativas en la forma ordinaria prevista en la ley* 167 *de* 1941, *ante el Tribunal correspondiente", es* decir, la acción de plena jurisdicción y dentro de los cuatro meses de caducidad. b) "cualquiera otra persona", es decir, los particulares, podrán ejercitar la acción pública de simple nulidad dentro de los dos años siguientes. La sola presentación de la exégesis, demuestra que ella es absurda. Una interpretación teleológica, que busque la armonía entre los artículos y consulta la naturaleza de las acciones contencioso administrativas, impone las siguientes conclusiones: a) las *"partes interesadas"* y "los procuradores agrarios" pueden, dentro de los dos años siguientes a la publicación de la providencia en el Diario Oficial, ejercitar "las acciones contencioso-administrativas en la forma ordinaria prevista en la Ley 167 de 1941 ante el Tri-

Páginas

bunal correspondiente", es decir, la acción de plena jurisdicción que es la que procede contra los actos creadores de situaciones jurídicas concretas e individuales o de aquellas otras que, por su sola declaratoria de nulidad, sobreviene al restablecimiento del derecho. b) Ni los particulares ni las personas interesadas, pueden impugnar los actos de adjudicación mediante el ejercicio de la acción pública de nulidad. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de julio 12 de 1979. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Actor: José Manuel Baute Redondo. Expediente 2705. Acción de nulidad contra la Resolución Nº 605 de 1976 de la Gerencia Regional del Proyecto Cesar del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria "INCORA"). 213

6. ADJUDICACION DE BALDIOS

Artículos 33 y 42 de la Ley 135 de 1961. Cuando de la simple nulidad del acto se produce el restablecimiento del derecho, la acción sólo podrá ser de plena jurisdicción instaurada dentro de los cuarto meses señalados en el artículo 83 de la mencionada ley y por persona legitimada para el efecto. Contra los actos de adjudicación de baldíos cabe, según el artículo 38 de la Ley 135 de 1961 una acción de nulidad de carácter especial que podrá instaurarse por los Procuradores Agrarios o por cualesquiera otras personas, dentro de los dos años siguientes a la publicación en el "Diario Oficial". Y el artículo 42 de la misma ley en forma más general ya habla de las acciones que pueden intentarse "contra las resoluciones que dicte el Instituto en lo relacionado con la adjudicación de baldíos", para permitir las acciones ordinarias de la Ley 167 de 1941. Aunque en éstas está contemplada la del artículo 66, o sea la de simple nulidad, no es menos cierto que de acuerdo con la jurisprudencia tradicional del Consejo de Estado, cuando de la simple nulidad del acto se produce el restablecimiento del derecho, la acción sólo podrá ser de plena jurisdicción instaurada dentro de los cuatro meses señalados en el artículo 83 de la mencionada ley y por persona legitimada para el efecto. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 29 de agosto de 1979. Consejero ponente, doctor Owaldo Abello Noguera. Expediente 2785. Actor: Marcela Gual). 255

7. APELACION Y SUPLICA

Procedencia en juicios contencioso administrativos.— A) Sobre la procedencia del recurso de apelación contra los autos en juicios contencioso-administrativos, recientemente dijo esta Sala: "El recurso de apelación no procede contra los autos que deciden sobre las nulidades procesales, porque el Código Contencioso Administrativo, no tiene vacíos que deban llenarse con las previsiones del artículo 282 del mismo estatuto. Por el contrario, sólo prevé, para garantizar la rapidez y seriedad de los juicios respectivos, la apelación de los autos admisorios de la demanda o decisorios de la suspensión provisional de los actos acusados. "Así lo ha dicho en reiteradas ocasiones y últimamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo, en auto de 25 de octubre de 1978 (expediente 502, Actor: Alfredo Bogotá Chía, Consejero ponente doctor Jorge Dangond Flórez), así lo

Páginas

ratificó en los términos que transcribe la providencia del *a quo*". (*Auto*, julio 12 de 1979. Sección Tercera, expediente Nº 2705, actor José Manuel Baute Redondo, Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango). B) Por otra parte, contra los autos de Sala Unitaria no cabe recurso de apelación, según lo ha dicho reiteradamente esta Corporación. C) Aunque lo anterior es suficiente para declarar bien denegado el recurso de apelación a que se refiere la presente queja, vale la pena observar: 1º. Como el Código Contencioso Administrativo no dice contra que autos procede el recurso de súplica, precisa recurrir a los mandatos del Código de Procedimiento Civil, articulo 363 que dice que procede "contra los autos que por su naturaleza serian apelables dictados por el magistrado ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el trámite de la apelación de un auto". 2º. Para no violar el principio de la "inescendibilidad legal", se investiga en el Código de Procedimiento Civil cuales son los autos apelables, por su naturaleza, aunque tales providencias no lo sean dentro del proceso contencioso administrativo, y asi se explica al recurrente por qué en auto de Sala Plena (noviembre 29 de 1978 Expediente Nº 481) se dijo que el auto que deniega la práctica de una prueba es aplicable, aunque, dictado en la primera instancia de un proceso contencioso administrativo, no sería apelable. 3º Obviamente la Sala considera que la procedencia y pertinencia de las pruebas no puede quedar sujeta a las resultas de la decisión de fondo que haya de tomarse en la sentencia, pues son anteriores a ella y tienen precisamente, como objeto, el de conformar los medios de convicción, en este caso, necesarios para liquidar una condena, si el fallo llegase a considerar que la pretensión es protegible. 4º. Pero la Sala entiende, que en tal caso, a pesar del auto denegatorio, la Sala falladora allegará las probanzas necesarias mediante el auto para mejor proveer o haciendo uso de la facultad de decretar pruebas de oficio. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 26 de julio de 1979. Consejero ponente, doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2730. Actor: Fernando Cadavid Mazuera. Responsabilidad Contractual). Aclaración de Voto del doctor Carlos Betancur. 823

8. APORTES DEL SEGURO SOCIAL

El Consejo Nacional de Seguros Sociales obligatorios, es quien tiene competencia para aprobar los proyectos sobre cambio en el valor de las cotizaciones de los distintos seguros, que previamente han debido ser elaborados por la Junta Administradora del mismo Instituto previo concepto del Superintendente de Seguros de Salud y para que estas modificaciones tengan su plena eficacia requieren de la aprobación del Gobierno Nacional. Suspensión Provisional de la Resolución Nº 00281 *de* 1979 *proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales.* Solicita el demandante se decrete la suspensión provisional del acto acusado, o sea, de la Resolución Nº 00281 de febrero 19 de 1979, proferida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales, mediante la cual "se dictan algunas disposiciones sobre categorías de aportes del Seguro Social". Se observa que mediante el acto demandado, el Director General del Instituto de Seguros Sociales, revisa la Tabla de Cotizaciones y aportes de dicho Instituto, teniendo en cuenta para ello las siguientes consideraciones:

"Que mediante Decreto 2831 de 1979 el Gobierno Nacional fijó nuevos montos del salario mínimo; Que el artículo 61 del Decreto Ley 0433 de 1971, faculta al Instituto para revisar las Tablas de Cotizaciones, ajustándolas a los límites del salario asegurable; Que el artículo 60 del mismo Decreto Ley 0433 de 1971, establece que el salario máximo asegurable no podrá ser inferior a veintidós (22) veces el salario mínimo legal; Que por las anteriores consideraciones se hace necesario revisar la Tabla de Cotizaciones y Aportes del Seguro Social actualmente en vigencia". Considera el demandante que con la expedición del acto acusado se han violado los artículos 37 y 49 del Decreto 3041 de 1966, artículos 32 y 61 del Decreto Ley 0433 de marzo 27 de 1971, artículos 20 y 41 del Decreto Ley 1935 de septiembre 22 de 1973, artículo 8º del Decreto 2796 de 31 de diciembre del mismo año, artículo 36 del Decreto 770 de 1975 y artículos 22, 23, 43, ordinal d) y 55 ordinal c) del Decreto 1650 de julio 18 de 1977. Sea lo primero anotar que la solicitud de suspensión provisional, deberá contraerse a establecer si la Resolución Nº 00281 de 1979, se adoptó con expresa transgresión de los lineamientos trazados sobre revisiones de las Tablas de Cotizaciones del Seguro Social por el Decreto 1650 de 1977, pues este último estatuto regula íntegramente dicha situación, más aun si se tiene en cuenta lo preceptuado por el artículo 131 del mismo Decreto cuando expresa, que en lo pertinente se modifican las disposiciones contenidas en los Decretos 687 de 1967, 1935 y 2796 de 1973 y vigente desde febrero de 1979. Prevé el literal c) del artículo 55 del citado Decreto 1650 de 1977, que corresponde a la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales, "Preparar los proyectos sobre cambio en el nivel de las cotizaciones de los seguros de salud, para posterior aprobación del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, previo concepto del Superintendente de Seguguros de Salud". A su vez, el literal d) del artículo 43 del mismo Decreto, atribuye entre otras funciones al Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, las de "Aprobar los proyectos sobre cambio en el valor de las cotizaciones de los distintos seguros y la proporción de los aportes para financiar las prestaciones y servicios a que dan derecho tales seguros, previo concepto del Superintendente de Seguros de Salud". Finalmente este mismo artículo preceptúa que "Para el ejercicio de las atribuciones señaladas en los ordinales b) c) d) y e) del presente artículo, los actos expedidos por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios requieren para su validez la aprobación del Gobierno Nacional. De otra parte el literal d) del artículo 57 del Decreto en referencia, entre las funciones del Director General del Seguro Social, contiene la de "Preparar los estudios y los proyectos sobre reglamento de los Seguros Sociales Obligatorios y de prestación de servicios que deba adoptar la Junta Administradora con aprobación del Consejo Nacional de Seguros Obligatorios". Del análisis de las anteriores disposiciones se concluye, que es el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, quien tiene competencia para aprobar los proyectos sobre cambio en el valor de las cotizaciones de los distintos seguros, que previamente han debido ser elaborados por la Junta Administradora del mismo Instituto previo concepto del Superintendente de Seguros de Salud y para que estas modificaciones tengan su plena eficacia requieren de la aprobación del Gobierno Nacional. De lo anterior se concluye: Que la resolución

Páginas

objeto de la demanda (folios 14 a 17), fue proferida por funcionario sin competencia para ello, pues el Director General del Instituto de Seguros Sociales al expedirla se atribuyó facultades que no posee, dado que como ya quedó visto, en esta materia concreta, es el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios quien, según la ley, puede dictar normas sobre el particular, exigiéndose no obstante que medie previamente el concepto del Superintendente de Seguros de Salud y que además sea aprobado por el Gobierno Nacional, requisitos que no se han cumplido. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección II, Auto de Octubre 17 de 1979. Consejera ponente doctora Aydeé Anzola Linares. Expediente 3578. Actor: Fabio Fernández B.). 413

9. AUTORIDADES CATASTRALES. CORRECCION DE SUS RESOLUCIONES.

La modificación que haga una autoridad catastral frente a resoluciones ejecutadas o no que perjudiquen a terceros, no puede mirarse como ejercicio de la revocatoria directa (artículo 22 del Decreto 2733 de 1959) y por lo mismo no requiere del consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Esa modificación es el resultado del ejercicio de un poder especial conferido a las autoridades catastrales y que ellas pueden ejercer, oficiosamente, en cualquier tiempo. El artículo 118 de la Resolución Nº 1173 de 1965, aplicable al caso por no haberse expedido aún la Resolución 444 de 1977, autoriza a las oficinas Seccionales de Catastro para corregir de oficio y en *cualquier tiempo*, los errores que se observen en los documentos catastrales, debiéndose notificar la respectiva providencia cuando la corrección repercute sobre el avalúo. En uso de tal facultad la Seccional de Catastro procedió, oficiosamente, a corregir los errores técnicos que advirtió en la calificación de los valores del terreno y de la maquinaria allí indicada, lo cual implicó una modificación del avalúo contenido en la Resolución 114 de 1977 (marzo 24) que aún no estaba ejecutoriada por haberse interpuesto contra ella un recurso de reposición; en tal virtud la Resolución 171 de 1977 no puede calificarse como acto de revocación directa al tenor de lo preceptuado en el artículo 22 del Decreto 2733 de 1959, sino como ejercicio de un poder especial conferido a las autoridades catastrales y que ellas pueden ejercer, oficiosamente, en cualquier tiempo. La resolución de corrección, distinguida con el Nº 171 se notificó en legal forma y contra ella se interpusieron oportunamente los recursos de reposición y de apelación. Para desatar el primero, la Seccional de Catastro de Santander, dictó la Resolución 247 de 1977 y la decisión del segundo se adoptó por medio de la Resolución 1243 de 1977 del Director General del Instituto Geográfico "Agustín Codazzi". Todas estas actuaciones configuran un procedimiento gubernativo dentro del cual la entidad interesada no sólo pudo ejercitar los recursos que le otorga la ley, sino que también la administración se los resolvió oportunamente. En tal virtud la Sala estima que el primer cargo de la demanda no está llamado a prosperar. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 8 de 1979. Consejero Ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 2777-10473. Actor: Bavaria S. A. Salvamento de Voto de los Consejeros doctores Jorge Valencia

Páginas

Arango, Jorge Dangond Flórez, Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Orejuela Gómez e Ignacio Reyes Posada. No asistieron los Consejeros doctores Alfonso Arango Henao, Ignacio Reyes Posada, Osvaldo Abello Noguera y Carlos Betancur Jaramillo). 311

10. AUXILIO DE TRANSPORTE

La administración está obligada al pago del auxilio de transporte en la cuantía prevista en la ley, salvo cuando la entidad administrativa presta el servicio de transporte a sus empleados. 1. El auxilio de transporte, fue establecido inicialmente por la Ley 15 de 1959 con el fin de cubrir a los trabajadores, el pago del transporte desde el lugar de su residencia hasta el sitio de su trabajo. Dicha ley previó que el valor del auxilio de transporte se pagaría exclusivamente por los días trabajados, pudiendo el patrono cumplir con su obligación prestando directamente el servicio en forma gratuita a sus trabajadores. 2. El Decreto 1258 de 1959, reglamentario de la Ley 15 de 1959, consagró nuevamente los principios generales señalados en la ley en relación con el auxilio de transporte, extendiendo el alcance de sus disposiciones a los trabajadores oficiales y aclarando que el auxilio cubría el número de viajes que el trabajador tuviere que hacer para ir al lugar de trabajo y retirarse de él. 3. En relación con el auxilio de transporte de los empleados públicos el Decreto 1042 de 1978, en su artículo 50 señaló su cuantía y el salario máximo que permitía percibirlo, expresando en su inciso segundo: "No habrá lugar a éste auxilio cuando la entidad preste el servicio de transporte a sus empleados". Posteriormente, el Decreto 2924 de 1978, en su artículo 8º indicó la cuantía del mismo en $ 170.00 mensuales del salario devengado por los empleados que tienen derecho al mencionado auxilio de transporte, manteniendo la salvedad establecida en el Decreto 1042 de 1978, en el sentido de no cancelar el auxilio cuando la entidad preste el servicio de transporte a sus empleados. 4. De las normas citadas, se deduce claramente que la intención del legislador ha sido la de reconocer a ciertos empleados públicos un auxilio que les permita subsidiar los gastos que ocasiona el transporte desde su residencia al sitio de trabajo y de éste nuevamente a sus hogares; la administración queda exonerada del pago del auxilio, cuando asume directamente el servicio de transporte de sus empleados. En este último evento, debe entenderse que el servicio prestado por la entidad administrativa, sea completo, es decir, que abarque todos los viajes realizados por los empleados, cuyo objeto lo constituya la movilización desde sus residencias al lugar de trabajo y el regreso a sus hogares, en desarrollo de la jornada laboral ordinaria. Así las cosas, la administración frente al auxilio de transporte, tiene dos alternativas para atenderlo: Pagar su valor en dinero de acuerdo con la cuantía fija señalada en la ley, o prestar el servicio directamente en forma completa. De esta manera, la escogencia de una de las anteriores opciones excluye la otra, por cuanto la ley no permite la prestación parcial del servicio de transporte y el pago en dinero del valor correspondiente a la parte del servicio dejado de prestar por la entidad. 5. EN CONCLUSION, la administración está obligada al pago del auxilio de transporte en la cuantía prevista en la ley, salvo cuando la entidad administrativa preste el servicio de

Páginas

transporte a sus empleados; aceptar una nterpretación contraria significaría facultar a la administración para que señale el valor en dinero del auxilio, cuando preste el servicio de transporte en una sola jornada, contrariando el principio de interpretación, según el cual donde no distingue el legislador, no le es permitido al intérprete hacerlo. 6. NO SOBRA ADVERTIR que respecto de cuantía del citado auxilio de transporte el Decreto 1703 de julio 13 de 1979 aumentó a $ 294.00 mensuales para los empleados oficiales y los trabajadores particulares. Posteriormente, por el Decreto 1950 de agosto 13 de 1979, fue derogado el decreto que acaba de citarse y el dicho auxilio fue nuevamente aumentado a $ 344.00 mensuales. (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 8 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Consulta formulada por el Jefe encargado del Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Radicación 1338. Autorizada la publicación mediante Oficio Nº 09792 de 14 de noviembre del presente año). 39

C

11. CADUCIDAD DE LA ACCION COMO CAUSAL DE NULIDAD ASIMILADA A LA INCOMPETENCIA.

La caducidad no es causal de nulidad, ni puede asimilarse técnicamente a la incompetencia. Es un presupuesto de la Acción que como tal debe examinarse al admitir la demanda puesto que es un requisito para que la acción pueda instaurarse porque si ya se hizo su examen preliminar al aceptar el libelo, su reestudio sólo podría hacerse de nuevo en la sentencia.— En relación con el contenido del auto suplicado, vale decir, referente a la caducidad de la acción como causal de nulidad asimilada a la incompetencia, por estar caducada la acción, como lo sostiene el señor Consejero Sustanciador, la Sala no está de acuerdo con esas apreciaciones porque tal declaración no puede hacerse sino al estudiar su admisión, evento que ya se cumplió y por lo cual se entiende que el sustanciador ya evaluó este presupuesto. La caducidad no es causal de nulidad, ni puede asimilarse técnicamente a la incompetencia. Es un presupuesto de la acción que como tal debe examinarse al admitr la demanda puesto que es un requisito para que la acción pueda instaurarse porque si ya se hizo su examen preliminar al aceptar el libelo, su reestudio sólo podrá hacerse de nuevo en la sentencia. El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y ss. se refiere a aspectos formales que debe reunir toda demanda para ser admitida y su rechazo sólo debe producirse cuando carezca de las ritualidades o formalidades que en dichos artículos se exige, a menos que la caducidad resulte manifiesta. Lo que no sucedió aquí, entre otras razones, porque existe duda razonable de si el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 derogó el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo, aspecto éste que deberá considerarse en la sentencia. En auto de 6 de septiembre de 1951, tomo LVII, números 367-371, página 656, esta Corporación dijo: "El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, señala los presupuestos procesales o requisitos que deben observarse en toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa. El examen de una demanda conduce inexorablemente a examinar los presupuestos procesales. Estos son de tanta trascedencia, que mientras no sean sa-

Páginas

tisfechos no se origina la relación procesal, y si al admitirse la demanda se pasan por alto, la consecuencia es tan funesta que el resultado de la *litis* es el de que al juzgador no pueda entrar a resolver en el fondo el asunto por no estar cumplidos tales presupuestos procesales, como resulta de la doctrina del artículo 494 del Código de Procedimiento Civil". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 31 de Agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Oswaldo Abello Noguera Expediente 2393. Actor: Ana Fausta de Moncaleano. Se revoca el auto de 25 de junio del presente año). 841

12. CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO

Los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario Nº 2086 de septiembre 30 de 1974, restringieron la base de liquidación de los certificados de abono tributario para el tipo de operaciones de exportación realizadas de acuerdo con los sistemas especiales de importación - exportación a que se refieren los artículos 172 y 173 del Decreto Ley 444 de 1967, parcialmente subrogados por los artículos 15 y 16 del Decreto Ley 688 de 1967, y el artículo 179 del mismo decreto. Ley 444, pues dispone que el certificado de abono tributario se otorgará solamente sobre el valor del ingreso efectivo de divisas, descontando el costo de las materias primas importadas. Base de liquidación de los certificados de Abono Tributario; cambios. Definición de reintegro. Objetivo del Estatuto de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior. Nulidad de los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario Nº 2086 de 1974.— Como muy bien lo dijo el señor Fiscal del Consejo de Estado, el meollo de la cuestión radica en las expresiones de la ley relacionadas con: la obligación de los exportadores de reintegrar la totalidad de las divisas provenientes de exportaciones al Banco de la República; la entrega que éste debe hacer al exportador de "certificados de abono tributario en cuantía equivalente, en moneda legal colombiana, a un 15% del valor total del reintegro" y la facultad otorgada a la Junta Monetaria para disponer, en caso de régimenes especiales de exportación, de parte del reintegro para cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador. El fomento y diversificación de las exportaciones los ha programado el Estado por medio de la creación de sistemas ágiles para facilitar la elaboración de productos exportables que tengan acogida en el mercado internacional y mediante determinados estímulos tributarios para hacer más rentable el negocio al exportador. La primera línea de actividad la desarrolló el mismo Decreto 444 de 1967 estableciendo sistemas especiales de Importación Exportación, por medio de los cuales y previa la celebración de convenios con el Gobierno Nacional el exportador pueda introducir las materias primas que necesite para la elaboración de sus productos exportables, libres de depósitos previos, licencias y derechos consulares y aduaneros (artículos 172 a 187) o mediante la facultad de importar en las mismas condiciones anteriores, materia prima que reemplace la empleada por el exportador cuando éste ha efectuado la exportación de los productos elaborados con el lleno normal de los requisitos legales, siempre que haga uso de ese derecho dentro del año siguiente contado desde la fecha de la importación de la materia prima o de los insumos que sirvieron para elaborar el producto exportado (artículos 179 y 180). Igualmente se creó el Fondo de Promoción de Exportaciones como un

organismo autónomo para fomento del negocio de exportación y para trabajar por la apertura de mercados para los productos nacionales dentro de una politica general preestablecida incluyendo la ayuda financiera para proveer de recursos a los exportadores. La segunda linea de actividad la atacó el Gobierno mediante los estimulos tributarios que fueron establecidos primero por la Ley 81 de 1960 en su artículo 120 que declaraba como renta exenta la renta liquida gravable producto de las exportaciones y para el efecto se creó la presunción de derecho de que dicha renta debia ser equivalente al 40% del valor de las ventas brutas de los productos exportados. El sistema anterior, fue substituido por el del otorgamiento de Certificados de abono tributario que se liquida con base en el monto del reintegro de las divisas provenientes de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados; cueros crudos de res y café, según lo establecido por los artículos 165 a 171 del Decreto 444 de 1967 que a su vez fueron subrogados por los artículos 39 a 47 del Decreto Ley 1366 de 1967. Inicialmente el Banco de la República estaba liquidando el valor de esos certificados de abono tributario sobre el valor total de facturación, incluyendo su transporte y seguros, o sea sobre el precio C.I.F. de la mercancia, pero por medio del Decreto Extraordinario 2366 de 1974 dictado en uso de las facultades conferidas por el artículo 122 de la Constitución, en su artículo 9º limitó la base de liquidación de dichos certificados al valor de los reintegros de la mercancía por su valor FOB, o sea, sin incluir el costo de transporte hacia el exterior ni el de los seguros correspondientes. Como se puede observar, el sistema de estímulos tributarios se modificó sustancialmente, pues mientras en el primero se eximió al exportador del pago de impuesto por la renta liquida gravable proveniente del producto de las exportaciones, en el segundo le otorgó un derecho al exportador para obtener documentos negociables denominados "CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO" que pueden ser utilizados para pagar obligaciones fiscales relacionadas con impuestos sobre la renta, de ventas y de aduanas y cuyo valor se liquida sobre el monto total del reintegro, sin tener en cuenta costos, utilidad bruta o utilidad neta. En estas circunstancias, para determinar el alcance de las normas pertinentes que han reglamentado la forma de liquidar esos certificados de abono tributario, es indispensable estudiar qué se entiende por reintegro, al criterio de nuestro sistema legal, y sin perder de vista lo dispuesto por el artículo primero del Decreto Ley 444 de 1967. Desde el punto de vista semántico y gramatical la palabra reintegro que es "acción y efecto de reintegrar" es derivada del verbo transitivo que tiene además de otras acepciones la de "restituir o satisfacer integramente una cosa", pero ello no arroja luz clara sobre el alcance del término en materias de cambio internacional y de comercio exterior, pero por lo menos ayuda a orientar el criterio sobre lo que quiere significar la ley al hablar del reintegro. Desde antes de la utilización de este término por el Decreto 444 de 1967, en todas las reglamentaciones legales relacionadas con el negocio de exportación de café, artículo principal productor de divisas extranjeras al país, se determinó como reintegro cafetero aquella cantidad de dólares que los exportadores del grano debían entregar al Banco de la República, por cada libra de café exportado y para cuyo efecto se señalaba no solamente el precio en dólares correspondientes sino la tasa de

cambio a que debía liquidarse el dólar cafetero para que el exportador recibiera en moneda nacional el valor de ese producto. En la práctica, ese sistema que se variaba en cuanto al precio de la libra en dólares y en cuanto a la tasa de cambio correspondiente, de acuerdo con las fluctuaciones del mercado, equivalía a un control de cambio sobre la producción de divisas de ese producto exportable, lo mismo que para los cueros crudos de res y el banano. El Decreto 444 terminó con el sistema imperante de libre cambio relativo que existía hasta ese entonces en el país para la producción de divisas provenientes de la exportación de artículos diferentes a los ya mencionados y del renglón de servicios y se generalizó mediante ese estatuto, un completo y radical control del cambio exterior a todo nivel, tal como lo establece el artículo 2º del mencionado decreto. El artículo 4º dispone que "la posesión y negociación de oro y divisas se ceñirán a las disposiciones de este Decreto". Y el artículo 5º dice: "La norma del artículo precedente sobre obligación de negociar las divisas con el Banco de la República se aplicará especialmente a los siguientes ingresos: a) Los provenientes de exportaciones de bienes y servicios; ....". Todo lo anterior está indicando que el objetivo del estatuto de cambios internacionales y de comercio exterior es el de radicar en cabeza del Gobierno Nacional, por medio del Banco de la República, la totalidad de las operaciones con el oro y divisas, prohibiendo el que los particulares realicen operaciones de este tipo personal y directamente. En estas condiciones, cualquier ingreso en divisas del cual sea titular un particular por razón de la exportación de bienes o de servicios o de cualquier otro tipo de operación que las produzca, son de propiedad del Estado, quien las cambiará por "Certificados de cambio" que serán utilizables en determiandos fines y libremente negociables en el mercado interno, dentro de las condiciones y normas establecidas en el Capítulo II del Estatuto. Esta panorámica general del sistema impuesto por el Decreto 444 de 1967 le da un sentido claro a la palabra "reintegro" que se utilizó para señalar el mecanismo de los estímulos tributarios a las exportaciones menores, pues de acuerdo con el espíritu que informa el estatuto, todas las divisas que se produzcan por razón de la exportación de bienes, son de propiedad del Estado y por lo tanto los particulares están obligados a restituirlas, haciendo entrega de ellas al Banco de la República para recibir en cambio los correspondientes certificados de cambio. Ahora bien, como el artículo 166 del estatuto dispone que en el momento de reintegrar las divisas provenientes de las exportaciones llamadas menores, el Banco de la República hará entrega de Certificados de Abono Tributario representativos de moneda legal colombiana equivalente al 15% del valor de ese reintegro, es lógico deducir que en dicha acepción no se está excluyendo ninguna porción que corresponda a costos del producto exportado, a deudas del propio exportador por razón de esas operaciones comerciales o a cualquier otro factor que pueda disminuir lo que categóricamente está denominando la ley como valor total del reintegro. De todas suertes, cualquier incremento en el volúmen de exportaciones menores redundará en un aumento de las reservas de divisas del país, precisamente por el sistema de control de cambios

Páginas

impuesto en el estatuto y por las diversas actividades proyectadas en el mismo para facilitar y financiar los costos de producción de los artículos exportables, a que se hizo referencia anteriormente; pero los estímulos tributarios no juegan directamente con el concepto del incremento de las reservas de divisaas sino que tienen por objeto interesar a la iniciativa privada a que oriente su actividad comercial e industrial a la producción y negociación de bienes exportables; procurando que dicha actividad sea más rentable a través de un alivio para el pago de los impuestos de renta que causarían las utilidades derivadas de ese tipo de actividad. Naturalmente, al no determinar la ley la base de liquidación para hacer entrega de los certificados correspondientes, cualquier divisa proveniente de esas operaciones que se entregue al Banco de la República tiene la calidad de reintegro con derecho a percibir el porcentaje correspondiente en certificados de abono tributario. Pero ya la misma ley, determinó que la base liquidable para entregar certificados de abono tributario es la del precio FOB de la exportación y ello no puede ser restringido o ampliado sino por medio de una norma de igual jerarquía a la que estableció el sistema y a la que señaló la base para la correspondiente liquidación. Los artículos 2º y 3º del Decreto Reglamentario Nº 2086 de septiembre 30 de 1974, restringieron la base de liquidación de los certificados de abono tributario para el tipo de operaciones de exportación realizadas de acuerdo con los sistemas especiales de importación-exportación a que se refieren los artículos 172 y 173 del Decreto Ley 444 de 1967, parcialmente subrogados por los artículos 15 y 16 del Decreto Ley 688 de 1967, y el artículo 179 del mismo Decreto Ley 444, pues dispone que el certificado de abono tributario se otorgará solamente sobre el valor del ingreso efectivo de divisas, descontando el costo de las materias primas importadas. Esta reducción, en la que se tiene en cuenta determinados valores representativos de los costos de producción del artículo exportado, no se compadece indudablemente con el sistema de incentivos tributarios el que no hace diferencia alguna en esta materia y por lo tanto ni el reglamento ni quien interprete la ley puede hacer distinciones que ésta no haya hecho. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de septiembre 14 de 1979. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 4049. Actor: Alfonso Rojas Llorente. Con salvamento de voto del doctor Jorge Dávila Hernández). 81

13. CERTIFICADOS DE ABONO TRIBUTARIO. (SALVAMENTO DE VOTO).

Las exportaciones que lo generan, son las exportaciones ordinarias contempladas en el Capítulo V del estatuto que los regula, toda vez que las especiales previstas en la Sección Segunda, tienen otros estímulos tributarios que son propios y típicos de este sistema, los cuales se pactan en forma contractual. Alcance y aplicación del estímulo tributario "CAT". Los reintegros provenientes de exportaciones ordinarias son de libre disposición del Estado; los reintegros hechos por el importador-exportador, parte de los mismos se destinan a cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador. El Capítulo X del Estatuto Cambiario denominado "Estímulos tributarios a las exportaciones" aparece conformado por tres secciones

diferentes así: La Sección Primera, denominada "Certificados de Abono Tributario la Sección Segunda, denominada "Sistemas especiales de importación-exportación", y por último la Sección Tercera, denominada "Fondo de promoción de exportaciones". El problema de interpretación planteado es el de determinar a que exportaciones se refiere el artículo 166 que crea el certificado de abono tributario al establecer "al momento de reintegrar las divisas provenientes de exportaciones distintas del petróleo y sus derivados, cueros crudos de res y café, el Banco de la República hará entrega al exportador de certificados de abono tributario en cuantía equivalente, en moneda legal colombiana a un 15% del valor total de reintegro". En mi opinión, las exportaciones que generan el CAT y al cual se refiere la citada disposición, son las exportaciones ordinarias contempladas en el Capítulo V del estatuto que los regula, toda vez que las especiales previstas en la Sección Segunda, tienen otros estímulos tributarios que son propios y típicos de este sistema, los cuales se pactan en forma contractual, como son la exención de derechos de aduana y derechos consulares, a más de lo cual las importaciones con destino a su posrior están exentas de depósito previo y de licencia previa. Ahora bien. Dentro de los criterios de interpretación que establece el estatuto, encontramos el contenido en el literal f) del artículo 1º que señala como una de sus finalidades el logro y mantenimiento de un nivel de reservas suficiente por el manejo normal de los cambios internacionales. De consiguiente, los estímulos tributarios a las exportaciones, en cuanto toca con la balanza de pagos del país, tienden a que las disponibilidades de divisas se incrementen. En el caso del sistema especial de exportaciones hecho por el importador-exportador, es evidente que el incremento de la balanza sólo está representado por el monto de divisas que no debe girar el Banco de la República para cancelar las deudas en dólares a cargo del importador-exportador y sólo en esta medida, podrían resultar beneficiados por el CAT. Adviértase, de otra parte, que los reintegros provenientes de exportaciones ordinarias son de libre disposición del estado, no tienen una destinación específica, al paso que los reintegros hechos por el importador-exportador parte de los mismos se destina a cubrir obligaciones en moneda extranjera del propio exportador. Esta diferencia en el tratamiento de los reintegros, está claramente señalada en el artículo 54 del estatuto. Puede concluirse de lo anterior que no puede aplicarse, indiscriminadamente, el CAT a un sistema especial de importación-exportación, que genera unos reintegros que, a diferencia de los que generan las exportaciones ordinarias, tienen cuando menos en parte, destinación específica; que, de otra parte no aumetan las reservas del país, como sí ocurre con las exportaciones ordinarias, sino en la parte que significa exportación de agregado nacional y, Finalmente, es menester hacer una reflexión alrededor del artículo a diferencia de las exportaciones ordinarias que se rigen por la ley. El Decreto 1366 de 1967, reprodujo la reglamentación del CAT y en cuanto a su reglamentación en su artículo 47 estatuye que el Gobierno puede establecer y modificar listas de productos beneficiados con el CAT y aún establecer en que casos se entrega el certificado al productor o al exportador. Cabe, entonces, preguntar: si el Gobierno, respecto de exportaciones ordinarias que, por su propia naturaleza, están beneficiadas por el CAT, puede excluirlas del beneficio,

Páginas

puede o no hacer lo propio respecto de las exportaciones especiales previstas en el articulo 172 y ss. del Estatuto Cambiario?. Cabe anotar que como el decreto anulado modifica el Decreto Reglamentario 1996 de 1973, las normas de éste recobran su vida jurídica a fin de evitar el vacío legislativo, aspecto sobre el cual no se pronuncia el fallo. *Cambio de Jurisprudencia.* Conforme a la sentencia de la Sección Cuarta de 23 de septiembre de 1971, el certificado de abono tributario "....ha sido concebido para que a través de los exportadores colombianos el país obtenga la mayor cantidad posible de monedas extranjeras", finalidad que en el caso de los reintegros provenientes del sistema especial de importación-exportación sólo se logra, como se ha visto, en la medida en que las divisas sean de libre disponibilidad y no deban destinarse específicamente, al pago de deudas contraídas por el importador-exportador. Así mismo, en sentencia de 30 de noviembre de 1972 el Consejo, al referirse al reintegro hecho por un exportador con destino al pago del transporte de una mercancía en dólares, dijo, acogiendo el concepto fiscal, que "no constituye ingresos efectivos de divisas" por no incrementar las reservas del país, y por tanto no puede originar el CAT. Si se trasladan los anteriores criterios al caso *sub judice,* fácilmente se concluye que el reintegro destinado al pago de una deuda por cuenta del importador-exportador, tampoco constituye un ingreso efectivo de divisas que deba beneficiarse del CAT. Los anteriores criterios jurisprudenciales, en mi opinión acertados, fueron modificados sin intervención de la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado, por lo cual se desconoció lo previsto por el Decreto 528 de 1964. En efecto, la sentencia afirma, que "los estímulos tributarios no juegan directamente en el concepto de incrementos de las reservas de divisas" adoptándose así un concepto opuesto al expresamente contenido en el literal f) del artículo 1º del estatuto y a los criterios jurisprudenciales antes transcritos. Se afirma en la ponencia que "cualquier incremento en el volumen de exportaciones menores redundará en un aumento de las reservas de divisas del país, lo cual resulta cierto en la medida en que el reintegro constituya "una reserva del país" que, como lo indica la propia expresión, es aquello que no ha de gastarse de inmediato y constituye una disponibilidad futura. Pues mal puede considerarse como reservas aquellas divisas que recibe el Banco para ser giradas de inmediato para cancelar un pasivo en el extranjero por cuenta del importador-exportador. (Salvamento de Voto del Consejero doctor, Jorge Dávila Hernández a la sentencia de septiembre 14 de 1979, expediente 4049. Actor: Alfonso Rojas Llorente). 93

14. CESANTIA PARCIAL LIQUIDADA COMO DEFINITIVA

Cuando la cesantía parcial se liquida bajo el nombre de cesantía definitiva, sin tener en cuenta que el actor no se ha retirado del servicio oficial y que cuando esto último no ocurre, la cesantía deberá ser liquidada en forma parcial y sólo para los fines que la ley señala. Las normas Legales violadas y el concepto de la violación, aparecen relacionados a folios 6 a 7 del informativo. Está demostrado en autos que el demandante prestó servicios, en forma ininterrumpida, esto es, sin solución de continuidad, desde el 15 de marzo de 1962 y que en la fecha en la cual expidió la certificación de folio 1, (8 de junio de 1970)

Páginas

todavía continuaba vinculado a dicho organismo oficial. Probado está además, que al 5 de abril de 1965, el actor solicitó al Director de la Caja Nacional de Previsión Social el pago de su cesantía, no especificó si debía ser definitiva o parcial, correspondiente al tiempo comprendido entre el 14 de marzo de 1962 y el 30 de marzo de 1965. La entidad prestacional ya nombrada, en la liquidación de folio 85 procedió a liquidarla dicha prestación en forma definitiva, al menos, esta fue la denominación que le dio en la documental que se examina, sin tener en cuenta que el actor no se había retirado del servicio oficial y que cuando esto último no ocurre, la cesantía debe ser liquidada en forma parcial y sólo para los fines que la ley señala. Cuando esto no sucede, la cesantía es definitiva y la entidad obligada a reconocerla, a la terminación de la relación de derecho público, deberá tener en cuenta todo el tiempo servido sin solución de continuidad y descontar únicamente la suma que se le hubiera pagado al interesado, a título de cesantía definitiva como en el caso de estudio. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 9 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Aydeé Anzola Linares. Expediente 2258. Jaime Jaramillo Robledo. Autoridades nacionales.) 363

15. CIUDADANIA. (ACLARACION DE VOTO).

No hay pérdida o suspensión de la ciudadanía en razón de la existencia de un auto de detención, pero la razón para llegar a esta conclusión es por virtud de que la Ley 85 *de* 1916 *fue derogada por otra ley posterior y no por el Acto Legislativo Nº* 1 *de* 1936. *En efecto, la* Constitución de 1886 establecía causales de pérdida y suspensión de la ciudadnia en forma precisa en sus artículos 16 y 17. En 1936 la Constitución expresamente dijo que la ciudadanía se perdía de hecho al perder la nacionalidad y en virtud de decisión judicial en los casos que *determinen las leyes*, esto es, expresamente, textualmente, remitió a la ley lo que antes era del dominio de la Constitución. No creo, por tanto, que la derogatoria de los artículos 16 y 17 del anterior ordenamiento constitucional haya implicado derogatoria total de la Ley 85 de 1916. La voluntad del Constituyente no fue derogar la ley, sino derogar la jerarquía constitucional de unas reglas que podía ejercer mejor el legislador. Visto de otro modo podría decirse que existen dos posibles efectos de una reforma constitucional: 1) Que se derogan las leyes que le son contrarias. Se entiende que la Constitución es norma reformatoria, y derogatoria de la ley; 2º) Que se le quita jerarquía al ordenamiento jurídico cuando la Constitución le delega a la ley la potestad de reglar un ordenamiento determinado. Esto es aplicable cuando el ordenamiento constitucional no contraría la ley. Cuál fue la voluntad del constituyente de 1936 cuando derogó los artículos 16 y 17 de la anterior nomenclatura constitucional que determinaba en forma casuística los casos en los cuales se perdía la ciudadanía?. Sin duda, se quiso eliminar del ordenamiento constitucional las reglas establecidas al respecto, pero no se quiso, en modo alguno, quitarle a la ley esta potestad que antes correspondía a la Constitución. Una cosa es el orden constitucional y otra el orden legal. Y la Constitución, muchas veces, deja a la ley normas de derecho que deben tener mayor dinámica y flexibilidad evolutiva. Quiso la

Constitución en 1936 que lo que antes correspondía, por competencia al constituyente, pasara al legislador, tanto es así que en el texto mismo de la norma se expresó literalmente que "la ciudadanía se pierde.....en los casos que determinen las leyes" (artículo 14). Debe por lo tanto entenderse que la reforma constitucional de 1936 buscó entregarle al legislador la potestad de reglar los casos de pérdida de ciudadanía que antes había limitado al propio texto de la Constitución. 2º) Tampoco es correcto suponer que los términos "decisión judicial" a que se refiere el artículo 14 de la Constitución Nacional impliquen que la pérdida o suspensión de ciudadanía deba determinarse de modo *expreso* en una decisión judicial". Ciertamente la norma constitucional dice que la ciudadanía se pierde *de hecho* cuando hay pérdida de la nacionalidad y en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley. Es decir, la Constitución distingue entre la pérdida de hecho esto es, *ipso iure*. Pero no quiere decir que la sentencia o decisión judicial deba, *en forma expresa*, manifestar la pérdida de ciudadanía como sanción. A este respecto es interesante estudiar el contexto de las normas del derecho penal colombiano que establecen las sanciones. En ellas se instituye que las sanciones se dividen en dos grandes grupos, las principales y las accesorias. Entre las primeras encontramos el presidio, la prisión y el arresto. Entre las segundas la pérdida de ciudadanía que a veces también opera como sanción principal. Las penas accesorias en materia penal son inherentes a las penas principales. Por ello, puede decirse que si un delincuente es condenado a pena de presidio o prisión, *ipso iure* pierde la ciudadanía, como bien lo dice el artículo 12 de la Ley 16 de 1969 (que subrogó el antiguo artículo 58 del Código Penal). De donde, se sigue que la pérdida o suspensión de la ciudadanía no necesita aparecer de modo expreso en la sentencia del juez. Esta tesis la ratifica la Corte en sentencia de 3 de septiembre de 1948 y ha sido reiterada práctica del Tribunal Superior de Bogotá. Además, los términos literales del artículo 97 del mismo Código Penal sustentan la validez de esta posición. Así se ha establecido como sanción penal la pérdida de ciudadanía, denominada por el código "interdicción de derechos y funciones públicas", a veces como pena principal, y otras veces como accesoria. Cuando se establece como pena principal el juez debe dictarla expresamente en su sentencia. Cuando es accesoria y el juez no la dicta opera *ope leges*, por ministerio de la ley, pues es natural que lo principal sigue a lo accesorio. De esto se colige que no hubo contradicción entre la reforma constitucional de 1936 y el texto de la Ley 85 de 1916. No habiendo tal contradicción es necesario colegir que la Ley 85 de 1916 siguió vigente a pesar de que el acto legislativo de 1936 derogó expresamente los artículos 16 y 17 de la anterior nomenclatura constitucional. 3º) finalmente es menester hacer una reflexión alrededor del artículo 382 de la Ley 94 de 1938, antiguo Código de Procedimiento Penal. En esta norma se dijo categóricamente que el auto de detención no tiene carácter penal. Creo que esta norma contiene clara contradicción en relación con lo prescrito por la Ley 85 de 1916 que establecía la suspensión de la ciudadanía a causa de un auto de prisión. El Código de Procedimiento Penal vigente hoy, no contiene norma alguna que reproduzca lo que decía el artículo 382 atrás citado, es decir, no se anota su carácter no punitivo sino totalmente preventivo. No obstante,

Páginas

si la Ley de 1938 derogó tácitamente la Ley de 1916 la vieja norma no revive por la derogatoria de la ley posterior. En este evento es preciso dar vigencia al principio consagrado en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 que dice: "Una ley derogada no revivirá por solas las referencias que a ellas se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una ley derogada solo resolvería su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva". En el caso de autos se discute si la ciudadanía se pierde o suspende por auto de detención. Sobre esto cabe decir que en 1933 el Código de Procedimiento Penal que se dictó entonces derogó cualquier norma vigente en la época de su sanción que le fuere contraria. Y es indiscutible que el auto de detención no tiene carácter penal. Aun cuando el nuevo código omitió este artículo, debe entenderse que la Ley de 1938 derogó las normas preexistentes que establecían la pérdida de ciudadanía por auto de prisión, y el estatuto de procedimiento penal actualmente en vigencia, no haciendo referencia alguna a este aspecto, dejó sin efecto la Ley 85 de 1816, en lo pertinente. En otras palabras, aunque es válida la conclusión de la ponencia en cuanto no hay pérdida o suspensión de la ciudadanía en razón de la existencia de un auto de detención, pienso que la razón para llegar a esta conclusión es por virtud de que la Ley 85 de 1916 fue derogada por otra ley posterior y no por el Acto Legislativo número 1 de 1936. (Aclaración de Voto del Consejero doctor Enrique Low Mutra a la Sentencia de Sala Plena de 18 de septiembre de 1979. Ponente, doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 435). 634

16. CITACION DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO A LAS RESPECTIVAS SALAS. (SALVAMENTO DE VOTO).

No citarlos a todos vicia de nulidad lo decidido, por incompetencia. Sólo cuando la composición del órgano colectivo ha recorrido estas tres etapas: a) Nombramiento y posesión de todos sus miemros; b) Convocatoria de todos sus componentes y c) Presencia del número o quorum señalado en la ley, podrá funcionar como tal y tomar decisiones mediante el voto de los presentes. Interpretación del artículo 312 *del Código de Procedimiento Civil.*— Para que un organismo colegiado, administrativo o jurisdiccional, pueda funcionar como tal y tomar las decisiones concretas que le competen, debe en primer término constituirse como organo de decisión, previa la cita de todos sus miembros a la correspondiente Sala; fenómeno éste que no puede confundirse con la noción de quorum. En efecto, aunque en un caso concreto se reúna el número de miembros que constituye el quorum señalado en la ley, no por esa sola razón puede hablarse de la existencia legal del órgano con aptitud para ejercer la competencia, porque para ésto, fuera de que todos sus miembros deben estar nombrados y legalmente posesionados, debieron ser citados previamente a la reunión colegial. El quorum, o sea el mínimo de miembros indispensable para tomar decisiones dentro de un colegio o Corporación, no puede calificarse sino luego de la constitución del órgano colegial, para lo cual debe mediar la citación de todos sus componentes. Y este es el alcance que debe dársele al artículo 1º del Decreto 2071 de 1950, cuando dispone "que para toda decisión de carácter jurisdiccional o no que se tome por el Consejo de Estado, se requieren —cuando

Páginas

menos— los votos de la mayoría absoluta de la Sala o de la Corporación, según el caso". En otras palabras, sólo puede hablarse de quorum cuando el órgano se constituya como tal. Las ideas precedentes mustran cómo la omisión en la convocatoria de todos o de algunos de los miembros de una Corporación constituye un vicio de composición del órgano (éste no puede nacer como tal) y entraña forzosamente la nulidad de los actos que expida, aunque en la práctica tomen parte en la decisión un número igual o superior al quorum indicado en la ley. En el fondo, al no darse el órgano, los miembros reunidos sin la convocatoria legal no pueden ejercer la competencia. Sólo cuando la composición del órgano colectivo ha recorrido estas tres etapas: a) Nombramiento y posesión de todos sus miembros; b) Convocatoria de todos sus componentes; y c) Presencia del número o quorum señalado en la ley, podrá funcionar como tal y tomar decisiones mediante el voto de los presentes, lo que conforma la cuarta y última etapa en el proceso. Finalmente, debe anotar que la interpretación dada por la Sala el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil no es la acertada. La subsanación allí permitida parte también del supuesto que la decisión haya sido tomada por el órgano con aptitud para el efecto. En tal sentido, si constituido el órgano y comprobado el quorum la decisión no fue suscrita por el número de Magistrados previstos en la ley o fue acordada con menor número de votos de los requeridos, podrá corregirse esa irregularidad dentro del término de ejecutoria. Se parte aquí, como es obvio, de una providencia tomada por el órgano constituido legalmente. Si así no fuera nada podría subsanarse porque la decisión sería, más que informal o irregular, evidentemente inexistente. El mismo reglamento del Consejo impone la citación de todos los miembros de la Corporación a las respectivas salas. No citarlos a todos vicia de nulidad lo decidido, por incompetencia. (Salvamento de Voto del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, al Auto de Sala Plena de 11 de octubre de 1979. Expediente 10.315). 846

17. CITACION DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO A LAS RESPECTIVAS SALAS. SALVAMENTO DE VOTO.

Si no se ha hecho la convocatoria legal o reglamentaria de todos sus miembros se afecta la competencia del órgano para tomar la decisión. Otra cosa es que algunos no asistan, hipótesis en la cual, habiendo quorum decisorio, la Sala puede proferir las providencias con los votos necesarios, sin que dicha circunstancia invalide sus actuaciones. Artículo 1º Inciso 3º del Reglamento del Consejo de Estado. Expresamente el inciso 3º del artículo 1º del Reglamento del Consejo de Estado establece que "no serán válidas las determinaciones que se adopten en sesión para la que no hayan sido bien convocados sus miembros", es decir, de conformidad con lo dispuesto en los dos primeros incisos del mismo artículo. Esta sanción es para toda clase de decisiones y la norma que la contiene tiene la fuerza material de ley por haber sido expedida por el Consejo en ejercicio de la facultad que le da el ordinal 4º del artículo 141 de la Constitución. Es que un grupo de Consejeros reunidos no es el Consejo ni ninguna de sus Salas, si el Consejo o sus Salas no han sido debidamente convocados. Normas iguales a las contenidas en el artículo 1º del

Páginas

Reglamento del Consejo de Estado existen en el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia expedido por el Acuerdo Nº 2 de 1972. El artículo 1º de este Reglamento es del siguiente tenor: "Artículo 1º. La reunión de los Magistrados que componen las Salas de Casación y la Sala Constitucional, forma la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Las sesiones serán ordinarias y se efectuarán los jueves de cada semana, y extraordinarias. La convocación para éstas últimas la hará el Presidente por su iniciativa o a instancia del Vice-Presidente, o por éste en ausencia del primero, o cuando lo pidan tres o más Magistrados, siempre que, en este caso, indiquen el objeto de la sesión. (Artículos 27 y ss.; Constitución Nacional, artículo 147; 1265 de 1970, artículo 5º). "Esta convocatoria se hará por escrito en el que se mencionará lugar, fecha, hora y objeto de la sesión. En caso de urgencia, la citación podrá ser verbal, de lo que se dejará testimonio en el acta. (Artículos 5º y 28). "No serán válidas las determinaciones que se adopten en sesión para la que no hayan sido debidamente convocados los Magistrados". Considero que no deben confundirse los órganos colegiados con sus miembros. Para que sean válidas las actuaciones de cualquier naturaleza de un cuerpo colegiado deben llenarse las formalidades prescritas por la Constitución, por la ley o por el reglamento en lo que se refiere a su reuniones, pues de lo contrario podría darse lugar no sólo a sorpresas sino también a decisiones fraudulentas al no hacerse las citaciones que estén previstas como requisito indispensable para realizar las deliberaciones de una corporación. Es por ello que el artículo 75 de la Constitución, en relación con la Rama Legislativa del Poder Público colombiano, establece que "toda reunión de miembros del Congreso que, con la mira de ejercer funciones propias de la Rama Legislativa del Poder Público se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, carecerá de validez; a los actos que realice no podrá dársele efecto alguno, y las personas que en las deliberaciones tomen parte serán sancionadas conforme a las leyes". En mi opinión, los Conjueces que hayan sido sorteados y posesionados para intervenir en un caso determinado deben ser citados, de la misma manera que los Consejeros de Estado, para que asistan a las reuniones en que deban participar. Para el caso concreto en que deba intervenir un Conjuez, la composición del órgano ha variado. Es lógico entonces que se afecte su competencia para tomar la decisión, si no se ha hecho la convocatoria legal o reglamentaria de todos sus miembros. Otra cosa es que algunos no asitan, hipótesis en la cual, habiendo quorum decisorio, la Sala puede proferir las providencias con los votos necesarios, sin que dicha circunstancia invalide sus actuaciones. (Salvamento de Voto del Consejero doctor Jacobo Pérez Escobar, al Auto de Sala Plena de 11 de octubre de 1979. Expediente 10.315). 848

18. COMISIONES CONSTITUCIONALES PERMANENTES DE LA CAMARA DE REPRESENTANTES.

Son diferentes de las comisiones de "orden interno". Elección con aplicación del cuociente electoral (artículos 172 *Constitución Nacional y* 16 *de la Ley* 17 *de* 1970*). Sistema de votación en bloque. El artículo* 16 *de la Ley* 17 *de* 1970*, en cuanto permite prescindir del sistema del cuociente electoral es inconstitucional. Se declaró la nu-*

lidad de la elección de las Comisiones Constitucionales Permanentes de la Cámara de Representantes, realizada por esa Corporación el 1º de agosto de 1978 en la forma como consta en el acta correspondiente a la sesión de esa fecha.— Como se expresó en la providencia que desechó la nulidad, las Comisiones Permanentes fueron creadas por el artículo 72 de la Carta son elegibles por cada Cámara para períodos no menores de dos años y se ocupan de tramitar en primer debate los proyectos de ley. Además, dicho precepto dispone que "Salvo lo especialmente previsto en la Constitución, la ley determinará el número de Comisiones Permanentes y el de sus miembros, lo mismo que las materias de que cada una deberá ocuparse". En desarrollo de este canon constitucional, la Ley 17 de 1970, que es el actual estatuto sobre la materia, por su artículo 6º estableció que en cada una de las Cámaras deberán funcionar ocho Comisiones Constitucionales Permanentes, y por medio de los artículos siguientes creó y determino las funciones de las Comisiones de la Mesa de Credenciales y de Justicia y de las Comisiones Accidentales, entre otras. El examen de las anteriores normas permite deducir que las Comisiones Constitucionales Permanentes de ambas Cámaras son diferentes de las otras Comisiones, las denominadas de "orden interno", por su origen, periodo, manera de integración y atribuciones. Ahora bien, como lo demandado en este proceso es la nulidad de la elección de las Comisiones Permanentes hecha por la Cámara de Representantes el 1º de agosto de 1978, mediante la aprobación de la Proposición Nº 18 de esa fecha, y como según lo explicado aquéllas se diferencian y distinguen de las de simple "orden interno", se concluye que el conocimiento de la presente acción corresponde a esta Jurisdicción, concretamente al Consejo de Estado, en virtud del inciso 1º del artículo 192 del Código Contencioso Administrativo. Es innegable que en el caso *sub judice* se trataba de elegir más de dos personas, pues conforme al artículo 6º de la Ley 17 de 1970 las distintas Comisiones Constitucionales Permanente de la Cámara de Representantes están compuestas, cuando menos, por 14 miembros. Luego debió aplicarse el sistema del cuociente electoral. De este modo, por mandato expreso del artículo 16 de la misma ley, esas Comisiones debieron elegirse no solamente con aplicación del aludido sistema sino también con sujeción a las listas previamente inscritas. Con respecto a la inscripción de las listas se tiene, según consta en las páginas 190 a 192 del ejemplar de Anales del Congreso que obra en el expediente, que los representantes Pablo Salazar de Heredia, Ignacio Valencia López, Hernando Turbay Turbay, Oscar Martínez Salazar y Ernesto Lucena, aduciendo la condición de miembros de las Comisiones coordinadoras de los partidos políticos, propusieron para las comisiones en referencia, en bloque, a los representantes cuyos nombres figuran en las listas presentadas para integrar todas las Comisiones. A su turno, consta también que el representante Gilberto Vieira inscribió una lista de candidatos para las Comisiones Primera, Tercera, Quinta y Séptima, de la que figuran como proponentes, además del citado Vieira, los representantes José Cardona Hoyos, Mario Montoya H. Gustavo Osorio y Alvaro Bernal Segura. Corolario de lo anterior es que en la elección acusada hubo dos listas y que, por consiguiente, en cuanto a este aspecto, se satisfizo el requisito reclamado por los artículos 172 —inciso 4º— de la Constitución y 16 de la Ley 17 de 1979. Mas estos

Páginas

preceptos no fueron observados porque la elección se hizo sin aplicación del cuociente electoral, pues, como en este sentido lo anota el Fiscal colaborador, "el error de la Presidencia de la H. Cámara de Representantes estuvo en no haber abierto la votación dado que habían dos listas inscritas y dar aplicación al principio constitucional del cuociente electoral por tratarse de una elección de más de dos miembros.....". Resta examinar si en el caso *sub lite* se podía votar por una lista total de las Comisiones, por mediar acuerdo de los partidos o sectores políticos que había en la Cámara en la fecha de la elección. Para que se admita la votación en bloque, el artículo 16 de la Ley 17 de 1970 condiciona el hecho a que "los partidos o sectores políticos representados en la respectiva Cámara" se pongan de acuerdo en una lista total de las Comisiones. Y ese acuerdo, ese consenso, no se registró el 1º de agosto de 1978 cuando la Cámara realizó la elección demandada. Evidentemente, hubo dos listas, como se ha expuesto, y el sector político que en esa ocasión tuvo como vocero al representante Vieira solicitó que la elección se hiciera de manera separada, esto es, Comisión por Comisión, y se opuso a la votación en forma conjunta, llegando hasta presentar listas de candidatos. Luego lo procedente era aplicar el sistema del cuociente electoral. El grupo de parlamentarios que suscribió la lista disidente constituía en la fecha de la elección un sector político de la Cámara. Era una fracción de un partido o un sector político independiente, que representaba una opinión política, así fuera minoritaria. Por este motivo, si se trataba de ponerse "de acuerdo en una lista total de las Comisiones", para que pudiera ser votada en bloque era necesario contar con ese sector político. Consiguientemente, al faltar el acuerdo pleno, no podía haber votación en bloque. Además, el artículo 16 de la Ley 17 de 1970, en cuanto permite prescindir del sistema del cuociente electoral, es inconstitucional porque el artículo 172 de la Carta prescribe que las elecciones de más de dos personas, como en el caso de autos, se deben efectuar, sin excepción alguna, por el mencionado sistema. La conclusión final es la de que la Cámara de Representantes, contrariando los artículos 172 de la Carta Política y 204 del Código Contencioso Administrativo hizo el 1º de agosto de 1978 la elección de sus Comisiones Constitucionales Permanentes sin emplear el sistema del cuociente electoral, el cual tiene por finalidad asegurar la representación proporcional de los partidos, tanto en las elecciones populares como en las que verifique las Corporaciones Públicas, en aras de la democracia representativa y, desde luego, de los derechos de las minorías. Conviene advertir que el acta de la sesión de la Cámara de Representantes correspondiente al 1º de agosto de 1978 fue aprobada por la misma en su sesión siguiente (Anales del Congreso Nº 16, Cuaderno 2 folio 138). (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 2 de julio de 1979. Consejero ponente doctor, Mario Enrique Pérez V. Actor: Gilberto Vieira, y otros. Expediente 499. Electoral). 613

19. CONSEJO SUPERIOR DEL SUBSIDIO FAMILIAR

La Ley 56 de 1973 no creó ni autorizó crear organismo alguno para asesorar al Ministerio del Trabajo en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar,

ni para lograr el sometimiento de éstas a los fines propios del subsido, ni le era dable al ejecutivo, so pretexto de reglamentar la ley; introducir un organismo nuevo dentro de la estructura del Ministerio del Trabajo, porque tal competencia corresponde al Congreso, mediante leyes, como lo prevé el artículo 76 de la Carta. Suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 1049 de 1974 en cuanto reformó los artículos 17 y 18 del Decreto 1004 de 1974, así como los artículos 19 y 20 del Decreto 1004 de 1974.— Es cierto, como lo afirma el actor, que la potestad reglamentaria ha sido establecida por la Constitución para que el Presidente de la República esté dotado de los instrumentos necesarios para lograr la cumplida ejecución de las leyes, pero es obvio que dicha potestad encuentra sus limites en la misma ley reglamentada, pues el Gobierno no puede por este medio modificar las disposiciones legales, ampliarlas, ni crear organismos que no estén expresamente previstos en la ley que se reglamenta. Los artículos de los decretos cuya nulidad se están demandando en este proceso se refieren a la creación de un organismo que se denominará Consejo Superior del Subsidio Familiar y que servirá como entidad asesora del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. En dichos artículos se reglamenta la integración del Consejo, la forma de elección de sus integrantes, sus funciones y competencias, de suerte que para efecto de este estudio los cuatro artículos acusados integran un todo que tiende a la creación y funcionamiento de un organismo estatal. Según el artículo 1º del Decreto 1049, el artículo 17 del Decreto 1004, orgánico del Consejo Superior del Subsidio Familiar, quedará así: "para que sirva como entidad asesora del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar, créase un organismo que se denominará Consejo Superior del Subsidio Familiar.....". De acuerdo con las normas legales vigentes sobre la materia el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social ejerce la vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar y para el cumplimiento de esa función debe actuar a través de la estructura propia del Ministerio, tal como se encuentra consagrada en los decretos leyes pertinentes. Pero el Decreto 1004 de 1974, modificado y adicionado por el 1049 del mismo año, resolvió crear un organismo nuevo, desde luego adscrito al Ministerio del Trabajo, para que asesorara a ésta unidad administrativa "en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control de las Cajas de Compensación Familiar, como lo dice el artículo 17 del Decreto 1004, modificado por el 1049 de 1974. Igualmente el artículo 19 del Decreto 1004 de 1974 consagra que dicho Consejo Superior actuará como organismo técnico "en especial para lograr el sometimiento de las Cajas a los fines propios del subsidio, de acuerdo con las normas legales...". Cómo fácilmente se percibe el cumplimiento de las funciones de vigilancia y control y el sometimiento de las Cajas a los fines propios del subsidio, son objetivos que presuponen una competencia decisoria, pues de lo contrario el organismo creado careceria por entero de utilidad alguna en el orden administrativo. Es pues, este Consejo Superior parte de la estructura misma del Ministerio del Trabajo para el cabal cumplimiento de sus funciones y competencias. Este supuesto estima la Sala Unitaria que al crear el Decreto 1004 de 1974 este Consejo Superior del Subsidio Familiar, así como al modificarlo por

Páginas

medio del Decreto 1049 del mismo año en aquellos artículos acusados en el presente juicio, el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria que le otorga el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y violó igualmente la Ley 56 de 1973, que se reglamenta en los decretos antes citados, porque ni dicha ley creó ni autorizó crear organismo alguno para asesorar al Ministerio del Trabajo en el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control de las Cajas de Compensación Famíliar, ni para lograr el sometimiento de éstas a los fines propios del subsidio, ni le era dable al ejecutivo, so pretexto de reglamentar la ley, introducir un organismo nuevo dentro de la estructura del Ministerio del Trabajo, porque tal competencia corresponde al Congreso, mediante leyes, como lo prevé el artículo 76 de la Carta, en cuya regla novena establece como competencia del órgano legislativo "determinar la estructura de la Administración Nacional mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos...". (Sala de Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Auto de 25 de septiembre de 1979. Consejero ponente, doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 3616. Actor: Doctor Nemesio Camacho Rodríguez). 403

20. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

No es órgano activo de la Administración ni tiene competencia legislativo ni se le puede delegar ésta por el Congreso. Normas sobre publicidad. Es al Congreso a quien corresponde por medio de leyes "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes' ',cláusula general de competencia que le permite dictar normas que le impongan, a los Departamentos y Municipios, así como a las entidades descentralizadas de los mismos, restricciones y condiciones sobre su propaganda y publicidad. Suspensión provisional de la Resolución 002130 *de enero* 27 *de* 1979, *por medio de la cual se dictan normas sobre publicidad, expedida por el Contralor General de Antioquia.* El auto apelado lleva fecha 9 de marzo del presente año y en él el Tribunal Administrativo de Antioquia niega la suspensión provisional solicitada, dando como fundamento para ello que "el caso no reviste la claridad que le asigna el demandante en cuanto a la ostensible violación. En efecto, de la simple lectura del libelo se tiene que al hacer el cotejo de los preceptos contenidos en la Resolución impugnada con las disposiciones de orden constitucional y legal que se señalan como violadas, no surge de inmediato esta conclusión, sino que es necesario el estudio de cuestiones jurídicas de fondo que hacen precedente la medida conforme al artículo 94 en referencia y a la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado y de este mismo Tribunal". Luego cita apartes de la sentencia del Consejo de Estado proferida el 24 de marzo de 1971 y una del Tribunal de fecha 7 de mayo de 1976. Al confrontar la Sala el contenido de la Resolución acusada, "por medio de la cual se dictan normas sobre publicidad", con lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución Política, encuentra que es al Congreso a quien corresponde por medio de leyes "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes", cláusula general de competencia que le permite dictar normas que le impongan a los Departamentos y Municipios, así como a las entidades descentralizadas de los mismos, restricciones y condiciones

sobre su propaganda y publicidad. Pero además la Resolución acusada contraría en forma ostensible el ordinal 1º del artículo 187 de la Constitución, que dice que "corresponde a las Asambleas, por medio de Ordenanzas: 1º Reglamentar de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales, la prestación de los servicios a cargo del Departamento", y el ordinal 7º del mismo artículo, que expresa que corresponde a dichas entidades "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del Departamento, con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las correspondientes normas legales". Así mismo el artículo 194 de la Constitución, especialmente sus ordinales 1º y 2º, ya que de acuerdo con el 1º corresponde al Gobernador cumplir y hacer que se cumplan en el Departamento las ordenanzas de la Asamblea, como serían, por ejemplo, las que decreten gastos para propaganda y publicidad oficiales, y de conformidad con el 2º, dirigir la acción administrativa en el Departamento, dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración. Igualmente es violatoria la Resolución acusada del artículo 197 de la Constitución, especialmente de sus ordinales 1º y 2º puesto que según dichas normas "son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes: 1º Ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la Administración del Distrito; 2º Votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales". Por otra parte, se advierte con suma claridad que el acto administrativo acusado fuera de reproducir, sin decirlo, lo dispuesto por el artículo 4º del Decreto 109 de 1945, lo viola en forma abierta por cuanto éste sólo autoriza a los Contralores Departamentales y Municipales, en donde los haya, o a los respectivos funcionarios encargados de examinar las cuentas de cobro por publicaciones de la prensa hablada o escrita, para "confrontar que dichas cuentas corresponden a las tarifas ordinarias del respectivo órgano de publicidad, y podrán glosar aquéllas en que no se reúnan las condiciones anteriormente establecidas, o cuando sea notorio el propósito de establecer un privilegio o subvención indirecta o determinados periódicos o radiodifusoras, dando cuenta, para los efectos del inciso único del artículo 4º de la Ley, al respectivo superior del funcionario que haya ordenado la publicación", y no para dictar precisamente disposiciones sobre la manera de hacer dicha propaganda o publicidad, que son de competencia de la ley. Esta Sala, a propósito de un caso similar, ha expresado que la Contraloría General de la República no es órgano activo de la Administración ni tiene competencia legislativa ni se le puede delegar ésta por el Congreso. Su poder reglamentario está restringido a la prescripción de los métodos de la contabilidad de la Administración Nacional y de sus entidades descentralizadas, a la manera de rendir cuentas los responsables del manejo de fondos o bienes nacionales y a dictar las normas de ejecución de las leyes orgánicas de la propia Contraloría. Esto mismo puede predicarse, en términos generales, de las Contralorías Departamentales y Municipales. Refiriéndose a la Contraloría General de la República, en sentencia de 26 de septiembre de 1973, de la cual fue ponente el Consejero Carlos Galindo Pinilla, dijo esta Sala, entre otras cosas, lo siguiente: "Pero aún en la hipótesis de que los actos acusados no fueren sino la reiteración de preceptos legales vigentes y únicamente tuvieran el

Páginas

alcance de una simple codificación de normas legales, también serían inconstitucionales porque la codificación de normas de tal naturaleza es una competencia que, a lo sumo puede ejercer el Gobierno, mediante una autorización especial del mismo Congreso. "Por consiguiente, si la pretensión de la Contraloría General de la República no hubiese sido la muy ambiciosa de expedir un código de la materia, sino la más modesta de codificar las disposiciones legales pertinentes, sin introducirle modificaciones, tampoco tendría competencia constitucional o legal para ello, pues esa función, a lo sumo podría ejercerla el Gobierno, como ya se dijo, en uso de las autorizaciones especiales a que se refiere el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional. Esta es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia contenida en sentencia del 9 de febrero de 1960". "De suerte que si la Contraloría, en ejercicio de este poder reglamentario muy limitado, llegare a atribuirse alguna función que le permita participar en la apreciación sobre la convenencia, o la oportunidad de un acto de la incumbencia de la administración activa, rebasaría el marco constitucional y legal dentro del cual debe desarrollarse su actividad". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Auto de 26 de julio de 1979. Consejero ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente 3105. Actor: CAP). 390

21. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la Administración activa (artículo 59 Constitución Nacional) . Control fiscal que ejerce la Contraloría. Delimitaciones de las órbitas de competencia del control fiscal y de las funciones administrativas. Nulidad de los siguientes apartes del acto de la Contraloría General de la República contenido en el Oficio Nº C.J. 000322 de febrero 22 de 1978, suscrito por el Jefe de la Oficina Jurídica y refrendado por el Contralor General. "Por las consideraciones anteriores esta oficina conceptúa: "El señor Auditor ante el Ministerio de Obras Públicas y Transporte debe abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos que se haga por concepto de mora en el pago de actas de obra entregada, porque la Administración carece de facultades legales para convenir y reconocer tales reajustes. Los conceptos emitidos por esta oficina son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios fiscalizadores de acuerdo con el artículo 2º de la Resolución Orgánica Nº 08426 de 1º de octubre de 1976, expedida por la Contraloría General de la Repúblilca". "A la Contraloría le compete ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración, exclusivamente, y le está vedado el ejercicio de funciones propias de la Administración Activa (artículo 59 de la Constitución Nacional). Una de las modalidades que ofrece esa vigilancia es el llamado "control previo", que le permite a la Contraloría verificar el cumplimiento de las normas fiscales antes de la realización del gasto. Por consiguiente es perfectamente claro que el punto de referencia de tal control no puede extenderse a normas reguladoras de actividades diferentes a la del gasto mismo, como serían por ejemplo, las disposiciones que gobiernan la actividad administrativa, generadora del gasto. El control numérico legal, previo

al gasto, surge frente a una orden de pago, para verificar su legalidad por el aspecto puramente fiscal y no habilita al órgano que lo ejerce para discutir o controvertir el Acto Administrativo que pretende ejecutarse a través de la orden de pago, pues esto equivaldría a una intromisión en la actividad propia de la Administración. En el caso planteado en la demanda, la Contraloría desconoce la competencia del Ministerio de Obras Públicas para disponer y liquidar reajustes por mora en el pago de obras ya entregadas y por tales razones ordena que no se refrende la erogación, con la cual se hace imposible la ejecución del acto de la Administración. Ello implica que la Contraloría haga un juicio que desborda el marco fiscal y que, con fundamento en ese juicio, impida la ejecución de un acto que sólo podría controvertirse por la vía jurisdiccional. El artículo 59 de la Constitución Nacional dispone que le corresponde a la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración pero prescribe, en forma expresa, que "no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización. Afirma el representante de la oficina jurídica de la Contraloría que el mencionado control fiscal, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 925 de 1976, consiste en "examinar con antelación a la ejecución de las transacciones u operaciones, los actos o documentos que las originan o respaldan y efectuar su "examen que consiste en comprobar el cumplimiento de las normas, leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos". Pero, cuando el oficio número CJ-00032 de 22 de febrero de 1978 dice: "El señor auditor ante el Ministerio de Obras Públicas y Transporte debe abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos que se hagan por concepto de mora en el pago de actas de obra entregada, porque la Administración carece de facultades legales para convenir y reconocer tales reajustes", no está simplemente buscando la correcta ejecución de Transacciones, operaciones, actos o documentos o que se verifique el cumplimiento de leyes, reglamentaciones y procedimientos establecidos, sino que está asumiendo funciones distintas de las relativas al control numérico legal, y, por tanto, contrariando el artículo 59 de la Carta: Implica un juicio jurídico sobre la competencia del Ministro de Obras Públicas en relación con la materia a que se refiere. Por consiguiente, respecto al primer fundamento del recurso de súplica, la Sala de Decisión considera que el Acto suspendido sí viola en forma clara y ostensible los invocados preceptos de la Constitución, puesto que no se limita a dar instrucciones sobre la forma de ejercer el control por ella previsto y desarrollado por la Ley 20 de 1975 y su Decreto Reglamentario 925 de ese año, sino que implica el examen de las atribuciones administrativas del Ministerio de Obras. *Delimitación de las órbitas de competencia del control fiscal y de las funciones administrativas:* "De acuerdo a la consulta transcrita por el recurrente a folio 50 del expediente, "la potestad administrativa, en síntesis, es el atributo y la obligación presidencial correspondiente a los mandatos constitucionales contenido en los ordinales 2º y 3º del artículo 120, que ordenan al Presidente obedecer las leyes y expedir órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes". Y más adelante expresa "por el contrario, quien habla de "control dice vigilancia, supervigilancia, supervisión, esto es, acción que se ejerce respecto de entes y actos

Páginas

distintos de los que ejerce control, de donde resulta evidente que quien controla no debe tener participación alguna en las decisiones objeto del control.....". Cuando la oficina jurídica ordena al Auditor, por medio del acto acusado, abstenerse de refrendar cualquier reajuste sobre el valor de los contratos, no está vigilando o supervigilando, es decir, no está ejerciendo la función fiscalizadora, sino definiendo las facultades de la Administración, lo que implica una intromisión del área fiscal en la administrativa, con clara violación del artículo 60 de la Constitución Nacional. La Sala considera suficiente los argumentos expuestos para confirmar el auto de suspensión provisional, proferido el 9 de junio de 1978 por la Sala Unitaria, Sinembargo, en relación con el segundo párrafo del acto acusado que prescribe. "Los conceptos emitidos por esta Oficina son de obligatorio cumplimiento para los funcionarios fiscalizadores de acuerdo con el artículo 2º de la Resolución orgánica número 08426 de 1º de octubre de 1976, expedida por la Contraloría General de la República". La Sala considera: Que es parte integrante del primero respecto del cual afirma que es obligatorio; que esto hace que inequivocamente el concepto acusado constituya un acto administrativo; que, por consiguiente, la orden dada al señor Auditor del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, de abstenerse de refrendar los reajustes a que se refiere, sólo tiene carácter de tal entendiendo la primera parte en relación con la segunda que la complementa y que, en consecuencia, lo expuesto respecto de aquélla es aplicable a ésta. Por tanto, como el acto acusado es clara y ostensiblemente violatorio de los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional, la Sala considera que es preciso confirmar el auto suspendido". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de noviembre 5 de 1979. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 2896. Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores). 357

22. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Naturaleza de la caducidad (exige que el contrato no haya terminado). La resolución del contrato no tiene operancia frente a los contratos de tracto sucesivo, sino en los instantáneos, exige que el contrato no haya terminado y la acción en estos casos se denomina resciliación o terminación.— La caducidad de los contratos administrativos es una de las formas de determinación anormal o anticipada de los mismos. Mediante ella la administración los da por terminados anticipadamente, por incumplimiento del cocontratante o por cuales quiera otras causas de las estipuladas o de las que se entienden implícitamente contenidas en ellos. Corresponde la caducidad al ejercicio de poderes exorbitantes de la administración en la esfera contractual. Por ella la administración, por si y ante sí, mediante acto administrativo declara que el cocontratante ha incumplido y que la ejecución del contrato, en consecuencia, no debe continuar. Pero como cesación anormal o anticipada que es, exige como presupuesto lógico que el contrato no haya terminado, bien por expiración del plazo convenido o por la ejecución de la obra. La petición sobre resolución del contrato no es procedente. Esta figura, que no tiene

Páginas

operancia frente a los contratos de tracto sucesivo, sino en los instantáneos, exige, como la caducidad, que el contrato no haya terminado, que esté en vigencia. La acción en estos casos se denomina técnicamente resciliación o terminación. Quizás el equívoco lo plantea el mismo contrato al cual en lugar de hablar de caducidad emplea en su cláusula 9ª el vocablo "resolución". Aquí existe un doble error no es resolución sino caducidad y es medida dispuesta por la ley a favor de la administración, que le permite a ésta tomar su propia decisión ejecutoria sin tener que apelar a la jurisdicción, y no es resolución porque el contrato de obra pública aquí cuestionado es de tracto o de ejecución sucesiva. La liquidación será procedente, pero no podrá hacerla esta jurisdicción, como ya ha tenido oportunidad de decirlo en forma reiterada esta Sala. La administración, con base en la cláusula 10ª, procederá a efectuarla, siguiendo para el efecto el procedimiento indicado en la misma. Sólo así se podrá definir quién debe a quién y cuánto. A este respecto la Sala comparte la siguiente apreciación de la vista fiscal: "En consecuencia, además de la nulidad de la Resolución acusada, se debe ordenar por el Consejo de Estado que se proceda a la liquidación del contrato en la forma dispuesta en la misma convención, en la cláusula acabada de transcribir, en dicho acto se deberá establecer quién debe a quién y cuánto; allí tendrá que determinarse si hay lugar a hacer efectivas las garantías prestadas por la Compañía de Seguros Patria S. A.; si hay lugar al pago de pena o de indemnización de perjuicios por alguna de las partes. Por esta razón no son procedentes los pronunciamientos por parte del Consejo de Estado, de los puntos impetrados por el actor en este sentido". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 9 de agosto de 1979. Consejero ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 2317. Actor: Julio César González A. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 004 de 1977 de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia). .....V..... 518

23. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Poderes exorbitantes, en principio, sólo pueden ejercerse por la Administración una vez se haya perfeccionado el contrato LICITACION Y ADJUDICACION en los contratos que requieran licitación, la adjudicación hecha por la Administración es irrevocable luego de la ejecutoria del acto que la dispone y es obligatoria tanto para la entidad pública como para el adjudicatario. Plazo para la celebración del contrato; extensión en el tiempo de las garantías para responder por la seriedad de la propuesta; razones exculpativas de la firma adjudicataria para no suscribir el contrato. PODER. La presentación del poder ante funcionario distinto de aquél a quien va dirigido no constituye falta de demanda en forma y no impide el pronunciamiento de fondo, cuando el auto de reconocimiento de personería no haya sido impugnado oportunamente. Caducidad de la acción.— En escrito de 13 de mayo de 1975 la Compañía American Internacional Underaritare de Colombia Ltda. (representantes para Colombia de la firma American Home Assurance Co. of New York) y mediante apoderado idóneo solicita la nulidad de las resoluciones 9603 de 28 de diciembre de 1964 y 1203 de 26 de febrero de 1975,

expedidas por el Ministerio de Obras Públicas y como restablecimiento del derecho que se haga la declaración de que no se halla legalmente obligada a efectuar prestación alguna a favor de la Nación (Ministerio de Obras Públicas) en razón de la póliza de seguro de cumplimiento Nº AH A-1.000-1716 del 26 de abril de 1974 y sus renovaciones AHA 1.000-1509 del 30 de julio siguiente. AHA-1000-1540 del 8 de octubre y AHA-1.000 del 29 del mismo mes. En primer lugar, la presentación del poder ante funcionario distinto de aquél a que a quién va dirigido no constituye falta de demanda en forma y no impide el pronunciamiento de fondo, cuando el auto de reconocimiento de personería no haya sido impugnado oportunamente. "Para la Sala esta informalidad no constituye causal de nulidad ni da pie para una decisión inhibitoria. Si bien es cierto el poder, tal como lo ordena el artículo 65 del Código de Procedimiento Civil debe presentarse como se dispone para la demanda en el artículo 84 *ibídem*, vale decir, personalmente por quién lo suscribe ante el secrtario de la autoridad judicial a que se dirija, no es menos cierto que si esa presentación se hace ante notario o juez de la misma localidad y asi lo acepta el despacho competente, por estimar que no existe duda sobre la autenticidad de la persona que lo confiere sin que la parte opositora discuta mediante los recursos de ley esta admisión o reconocimiento, la informalidad queda saneada. "Se hace esta afirmación con base en el numeral 7 del artículo 152 del citado estatuto, en armonía con su inciso final. El mencionado numeral acepta como causal de nulidad la indebida representación de las partes, pero agrega que en tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará "por carencia total de poder para el respectivo proceso". "Nada permite pensar que esto fue lo que sucedió aquí. El poder existe y fue autenticado ante el Juzgado 20 Civil del Circuito de esta ciudad, funcionario que por ley está facultado para el efecto. Su texto es comprensivo y completo, ya que da cuenta de la acción a seguir, indica las partes, señala el objeto y el alcance de la controversia, concreta las facultades del apoderado y lo identifica claramente. "La presentación inadecuada máxime cuando esta inadecuación es sólo desde el punto de vista formal, no equivale a ausencia de poder. Fue ciertamente informal su aceptación, pero ésta debió discutirse en su oportunidad, mediante recursos, por la parte demandada o por el agente del Ministerio Público. Si no lo hicieron. no puede ahora revivirse su discusión por que las irregularidades procesales que no encajan en la enumeración taxativa hecha por el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, como constitutivas de nulidad. se entienden saneadas "si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este código establece". Caducidad de la Acción: Aparece en el expediente que la Resolución 1203, confirmatoria de la 9603, fue expedida el 26 de febrero de 1975 y notificada a Industrias Ivor. Casa Inglesa el día 12 de marzo siguiente. Lo que significa que cualquiera que sea el término de caducidad que se adopta para este tipo de controversias (4 meses, según el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo o el de prescripción indicado en el Código Civil) la acción fue instaurada en tiempo, ya que aparece en autos que la demanda se presentó el 11 de julio de ese año (a folios 36 vuelto del cuaderno Nº 1 proceso 1845). El hecho de que su admisión se haya producido sólo el 1º de diciembre

siguiente no varía el enfoque, porque el fenómeno de la interrupción lo produjo la demanda presentada oportunamente, no la admisión de la misma y menos su notificación. Y pese a lo sostenido por el señor Fiscal colaborador el libelo si reunía todas las exigencias legales. La falta de la constancia de notificación de la resolución confirmatoria 1203 no contradice esta afirmación, ya que debió producir otro efecto diferente y nunca uno tan drástico. Así, el sustanciador, dentro de su lógica, tenía que ordenar que se subsanara esa omisión que no estaba en el libelo y no hacer un pronunciamiento escueto de inadmisión. La idea precedente está en un todo de acuerdo con el inciso final del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo que a la letra dice: "En el auto en que se niega la admisión de una demanda deberán expresarse los defectos que tenga, *y ordenarse su devolución al interesado para que los corrija*". Fuera de lo anterior y aunque las Resoluciones 9603 y 1203 forman un acto complejo, en estricta técnica el acto que tenía que demandarse era sólo el primero, puesto que el segundo se limitó a impartir, pura y simplemente, la confirmación de aquél?. Además, dada la coincidencia no sólo formal sino también sustancial de las dos demandas, ningún obstáculo existe para su estudio como una sola unidad y con este alcance se tomará la decisión. La administración en la esfera contractual posee prerrogativas que le permiten tomar decisiones unilaterales dotadas de ejecutoriedad; prerrogativas según las cuales, como afirma el profesor Dromi, "los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinadas en el contrato administrativo", ya que "es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares". Estos poderes exhorbitantes, ordinariamente contenidos en cláusulas inusuales en el contrato privado, que se justifican por la relación inmediata que existe entre el contrato y la satisfacción del interés general, se traducen en la práctica en la facultad que tiene la administración de expedir ciertos actos administrativos, que no difieren sustancialmente de los expedidos por la administración en campos diferentes al contractual, (así su fundamentación inmediata esté en el convenio en cláusula expresa o virtual), y por los cuales en determinadas hipótesis la administración puede modificar las situaciones jurídicas por su sola voluntad sin consentimiento del cocontratante. Así la administración puede declarar unilateralmente la caducidad o terminación del contrato, imponer multas o sanciones pecuniarias por incumplimiento, tomar medidas coercitivas provisionales para asegurar su cumplimiento, ejercer el poder de controlar que tiene para lograr su ejecución etc. etc. La existencia de la decisión ejecutoria en el campo de los contratos administrativos (nota que en definitiva los caracteriza) está unánimemente aceptada por la doctrina. Pero estos poderes exorbitantes, en principio, sólo pueden ejercerse por la administración una vez se haya perfeccionado el contrato. Se dice en principio, porque aún antes de ese perfeccionamiento puede la administración tomar ciertas medidas cuya explicación no estaría si no en esos poderes y que corresponden a cláusulas inusuales del derecho común. Así se explica por qué la administración puede sancionar, por sí y ante sí, al adjudicatario cuando éste se niegue a suscribir el contrato dentro del término que se le haya señalado para el efecto, haciéndole efectiva la garantía de seriedad de la oferta; o devolver los

depósitos de garantía a los proponentes no favorecidos, o declarar desierta esa licitación etc. etc. En este orden de ideas se observa que en la ley colombiana y concretamente para aquellos contratos que requieren licitación, como el aquí estudiado, la adjudicación hecha por la administración es irrevocable luego de la ejecutoria del acto que la dispone y es obligatoria tanto para la entidad pública como para el adjudicatario. En otras palabras, hecha la adjudicación, la celebración del contrato no puede al arbitrio de las partes y el incumplimiento de cualquiera de éstas compromete su respectiva responsabilidad. De allí que efectuada la adjudicación tengan que someterse a los requisitos establecidos por la ley para el perfeccionamiento del contrato, so pena de comprometer su responsabilidad patrimonial. Entre estos requisitos u obligaciones está el de suscribir el contrato dentro del término que se haya señalado en el acto de adjudicación. Incumplimiento que le acarrea al cocontratista, como multa, la pérdida del valor del depósito o garantía constituido para responder por la seriedad de la propuesta; pudiendose exculpar sólo por fuerza mayor o caso fortuito. Este es el pensamiento de la legislación colombiana al respecto y tiene su consagración expresa hoy en el artículo 28 del Decreto 150 de 1976. Tal como lo da a entender el acto administrativo impugnado ésto fue lo que dispuso el Ministerio de Obras en su resolución 8603 de 20 de diciembre de 1974, luego de calificar el incumplimiento de la firma Industrias Ivor, cuando ordenó: "artículo 1º Declárase el incumplimiento de Industrias Ivor —Casa Inglesa— en la firma del contrato con el Fondo Vial Nacional, para la adquisición de dos dragas hidráulicas marca Ellicott, con destino a la ejecución de trabajos en los ríos Magdalena y Canal del Dique, contrato adjudicado dentro de la licitación internacional Nº 010 de 1973 del Ministerio de Obras Públicas. Artículo 2º. Para los efectos pertinentes de las pólizas números F-10-0451, AHA-100-1716 de octubre 28 de 1974, renovación AHA-1.000 —notificar la presente resolución a American Home Assurance Co. of New York N. Y.". El acto de adjudicación, contenido en la Resolución 7478 de 25 de septiembre de 1974, aunque no señala el término para el perfeccionamiento del contrato, sí reenvía al señalado en la propuesta, al indicar que "cuando por causas imputables al Ministerio de Obras Públicas los contratos respectivos no se perfeccionan dentro del plazo estipulado en las propuestas". Como es lógico pensar el contrato de garantía respalda el cumplimiento de unas obligaciones dentro de un lapso dado y por un valor convenido o fijado previamente. De allí que para que surja su exigibilidad deberá establecerse el incumplimiento de la persona garantizada dentro del lapso prefijado para su cubrimiento, ya que de lo contrario la garantía no sería exigible y la responsabilidad por incumplimiento no podría deducirse sino mediante un proceso ordinario. Aplicando estas ideas al caso concreto, debe estudiarse si la negativa de la firma adjudicataria a suscribir el contrato se produjo por causas injustificadas antes del 29 de noviembre de 1974 o si en esta fecha aún no estaba en mora de hacerlo, dadas las conversaciones que tenía entabladas con el ministerio. Muestra el aservo probatorio que madiante la póliza de seguro de cumplimiento AHA-a 000-1716 la compañía American Home Assurance garantizó la seriedad de la propuesta formulada por úndustrias Ivor Ltda. en la licitación internacional Nº 010 de 1973, para el su-

ministro de unas dragas al Ministerio de Obras Públicas, con vigencia del 30 de abril al 29 de julio de 1974 y por un valor de $ 2.000.000.00 (a folios 29 y siguientes del proceso 1813). Se estableció, además, que el contrato inicial, mediante endoso AHA-1.000 1509, fue prorrogado por el periodo compredido entre el 29 de julio y el 29 de septiembre de ese mismo año, quedando vigentes los demás términos y estipulaciones de la póliza original. Igualmente está bien acreditado que por endoso AHA-1000 1540 se prorrogó nuevamente el contrato original por otros 60 dias, comprendidos entre el 29 de septiembre y el 28 de noviembre del mencionado año de 1974. Aquí cabe preguntar: En qué estado estaban las conversaciones iniciadas entre las partes a partir del acto de adjudicación contenido en la resolución 7478?. Para responder adecuadamente este interrogante debe hacerse la historia de la situación frente a cada una de las partes. 1º La adjudicación se hizo el 25 de septiembre de 1974; hecho éste que motivó la primera prórroga del contrato de garantía del 29 de julio al 29 de septiembre, sin reparos por parte de Industrias Ivor. Como es obvio, el Ministerio en la resolución de adjudicación no hizo referencia a esta hipótesis, entre otras razones porque la decisión se tomó dentro de un término razonable, dada la importancia de la negociación. Es acto administrativo, como tal, no tiene efecto retroactivo y su trayección hacia el futuro es evidente. De manera que a partir de su ejecutoria surgió la obligación de las partes de cumplir los requisitos para el perfeccionamiento del contrato y sólo el incumplimiento por parte del Ministerio a partir de esa fecha podia permitir el reconocimiento de los ajustes de precios previstos al efecto en las ofertas. 2º. La licitante vencedora en su propuesta de 30 de abril expresó que su oferta era válida, sin ajustes, por un periodo de 90 días contados desde esa fecha. Pero esta situación, dado el evento narrado en el ordinal precedente, no le daba derecho a exigir de entrada los reajustes, que sólo tenían, en principio, como única causa, la culpa de la administración en el no perfeccionamiento del contrato. 3º. La adjudicataria no demostró que a partir del acto de adjudicación y por la conducta culposa del Ministerio, el contrato no pudo perfeccionarse. Ni siquiera intentó su prueba. 4º. La adjudicataria, tal como lo afirma en su comunicación 948 de 18 de octubre de 1979 (a folios 18 del Cuaderno Nº 1 proceso 1813) presentó un conjunto de observaciones a la minuta del contrato elaborado por el ministerio, lo que le quita piso a su afirmación posterior contenida en constancia de 28 de noviembre (cuaderno, oficio 274) de que no firmó el contrato porque sólo se le había presentado ese mismo día en las horas de la tarde. 5º. Mediante oficio 982 de 24 de octubre de ese mismo año (a folios 28 Cuaderno Nº 1 proceso 1813) Industrias Ivor manifiesta su deseo de firmar el contrato antes del 30 de octubre, siempre que la cláusula de financiación se modifique "en el sentido de permitir términos más realistas aceptables para el Ministerio que se adapten a las condiciones imperantes en la actualidad en el medio financiero internacional" y se abra una carta de crédito, conjuntamente con ese Ministerio" a fin de cumplir con las condiciones estipuladas por nuestros proveedores". 6º En oficio de octubre 29 (a folios 24 del mismo cuaderno), Industrias Ivor insiste en que está dispuesta a celebrar el contrato en los términos de la oferta de 30 de abril de 1974 y agrega que está en capacidad, si así lo juzga el Ministerio, de

extender la garantía de seriedad hasta la fecha que este organismo fije, aunque la existente tiene validez hasta el 28 de noviembre. 7º. En la constancia de 26 de noviembre de 1974, citada atrás, Industrias Ivor afirma que está dispuesta a celebrar el contrato dentro de los 10 días siguientes. 8º. En oficio de diciembre 16 de 1974 la adjudicataria hace un recuento de todo lo acaecido e insiste nuevamente en que está dispuesta a celebrar el contrato, "siempre que éste consulte la realidad actual como lo contempla nuestra oferta". Por su lado, la posición del Ministerio se explica así: a) Mediante Resolución 7478 hizo la adjudicación a Industrias Ivor-Casa Inglesa— allí mismo previó la posibilidad de reajustar en los términos de la oferta, siempre y cuando al no perfeccionamiento oportuno del contrato le fuera imputable. b) La interpretación racional de este acto administrativo demuestra que la adjudicación se hizo con base en los precios contenidos en el pliego de cargos. c) El Ministerio, luego del análisis de rigor, presentó al adjudicatario la minuta del contrato a principios de octubre de 1974. Se confirma este hecho con las observaciones que sobre dicha minuta hizo Industrias Ivor y que aparecen contenidas en el escrito 18 de octubre. d) Como se desprende igualmente del acervo probatorio el Ministerio, luego del estudio técnico, aceptó la mayoría de las observaciones, dejando a salvo aquéllas que por disposiciones legales y fiscales no podía variar (ver oficio 6101); y sobre la prórroga solicitada en la constancia de 28 de noviembre (ordinal 2º) la aceptó "siempre y cuando se prorrogue dentro de las condiciones de la oferta, la respectiva garantía de seriedad". e) En los contratos administrativos, en los cuales se conocen previamente las bases de la negociación, es en la práctica la entidad pública la que impone sus términos; presentándose así una diferencia con el contrato privado de libre discusión. Por esta razón la doctrina mira los contratos de la administración como de adhesión. Muestra todo lo anterior que el Ministerio estaba en su derecho para exigir la suscripción del contrato dentro del plazo de cubrimiento de la garantía, la que cesaba el 28 de noviembre; para permitir su suscripción posterior con nueva ampliación de la garantía; evento que no se dio, pese a las declaraciones de la firma adjudicataria. En síntesis, Industrias Ivor, al no cumplir la condición impuesta para prorrogar el término de suscripción del contrato, nada puede alegar en su favor e incurrió en cumplimiento, puesto que debió suscribir el contrato a más tardar ese 28 de noviembre y no seguir discutiendo indefinidamente la minuta presentada. Y debió hacerlo en los términos originales, porque ni alegó ni demostró que el no perfeccionamiento del contrato se produjo por culpa imputable al Ministerio, circunstancia esta última que era la única que le permitía alegar los reajustes según su oferta de 30 de abril. Muestra la demanda que Industrias Ivor asumió una conducta equivocada frente a la adjudicación hecha por el Ministerio de Obras. Y así fue como en lugar de discutir gubernativamente los términos del acto de adjudicación, en especial su ordinal 3º que sólo permitía reajustes por causas imputables al Ministerio en la demora en el perfeccionamiento del contrato, trató de hacer el debate en torno a la minuta misma, alegando el derecho a los reajustes con base en su oferta de 30 de abril. El silencio que guardó, frente a la Resolución 7478, hizo que esta resolución quedara en firme y por ende, obligatoria para las partes comprendidas en la misma. (Sala

Páginas

de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 27 de 1979. Consejero ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 1813 y 1845. Con salvamento de Voto del doctor Jorge Valencia Arango. Actor: American Home Assurance Co. of New York). 523

24. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No es posible demandar el cumplimiento de un contrato y probar como "causa para pedir" la nulidad absoluta del mismo. La nulidad del contrato tiene como consecuencia la restitución de las partes al estado anterior, pero ello es sólo posible cuando no proviene la nulidad de causa u objeto ilícitos, pues en tales eventos nada puede pedir quien haya intervenido en él (artículo 1746 y 1525 del Código Civil). El Decreto Ley 150 de 1976 permite la celebración verbal de contratos de obras por cuantía inferior a $ 200.000.00 y no el fraccionamiento de contratos por cuantías superiores.— a) El libelista fundamenta su pretensión de cumplimiento contractual en los artículos 254 del Código Contencioso Administrativo, 8º de la Ley 61 de 1921 y artículo 2º del Decreto 341 de 1960, todos los cuales afirma que fueron violados por cuanto no se hizo por escrito, no se pactó la cláusula de caducidad, no se prestó fianza de cumplimiento por el contratista ni pública ni privada. Es decir, que es el mismo demandante quien se encarga de demostrar la *nulidad absoluta* del cuestionado contrato, en los términos del artículo 1741 del Código Civil, no obstante, lo cual pretende su cumplimiento con aplicación —asi ha de entenderse— del artículo 1609 del mismo estatuto. b) No es posible, repugna a la más elemental lógica jurídica demandar el cumplimiento de un contrato y probar como *"causa para pedir"* la nulidad absoluta del mismo. c) Y aunque en principio, el artículo 1746 del Código Civil, prevé como consecuencia de la nulidad del contrato la restitución de las partes al estado anterior, ello es sólo posible cuando no proviene la nulidad de causa u objeto ilicitos, pues tales eventos, nada puede pedir quien haya intervenido en él (artículo 1525 Código Civil) y, además, la premisa y principal pretensión, en estos casos, es la de *nulidad absoluta* y, sólo como consecuencia, la de restitución de lo dado, pagado o entregado (artículo 1646 del Código Civil). d) En el Asunto *sub judice*, se demanda el cumplimiento del contrato absolutamente nulo y ya se dijo que ello no es posible. e) Y el artículo 1747 del Código Civil, que hace excepción a las reglas dadas sobre la nulidad absoluta en concordancia con el artículo 1745 de la misma obra al permitir la restitución para evitar el enriquecimiento sin causa, sienta como premisa indiscutible la que se *declare la nulidad*, o lo que es lo mismo, que se *haya demandado o demostrado* esa *nulidad* y aquí nada de eso ha ocurrido. f) Y no subsana —en lo más mínimo— las irregularidades sustanciales anotadas, la cita escueta que hace el libelo del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el cual unido al 4º de la misma ley, ha servido a la jurisprudencia nacional para elaborar y dar respaldo a la tesis del enriquecimiento sin causa y a la acción *"in rem verso"*, pues aquí el enriquecimiento nace *"excontracto"* y la respectiva acción *"in rem verso"*, surge precisamente por falta de otra acción o en subsidio de otra acción como lo han reconocido doctrina y jurisprudencia y, por

lo mismo, es distinta a la "restitución" por "enriquecimiento" comprendido en el artículo 1747, norma que no condiciona la "repetición" al correlativo empobrecimiento de la otra parte, como sí resulta necesario a los ojos de la doctrina y la jurisprudencia, en el caso de la *"actio in rem verso"* por enriquecimiento torticero o sin causa que, como su nombre lo indica nace *"ex contracto"*, *"ex causa"*. g) Y, lógicamente, como se desprende de los hechos 5º y 7º del libelo demandatorio, la paralización de las obras ocurrió el 6 de septiembre de 1973, por lo que cualquier acción extracontractual había caducado tres (3) años después, mucho antes del 25 de enero de 1978 en que se formuló la demanda que ha dado origen a este juicio y, por lo mismo, aún entendida así la súplica —que no lo fue— la acción estaría caducada. h) La Sala no comparte la tesis de la Fiscalía sobre la aplicación del Decreto Ley 150 de 1976, al presente caso, por las siguientes suscintas razones: 1º. Porque lo que el decreto permite es la celebración *verbal* de contratos por cuantía inferior a $ 200.000.00 y no el fraccionamiento de contratos por cuantías superiores. Si el contrato se hace *verbalmente* por cuantía superior a $ 200.000.00, es absolutamente nulo y con la invocación de tal estatuto, no puede pretenderse el pago hasta $ 200.000.00, pues la nulidad es total, no parcial. 2º. No puede aplicarse un estatuto legal de 1976, para decidir sobre *validez* o *invalidez* de un contrato celebrado, según la demanda en 1972. (Sentencia de diciembre 13 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2403. Actor: Edilberto Sánchez Díaz. Con salvamento de voto del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo). (Rad. Relatoría 4952). Contratos Administrativos. 507

25. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. (SALVAMENTO DE VOTO).

No repugna en ciertas hipótesis, que se pida el cumplimiento de un contrato de obra ya ejecutada y se pruebe como causa para pedir la nulidad absoluta del mismo. Exigir en casos de emergencia la estricta aplicación de la ley es caer en aguillo de summun jus summa *inferior. Enriquecimiento sin causa. Vía de hecho contractual.*— Estimo que la Fiscalía hizo un enfoque adecuado del problema, al reducir el asunto a un litigio sobre enriquecimiento sin causa. Y lo es porque se dan los presupuestos para la viabilidad de tal acción. Así: a) Que con la ejecución de las obras por parte del señor Edilberto Sánchez D. se enriqueció injustamente la nación, puesto que esas obras entraron a su patrimonio sin que esta tuviera que hacer erogación alguna; b) Que a ese enriquecimiento no tenía derecho la entidad pública, ya que carecía de título legal para su adquisición; c) Que al enriquecerse la nación, sin título justificativo, el ejecutor de las obras se empobreció en un valor equivalente; y d) Que el señor Sánchez carece de todo otro recurso legal para obtener la prestación o el reembolso que se le adeuda. Este requisito no fue analizado por la Fiscalía, pero también se da en el caso *sub judice*. Aparentemente la controversia es contractual y en este error incurrió la parte y la misma Sala. Pero fue que aquí no hubo contrato. La Administración ante una situación de emergencia hizo una petición comedida al doctor Sánchez para que le prestara su colaboración, por estar éste

en condiciones excepcionales para hacerlo. Por esa razón, nadie en ese entonces habló de las exquisiteces legales que rodean al contrato de obra pública y nadie pretendió ni pensó vincularse contractualmente. Por eso resulta injusto, mostruosamente injusto, que la misma administración que en horas de angustia pidió ayuda y la encontró, trate ahora de escudarse en la ley de los contratos administrativos, que era en ese momento inaplicable por circunstancias excepcionales, para negarse a pagar. La misma Nación al acudir al doctor Sánchez para que le ayudara a salir de la emergencia manifestó con su conducta inequívocamente su voluntad de no celebrar un contrato. (No lo invitó a participar en una licitación, no le exigió garantías, no le impuso cláusulas penales etc. etc.) Sólo le impuso una carga especial y con ello, rompió al principio de la igualdad frente a las cargas públicas, comprometiendo así su responsabilidad, no contractual sino extra contrato. No tenía el demandante la acción contractual; y si pudiera hablarse de contrato más que nulo sería inexistente, dadas las omisiones que habría que anotar frente a uno de obra pública. Además, y aún aceptando la existencia del contrato, la acción se neutralizaría porque el principio *"nemo auditur"* que impide alegar la propia torpeza no puede predicarse sólo del contratista. Así frente a la administración se daría con una mayor crudeza ya que para ésta su propia torpeza sería la única fuente de su enriquecimiento. No es exagerado sostener que ante tales irregularidades, más que un contrato, en la práctica, se produjo una vía de hecho contractual, y así como los actos administrativos ostensiblemente ilegales son tratados como hechos para efectos de responsabilidad, igual calificación y tratamiento puede darse a la situación controvertida. 2) No creo que pueda hablarse en esta controversia del artículo 1747 del Código Civil. Hoy no puede hablarse del Estado como un incapaz relativo. No dudo que las normas del Código Civil que desarrollan esas increíbles asimilación (artículo 1745) están derogadas. En pasada oportunidad sostuve: "Hoy nadie discute la plena capacidad del Estado, la cual se gobierna por normas de derecho público y ni siquiera la incapacidad de las personas jurídicas privadas, sometidas a los derechos civil y comercial, subsiste en nuestro derecho (artículo 60 Decreto 2820 de 1974). En este sentido, el inciso 4º del artículo 1750 del Código Civil debe entenderse subrogado. 3) No repugna, en ciertas hipótesis, que se pida el cumplimiento de un contrato de obra ya ejecutada y se pruebe como causa para pedir la nulidad absoluta del mismo. Porque: La nulidad absoluta puede pedirse por las mismas partes contratantes aunque sepan del vicio que la invalidaba (artículo 2º Ley 50 de 1936) y la nulidad pronunciada en sentencia da a esas partes el derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato; claro está, sin perjuicios de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. Aquí el código remite el artículo 1525 del Código Civil. Para este extremo no puede interpretarse literalmente. En otros términos, no en todos los casos de nulidad por objeto o causa ilícita deberá negarse la repetición en la forma prevenida en el artículo 1746, porque la ley exige el presupuesto "a sabiendas" (artículo 1525 *ibídem)*, este conocimiento de la ilicitud debe ser real. A este respecto Artur Alessandri: en su obra "La nulidad y la precisión en el Derecho Civil Chileno Imprenta Universitaria 1949, página 1096, sostiene: "La expresión 'a sabiendas'

Páginas

significa un conocimiento real y efectiva de la ilicitud del objeto o de la causa por parte del que cumpla la obligación. De lo contrario, si bastara el conocimiento presunto que de la ley tiene toda persona, según el artículo 8º del Código Civil (se refiere el chileno), este precepto en vez de ser la excepción, constituiría la regla general y tendría aplicación en todo caso de objeto o causa ilícita, ya que nadie podría alegar ignorancia de la ley y, por lo mismo, del objeto o causa ilícita de que adoleciere el acto o contrato". Muestra lo anterior, entonces, que el "a sabiendas" requiere prueba adecuada y estaría su demostración en la parte demandada o excepcionante. Ahora bien. La situación de emergencia que se presentó y que hizo al Estado pedir ayuda, permitía esta clase de lubricaciones previas? Estimo que no y debió fallarse a favor del demandante. (Salvamento de Voto de enero 21 de 1980 del doctor Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de diciembre 13 de 1979 con ponencia del doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2403). (Radicación Relatoría 4952). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Actor: Edilberto Sánchez Díaz. Contratos Administrativos). 515

26. CONTROL FISCAL MUNICIPAL

La vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y de los Municipios será ejercida por las Contralorías Departamentales, salvo determinación especial del legislador sobre Contralorías Municipales, o sea que el silencio permisivo de la Constitución sobre el Control fiscal municipal fue sustituido por una norma que lo atribuyó, en principio, a las Contralorías Departamentales, reservando al elgislador la determinación sobre las condiciones generales para la existencia de Contralorías Municipales. Reforma Constitucional de 1945, *el control fiscal adquiere jerarquía constitucional; Ley* 72 *de* 1926; *Ley* 89 *de* 1936; *Ley* 115 *de* 1948; *Decreto Legislativo* 1839 *de* 1956; *Ley* 6ª *de* 1958. *Nulidad del Acuerdo Nº* 01 *de* 1975 *expedido por el Concejo Municipal de Condoto y en virtud del cual se creó la Contraloría Municipal.*— Sólo, a partir de la Reforma de 1945, el control fiscal adquiere jerarquía constitucional, cuando en los artículos 59 y 60 se ocupa la Carta de la Contraloría General de la República y en los artículos 187 se refiere a las Contralorías Departamentales. No se hizo mención en la Carta al control fiscal en la esfera Municipal, pero se etendió que, como no existía prohibición constitucional, los distritos podían crearlo y organizarlo, con las limitaciones que estableciera la ley, en desarrollo de las atribuciones que la Constitución conferia, a los Concejos de ordenar lo conveniente para la administración local dentro de los marcos legales (artículo 197 Constitución Nacional). Desde la expedición de la Ley 72 de 1926 el legislador comenzó a ocuparse del control fiscal en el orden municipal al prescribir que el Concejo Municipal de Bogotá estaba facultado para dictar disposiciones de este carácter para el manejo, inversión, recaudo y rendición de cuentas sobre rentas y bienes del Distrito, así como para crear los organismos que ejercieran esas funciones. Por medio del artículo 19 de esta ley se hizo extensiva la regulación a las capitales de los departamentos y a las ciudades de cincuenta mil habitantes. Por medio de la Ley 89 de 1936 se dispuso que podrían ejercer la misma facultad los municipios que sean capitales de los

departamentos y los demás con un presupuesto no inferior a $ 300.000.00. Posteriormente la Ley 115 de 1948 extendió aún más la atribución hasta comprender a los municipios con un presupuesto de $ 200.000.00 o más. Las disposiciones precedentes fueron modificadas por el Decreto Legislativo Nº 1839 de 1956 mediante el cual se adoptaron normas para la unificación del control fiscal. Se advierte con toda claridad una reacción contra el criterio anterior demasiado amplio y generosa, bien porque los límites de cuantía se hubieren tornado imisorios o, quizás, porque los Concejos de poblaciones pequeñas se hubiesen excedido en el uso de la facultad. Pero sea como fuere, es lo cierto que, por virtud del inciso 2º del artículo 6º de la Ley 6ª de 1958, se derogaron expresamente todas las disposiciones del Decreto Legislativo 1839 de 1956. Así las cosas y como quiera que la Constitución no tenía ninguna norma relativa al control fiscal en la esfera municipal, debía entenderse que a partir de la vigencia de la referida ley, los Concejos Municipales, sin ninguna excepción, ni limitación podrían organizar el control fiscal en la esfera municipal. Esta situación se mantuvo hasta cuando entró en vigencia el Acuerdo Legislativo de 1968 en cuyo artículo 59, que corresponde al 190 de la Codificación actual se dispuso lo siguiente: "... *La vigencia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales*". La norma en referencia no fue adoptada en la primera vuelta del Acto Legislativo como puede verificarse en la página 400 de la publicación oficial que se hizo en 1969 bajo el título "Historia de la Reforma Constitucional de 1968. En el texto unificado que se sometió a la consideración del Congreso para la segunda vuelta (artículo 61) se preveía que "la vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y sus entidades descentralizadas, corresponde a las Contralorías Departamentales. Igual atribución en relación con los Municipios y sus entidades descentralizadas tendrán las contralorías municipales, donde existan, conforme a la ley". (opus. cit. pág. 461). De todas suerte, es evidente que la disposición hoy vigente consagra como norma general que la vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y de los Municipios será ejercida por las Contralorías Departamentales, salvo determinación especial del legislador sobre contralorías municipales, o sea que el silencio permisivo de la Constitución sobre el control fiscal municipal fue sustituido por una norma que lo atribuyó, en principio, a las Contralorías Departamentales, reservando al legislador la determinación sobre las condiciones generales para la existencia de Contralorías Municipales. Pero no obstante el viraje anotado, podría pensarse que las regulaciones de orden legal anteriores al Acto Legislativo de 1968, en cuanto determinaban qué municipios podían crear sus propias contralorías, serían conciliables con el nuevo precepto constitucional y que, por lo mismo, pudieran ser aplicables para precisar el alcance de la salvedad que hizo el constituyente. Sinembargo, como tales regulaciones perdieron existencia jurídica, por derogación expresa de la Ley 6ª de 1958, según quedó establecido antes, la conclusión inevitable es que, hoy por hoy, los Municipios que no hubieren creado sus propios organismos de control fiscal antes de la expedición del Acto Legislativo de 1968 deben estar sometidos a la vigilancia fiscal de las Contralorías De-

Páginas

partamentales conforme al precepto general de la Constitución, pues la salvedad allí mismo prevista es inoperante mientras el legislador no dicte las disposiciones correspondientes que la desarrollen. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 6 de septiembre de 1979. Consejero ponente, doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 3137. Actor Gorgonio Palacios Cuesta). 483

27. COOPERATIVAS

De la confrontación entre el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963 y las normas acusadas Decreto Reglamentario Nº 2059 de 1968 artículo 35 y artículo 1º del Decreto 381 Bis de 1970, se deduce claramente que mientras el primero faculta a las Cooperativas para invertir sus reservas legales en la forma que prescribe, los segundos les imponen la obligación de hacerlo. De donde se deduce que éstos exceden el alcance de aquél.— Se declaró la nulidad de los siguientes apartes del artículo 35 del Decreto 2059 de 1968 con la aclaración de que la nulidad del inciso final solo tiene efecto en cuanto se refiere a los demás apartes que se anulan del mencionado artículo: "A) Certificados de aportación, bonos, cédulas, pagarés y depósitos a interés en el Instituto de Financiamiento Cooperativo de que trata el Decreto Ley 1630 de 1963, o en su defecto en organismos de financiamiento cooperativo debidamente reconocidos y autorizados por el Gobierno. "De las inversiones previstas, por lo menos un veinticinco por ciento (25%) *deberá hacerse* conjunta o separadamente en los renglones señalados en el literal A) de este artículo, y otro veinticinco por ciento (25%) en la clase de obligaciones comprendidas en los literales *B, C* y *D*. "La Superintendencia Nacional de Cooperativas vigilará el cumplimiento estricto de la presente norma e impondrá a los infractores las sanciones previstas en las disposiciones legales cooperativas". 2º) Declárase la nulidad del Artículo 1º del Decreto Reglamentario Nº 381 Bis de 1970. "El precepto con fuerza de ley sobre la reserva legal de las cooperativas es el contenido en el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963, transcrito anteriormente, conforme al cual las cooperativas podrán invertir el monto de tales reservas en bienes y derechos que ofrezcan seguridad, debiendo proferir en primer término a los organismos de financiamiento cooperativo o, en su defecto, a las federaciones o centrales Cooperativas. Ello significa que dentro del orden de prioridades que señala la ley, cada cooperativa disfruta de las posibilidades de escoger en concreto, la entidad de financiamiento cooperativo y a falta de ella, la Federación o central cooperativa para hacer la inversión de su reserva legal. En cambio las disposiciones reglamentarias impugnadas imponen a toda cooperativa la obligación de invertir por lo menos el 25% de su reserva legal en el instituto Nacional de Financiamiento Cooperativo, entidad creada en desarrollo de las previsiones del Decreto Ley 1630 de 1968. No sobra anotar que este Decreto Ley, el cual, dícese reglamentado por las disposiciones impugnadas en la demanda, no contiene ninguna regulación sobre reservas legales de las cooperativas, por manera que el precepto legal en la materia, es el artículo 67, ya citado. La simple confrontación de las disposiciones permite verificar que las tachadas de ilegales, esto es, el artículo 35 del Decreto 2059 de 1968 y el artículo 1º del Decreto 381 Bis de 1970 son

Páginas

manifiestamente violatorios del artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963, en cuanto privan a las cooperativas, de una facultad que la ley les confiere para escoger, dentro del orden de prelación que ella misma señala, la entidad o entidades de tipo cooperativo en las cuales deben invertir el monto de su reserva legal. Si la ley otorgó la facultad, es obvio que el reglamento no puede cercenarla, pues ello entraña, no sólo violación de la norma superior inmediata, sino también el quebrantamiento del artículo 120-3 de la Carta, conforme al cual la potestad reglamentaria para *la ejecución* de las leyes, debe subordinarse, necesariamente, al marco legal". De la confrontación entre el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963 y las normas acusadas se deduce claramente que mientras el primero *faculta* a las cooperativas para invertir sus reservas legales en la forma que prescribe, los segundos *les imponen la obligación* de hacerlo. De donde se deduce que éstos exceden el alcance de aquél. 3º) Es cierto que, como afirma el recurrente, tanto el artículo 67 del Decreto Ley 1598 de 1963 como las normas acusadas disponen que las reservas deben invertirse, prioritariamente, en el Instituto de Financiamiento, pero se diferencian, como se indicó antes, en que el primero meramente faculta a las cooperativas para invertir sus reservas en la forma que señala y los segundos pues el artículo 1º del Decreto 381 Bis de 1970 reitera aunque la regula de modo diferente, la obligación que les impuso a las cooperativas el artículo 35, letra a), del Decreto Nº 2059 de 1968 les prescriben un deber. De manera que las indicadas normas acusadas son claramente violatorias de la invocada como violada. (Sala de lo Contenciso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de noviembre 14 de 1979. Consejero ponente doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 3040. Actor: Alberto Navas Sierra y otro). El doctor Alfonso Arango Henao no asistió. 115

D

28. DAS. VINCULACION. REGLAMENTO DE TRABAJO.

Cuando la persona se vincula a la administración pública en esta clase de labores, acepta de antemano las reglamentaciones que sobre el particular tengan señaladas estas entidades y por tanto no existe razón para que posteriormente se reclamen del Tesoro Público pago de dominicales, recargos nocturnos u horas extras, pues la modalidad de la vinculación, en cuanto a horarios y jornadas de trabajo se refiere, es propia de esa categoría de funcionarios.— En el caso a estudio, se trata de definir si los actores, en su calidad de Guardianes del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) tienen o no derecho a que se les reconozcan y paguen los días dominicales y festivos laborados, en cuantía igual al doble del valor de un día ordinario, como también al reconocimiento y pago de la jornada nocturna con recargo del 35% sobre los sueldos ordinarios, todo lo anterior durante los años de 1971 a 1974, inclusive. Como fundamento de sus pretensiones, el apoderado de los demandantes adujo la Ley 6ª de 1945, "Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo", la Ley 64 de 1946, que adiciona y reforma la anterior y se dictan otras disposiciones, en cuyo artículo 1º regula la jornada ordinaria diurna y la ordinaria nocturna, con-

sagrando un recargo del 35% para esta última sobre la diurna la Ley 57 de 1926, que establece el descanso dominical para los empleados u obreros después de haber laborado seis días de trabajo y en su artículo 5º consagró que: "El empleado u obrero *que trabaje excepcionalmente* el día de asueto tiene derecho a un descanso compensatorio, o a una indemnización en dinero, a su elección. En tal caso, el salario no será menor que el doble del ordinario" (se subraya). Igualmente, en su artículo 7º impone la obligación al Tesoro Público de remunerar además de los domingos los días de fiesta nacional o religiosa; la Ley 129 de 1931, aprobatoria de varias convenciones adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo y que contienen la limitación de horas diarias de trabajo o el máximo de las semanales; la Ley 35 de 1939, que hace extensivo el descanso remunerado en los días 1º de enero, 1º de mayo, 20 de julio, 7 de agosto, 12 de octubre, 11 de noviembre y 25 de diciembre; de otra parte otorga el derecho al pago del salario del día de fiesta a los trabajadores que hubieren servido en la misma empresa en un mínimo de diez días dentro de los treinta inmediatamente anteriores a aquél. Además de las disposiciones antes reseñadas el señor apoderado de los demandantes cita la sentencia del 20 de mayo de 1974, dictada dentro del juicio Nº 1812, con ponenencia del doctor Orejuela Gómez, estudiada la cual se llega a la conclusión de que versó sobre reclamación de pago de horas extras y por lo tanto no es aplicable al caso de autos, dada la circunstancia de que lo debatido en el presente negocio se relaciona con materias diferentes. El departamento Administrativo de Seguridad (DAS), atendiendo el oficio Nº 1922 de agosto 16 de 1977 (folios 221 - 222), librado como consecuencia de las pruebas pedidas por el señor apoderado de la parte actora, (folio 220), envió el Nº 0559-DAS-OJ, de diciembre 1º de 1977 y en cuanto a los turnos cumplidos por los guardianes demandantes, contesto: "3. En cuanto al numeral c) le manifiesto que los turnos cumplidos por los Guardianes demandantes, en la jornada de trabajo durante los cuatro años, fueron iguales como se cumple en la actualidad, de la siguiente manera: "Para los Guardianes adscritos a la División de Policía Judicial el servicio se presta en cuatro (4) turnos cada uno compuesto por cuatro unidades. El primer turno entra a las 7 p.m. del día siguiente trabajando en consecuencia 24 horas contínuas para luego salir en un descanso ininterrumpido de 48 horas. Una vez cumplido este descanso, este turno entra a prestar un servicio de disponibilidad de ocho (8) horas, el cual se cumple en una jornada ordinaria de las 07:30 a.m. a las 12:00 a.m. y de las 2:30 p.m. a las 6 p.m. del mismo día. Al siguiente día cumplido este servicio de disponibilidad entra nuevamente este turno a repetir el ciclo anteriormente descrito. En igual forma laboran los tres turnos restantes correspondientes a esta División". "De los guardianes demandantes únicamente TULIO ALFONSO CHAVARRO CH. y LUIS JOSE FERRO MORALES trabajaron en esta División". Para los guardianes adscritos a la División de Servicios y Suministros la labor se cumple en cuatro turnos cada uno compuesto de nueve unidades. El Primer turno entra a las 7 p.m. y sale a la 1 a.m. del día siguiente para prestar un servicio de seis (6) horas contínuas y luego salir a un descanso de 12 horas ininterrumpidas. Una vez cumplido este primer descanso regresa éste turno a prestar servicio de la 1 p.m.

del día siguiente y sale a las 7 p.m. del mismo día para cumplir una segunda jornada de seis (6) horas continuas de trabajo. Enseguida entra nuevamente a un descanso de doce (12) horas para volver a las 7 p.m. del día siguiente y trabajar seis (6) horas hasta la 1 p.m. del mismo día y salir nuevamente en un tercer descanso de doce (12) horas para luego laborar una cuarta jornada de seis (6) horas de la 1 p.m. del día siguiente a las 7 a.m. del mismo día para finalmente salir a un descanso de treinta y seis (36) horas dentro de las cuales presta un turno de disponibilidad de cuatro (4) horas, cumplido en el día siguiente al que salió en descanso de las treinta y seis (36) horas". De la anterior transcripción se concluye que los guardianes Tulio Alfonso Chavarro Ch. y Luis José Ferro Morales prestaron sus servicios adscritos a la División de Policía Judicial del DAS y que hechas las cuentas respectivas, laboraron en la semana dos turnos efectivos de 24 horas y uno de 8 horas de disponibilidad siendo el resto de tiempo de descanso; igualmente se encontraban adscritos para el período de la reclamación, a la División de servicios y suministros de dicho departamento, y que sumados los respectivos turnos, ellos ejercieron sus labores de guardianes en un total de 28 horas en la semana siendo el resto de asueto. Dentro de las jornadas que sirvieron los actores a la entidad demandada, correspondió ejercer unas en las horas del día y otras en las horas de la noche. Se afirma en el acta administrativo acusado (folios 1 y 2) "que en virtud de las reglamentaciones internos que rigen la institución y la índole de las funciones que la ley le señala, sus empleados están obligados a una disponibilidad permanente, única manera de poder atender en forma eficiente y eficaz las situaciones de carácter delictivo que se puedan presentar", lo que efectivamente sucede cuando se trata de personas que prestan sus servicios oficiales en determinados Ministerios, instituciones o departamentos administrativos como serían el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional, el Departamento Administrativo de Seguridad, demandada, en este juicio, etc., que tienen a su disposición un personal cuya relación legal y reglamentaria se adapta a las condiciones exigidas por el servicio mismo, dada su naturaleza, organización y fines, los que implica por consiguiente horarios, disciplinas y disponibilidades, que le son propias y distintas a las del resto de empleados públicos cuyos horarios generalmente están comprendidos entre las 8 a.m. y las 12 meridiano y de las 2 p.m. a las 6 p.m. de lunes a viernes de cada semana, y en los sábados de 8 a.m. a 12 meridiano. De lo anterior se puede concluir que cuando la persona se vincula a la administración pública en esta clase de labores, acepta de antemano las reglamentaciones que sobre el particular tengan señaladas éstas entidades y por tanto no existe razón para que posteriormente se reclamen del Tesoro Público pago de dominicales, recargos nocturnos u horas extras, pues la modalidad de la vinculación, en cuanto a horarios y jornadas de trabajo se refiere, es propia de esta categoría de funcionarios. Las leyes citadas por el señor apoderado de la parte actora tratan de proteger, es a aquellas personas que por circunstancias excepcionales tienen que laborar en horarios diferentes a los que la ley y el reglamento los han señalado como su jornada ordinaria. La anterior interpretación es fácilmente deducible del artículo 5º de la Ley 57 de 1926, cuando prescribe que "el empleado

u obrero que trabaje excepcionalmente el día de asueto tiene derecho a un descanso compensatorio, o a una indemnización en dinero a su elección". Prescribe el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 1912 de 1973 que "ningún empleado podrá devengar salario diferente del que le corresponda en razón del cargo que desempeña, de acuerdo con el régimen de clasificaciones y remuneración establecido por el presente decreto y teniendo en cuenta los diversos conceptos en él previstos. Por consiguiente queda prohibido el pago de asignaciones diferentes o sumas adicionales directamente o a través de otras organismos, cualquiera que sea su denominación". En vista en la norma transcrita, en armonía con el artículo 5º de la Ley 57 de 1926, a los demandantes no les asiste razón en las peticiones impetradas, pues como quedó dicho, las labores por ellos desempeñadas en cuanto a los horarios y días de trabajo no es excepcional, sino que constituye su labor habitual y es entendido que al aceptar los cargos de guardianes que les hiciera el Departamento Administrativo demandada, estaban aceptando desempeñar sus funciones en las horas y días por los cuales ahora reclaman sobre remuneración. De ahí la prohibición perentoria que trae el inciso 2º del artículo 13 del Decreto 1912 de 1973, de devengar salario diferente del que, le corresponda en razón del cargo que desempeña, cualquiera que sea la denominación que se de a ese salario adicional, más aún si se tiene en cuenta que dicho estatuto "fija el sistema de clasificación, remuneración y nomenclatura para los distintas categorías de empleos de los Ministerios, de los Departamentos Administrativos y Superintendencias, y en su artículo 15, establece la nomenclatura para las series y clases de cargos, estando incluidas los guardianes con las clases I-II y III, con grados 3º, 5º y 7º respectivamente, con sus sueldos básicos. No sobraría agregar que lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 3181 de 1968, citado en dos salvamentos de voto, no es aplicable al caso controvertido, pues, en primer lugar dicha norma fue derogada por el artículo 12 del Decreto últimamente mencionado, permitiendo el pago de horas extras por trabajos realizados en horas distintas de la jornada ordinaria, por razones urgentes del servicio, siempre y cuando que se reunan los requisitos allí establecidos y, en segundo lugar, por cuanto que lo que se pretende con este proceso es que se pague el valor de los días festivos y dominicales, al doble del valor de un día ordinario y el pago de la jornada nocturna con recargo del 35% sobre los sueldos ordinarios situaciones jurídicas muy diferentes a las contempladas por dicho decreto. Comparte así la Sala lo expuesto en el literal d) del salvamento de voto que obra a folio 204 del expediente cuando dice: "d. Finalmente, consideramos que de aceptarse el criterio expuesto en la sentencia, podrían en el día de mañana demandar el reconocimiento y pago de dominicales y horas extras, todos los empleados que por razones del servicio les corresponde turnos de trabajo en horarios distintos de las que rigen para los trabajadores particulares, como son los agentes del orden público, los conductores de vehículos oficiales, los militares en servicio, los Comisarios de Policía, etc.". Finalmente, anota la Sala, que con la anterior decisión no se está quebrantando la jurisprudencia que se haya producido sobre el particular por esta Corporación, por

Páginas

cuanto que en tales fallos no había tenido oportunidad de pronunciarse en relación con la prohibición estatuida en el inciso 2º del Decreto 1912 de 1973. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Sentencia de 9 de octubre de 1979. Consejero ponente doctor ignacio Reyes Posada. Expediente número 1765, Autoridades Nacionales. Actor: David Aguilera Gómez y otros). 299

29. DELEGACION DE FUNCIONES

Cuando las funciones delegadas son atribuciones propias de una entidad nacional el carácter nacional de ellas no se desvirtúa por la delegación.— En ejercicio de la acción de nulidad establecida por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, se ha demandado la nulidad del Decreto 774 de 1978, expedido por el Alcalde Municipal de Medellín, quien para ello invocó sus facultades legales y, en especial, las conferidas por el Decreto 2904 de 19 de diciembre de 1977. Ahora bien, el Decreto 2904 de 1977 fue dictado por el Gobierno Nacional en uso de sus facultades legales y en particular de las que le otorgan los Decretos 770 y 3130 de 1968. Por el artículo primero del Decreto se aprobó la delegación indefinida de unas funciones del Instituto Nacional del Transporte en el Alcalde del Municipio de Medellín, las cuales se hallan enumeradas en el Acuerdo Nº 020 de 9 de noviembre de 1977, de la Junta Directiva del mencionado Instituto, cuyo artículo quinto dice: "Para el ejercicio de las funciones delegadas por este Acuerdo, el Alcalde de Medellín gozará de las mismas facultades que la ley y las demás normas vigentes otorgan, en cada caso, al Instituto Nacional del Transporte". Como las funciones delegadas al referido Alcalde, circunscritas al territorio de su jurisdicción, son atribuciones propias de una entidad nacional. como es el Instituto Nacional del Transporte, el carácter nacional de ellas no se desvirtúa por la delegación. Abona lo anterior la manera como el Decreto 2904 de 1977 delegó las funciones en el Alcalde, esto es, con las "mismas facultades que la ley y las demás normas vigentes otorgan" a la entidad delegante. En consecuencia, los actos que dicte dicho Alcalde y que versen sobre la materia delegada, son actos del orden nacional y su control jurisdiccional corresponde, en única instancia, al Consejo de Estado cuando, como en el presente caso, no tengan cuantía, de conformidad con el numeral 10 del artículo 34 del Código Contencioso Admnistrativo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1ª. Auto de 6 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente 3188. Actor: Miguel Angel Laverde Gallego). 855

30. DERECHO DE ASOCIACION. EXCEPCIONES.

(Asociación Guardia Nacional Penitenciaria). El artículo 414 Código Sustantivo del Trabajo, habla del Derecho de asociación y de sus excepciones. Aunque el cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria es un cuerpo civil, se encuentra dentro de las excepciones del Derecho de Asociación por ser un cuerpo armado de carácter permanente, (que cae bajo las normas del artículo 168 de la Constitución y 414 del Código Sustantivo del Trabajo) que al tener como finalidad la guarda y vigilancia de los reclusos del país está contribuyendo a la conservación del orden público, labor eminentemente policiva.

Páginas

"La fuerza armada no es deliberante" como lo manda el artículo 168 de la Carta. Fuerza armada no es equivalente a Fuerzas Militares o de Policía, como parecen entenderlo los impugnadores, pues existen otros "cuerpos armados de carácter permanente" como lo reconoce la misma norma constitucional citada, diferentes del Ejército y de la Policía Nacional. No existe, en consecuencia, duda alguna de que junto a las Fuerzas Militares y de Policía existen otros "cuerpos armados de carácter permanente" como explícitamente los nombra el artículo 168 de la Constitución Nacional. Unos cuerpos armados pueden llamarse resguardos de aduana, detectives del Departamento Administrativo de Seguridad o miembros de la Guardia Nacional Penitenciaria. Si la Constitución ordena que estos cuerpos armados no podrán 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 de las leyes de su Instituto" todo ello está indicando que quienes portan las armas de la República tienen una limitación constitucional a sus derechos ciudadanos, de las cuales son desarrollo ineludible las normas del artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo que limita el derecho de asociación a los trabajadores del servicio oficial cuando se trate de miembros del ejército nacional y de los cuerpos o fuerza de policía de cualquier orden. Todo ello es congruente con la finalidad que se persigue al organizar las fuerzas armadas, pues no sería lógico que las armas entregadas a determinadas instituciones pudieran servir como respaldo de actividades gremiales o profesionales, distintas de las que explican y justifican su existencia, que no son otras que la seguridad nacional, la integridad de las instituciones jurídicas que nos rigen y del orden público. La Sala no discute que el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Carcelaria es un cuerpo civil, como lo sostiene el impugnador, pero un cuerpo civil armado de carácter permanente, que cae bajo las normas del artículo 168 de la Constitución y 414 del Código Sustantivo del Trabajo, que al tener como finalidad la guarda y vigilancia de los reclusos del país está contribuyendo a la conservación de orden público, labor eminentemente policiva. Finalmente debe observarse que al revisarse por la vía contencioso administrativa la legalidad del acto por medio del cual el Ministerio del Trabajo otorga la personería jurídica a los miembros de un cuerpo armado de carácter permanente o de policía, si la decisión conduce a la anulación del acto, no se está usurpando jurisdicción decretando la disolución del organismo sindical, sino anulando el acto administrativo expedido con violación de normas de superior jerarquía. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 2136. Actor: Gilberto Gartner Posada. Resoluciones Ministeriales). 172

31. DESCONCENTRACION DE FUNCIONES. ISS.

El Decreto 1650 de 1977 en sus artículos 47, 49, 57 y 61 consagró una clara desconcentración de funciones; así el Instituto tiene su sede principal en Bogotá, pero también domicilios especiales en otras ciudades del país donde funcionan gerencias seccionales encargadas, fundamentalmente, de dirigir, coordinar y vigilar la acción administrativa del Instituto en la respectiva área y cumplir las de-

Páginas

más funciones indicadas en el artículo 65 ibídem. *Descentralización y Desconcentración. Diferencias. Competencia de los Tribunales Departamentales para conocer de las demandas contra las Seccionales Departamentales del ISS.*— Si bien es cierto a partir del Decreto 1650 de 1977 las Cajas Seccionales del Instituto perdieron su personería jurídica con miras a su unificación nacional, no lo es menos que en el mencionado ordenamiento se consagró una clara desconcentración de funciones, tal como lo dan a entender sus artículos 47, 49, 57 y 61. Así, el Instituto tiene su sede principal en Bogotá, pero también domicilios especiales en otras ciudades del país donde funcionan gerencias encargadas, fundamentalmente, de dirigir, coordinar y vigilar la acción administrativa del Instituto en la respectiva área y cumplir las demás funciones indicadas en el artículo 65 *ibídem*. Esas gerencias están bajo la dirección de un gerente designado por el director general y que es el ordenador del gasto en la respectiva seccional. Se dice que en este caso se cumplió una auténtica desconcentración administrativa por cuanto se operó un traslado de competencias del poder central no hacia entidades o funcionarios descentralizados, sino a sus agentes localizados en las secciones, y para la atención de necesidades o servicios de carácter nacional. Como se observa no es una típica descentralización ya que en este fenómeno el traspaso de competencias del poder central hacia las comunidades locales se cumple, a través de la ley, para la gestión autónoma de los intereses locales. (Jaime Vidal Perdomo). La reforma judicial de 1964 pretendió buscar en la función jurisdiccional igualmente esa dsconcentración. Aunque no se lograron los fines deseados por el legislador, sí se dieron algunos pasos de avanzada sobre todo para la solución de los asuntos de carácter nacional. De allí que sea exagerado pensar que en casos como el aquí tratado y por referirse a un establecimiento público que tiene cobertura en cuanto a sus actividades en casi todo el territorio nacional, el factor determinante de la competencia, a más del objetivo de la cuantía, sea el domicilio del demandante, tal como lo da a entender el Decreto 1819 de 1964, en su artículo 3º. La solución propuesta tiene grandes ventajas para la correcta marcha del proceso, toda vez que el debate podrá cumplirse en el lugar de los acontecimientos, la que favorecerá ampliamente la inmediación probatoria. Empero, aunque el trámite deberá cumplirse en el Tribunal de Santander, ya que los hechos se imputen al Instituto de los Seguros Sociales, Seccional de ese departamento, la demanda tendrá que notificarse al director general del aludido establecimiento público en su sede de éste en Bogotá. Tendrá que hacerse ésto, por carecer hoy las seccionales de personería jurídica. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de Septiembre 27 de 1979. Consejero ponente, doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 2732. Actor: Bernardo Herrera Camacho). 576

32. DOCENCIA

Los empleados del servicio docente pueden percibir pensión de jubilación y sueldo (artículo 1º *Decreto* 606 *de* 1969). *Cuando un educador jubilado se reincorpora al servicio oficial tiene derecho al reajuste de la pensión, pero debe separarse del nuevo cargo (artículo Decreto* 1848 *de* 1969), *excepto caso del artículo* 1º *Decreto* 606 *de*

Páginas

1969.— Los empleados del servicio docente pueden a un mismo tiempo percibir la pensión de jubilación y la asignación inherente al cargo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 606 de 1969, siendo este uno de los casos de excepción al principio constitucional de que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresa o instituciones en que tenga parte principal el Estado, según las veces del artículo 64 de la Carta. Cuando un educador jubilado se reincorpora al servicio oficial tiene derecho al reajuste de la pensión de jubilación, pero para ello debe separarse del nuevo cargo al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969 que dice: "Reajuste de la Pensión de Jubilación por reincorporación al servicio oficial. El pensionado que sea reincorporado a cualquiera de los empleos mencionados en el Parágrafo del artículo 78 de este Decreto, tiene derecho a que se le reajuste la pensión de jubilación, en la cuantía señalada en el artículo 73, a partir de la fecha en que se separe del nuevo empleo desempeñado, mediante reliquidación que se hará con base en el promedio de los sueldos y primas de toda especie percibidos en el último año de servicios, o durante todo el tiempo servido en el expresado, empleo si éste fuere inferior a un (1) año. "Dicho reajuste se hará y pagará por la misma entidad de previsión social, de derecho público, establecimiento público, empresa oficial, o sociedad de economía mixta, que reconoció y venía pagando la pensión de jubilación. Ahora bien, el artículo 1º del Decreto 606 de 1969 indicado como violado, dice que el personal docente y jubilado que consolidó su derecho por servicios al magisterio, con anterioridad a la vigencia del Decreto 3135 de 1968, no está obligado a demostrar el retiro del servicio oficial para cobrar la pensión de jubilación, si continúa devengando su sueldo al reincorporarse a la docencia". Es decir, la norma transcrita exceptúa del retiro oficial al docente jubilado, exclusivamente para el cobro de la pensión y el recibo de sueldos por servicios al magisterio, que es distinto a lo previsto en el artículo 79 del Decreto 1848 de 1969, norma que regula la situación del demandante. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 22 de agosto de 1979. Consejero ponente, doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente 0206. Actor, Pedro Justo Bula Otero). 147

E

33. EFECTOS DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO

Jurisprudencia de la Corporación en el sentido de darle efectos generales inmediatos a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, comprendiendo dentro de ellas las que fijan la competencia no sólo en el factor de cuantía sino en las demás. El señor apoderado del demandante en este juicio, mediante memorial presentado el 29 de mayo último, solicita reposición del auto de 22 de los mismos mes y año proferido por esta Sala, en virtud del cual se declara que procede el Recurso de Apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en este proceso, el veinticuatro de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, y que como consecuencia de la reposición se diga que el recurso de apelación interpuesto contra la misma por

la parte demandada, fue bien denegada por el Tribunal del conocimiento. La Sala en la providencia recurrida se fundamentó primordialmente en la norma contenida en el artículo 20 numeral 1º del Código de Procedimiento Civil, en el sentido de que la cuantía de la acción se determina por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda y además en el principio contenido en el artículo 21 *ibidem*. sobre inalterabilidad de la competencia en razón de la cuantía, salvo los casos enumerados en la misma disposición. Se acogió la tesis que sobre el particular fue expuesta en providencia de 11 de julio de 1977 de la Sección Tercera de la Corporación (Expediente Nº 2164, Actor: "Compañía de Seguros Patria S. A."). No obstante, teniendo en cuenta lo resuelto por la Sección Primera del Consejo en providencia de 26 de marzo de 1979 (Expediente Nº 2887, Actor: "Cafam" y que recoge el criterio doctrinal sobre la materia expuesto en sentencia de 15 de septiembre de 1973, lo dicho en sentencia de la Sección Cuarta de 15 de mayo de 1968 (Expediente 887, Actor: "Tesorería Municipal de Bucaramanga), en razón de los aumentos de cuantía ordenados por la Ley 16 del mismo año y el concepto de la Academia Colombiana de Jurisprudencia de 19 de mayo de 1977, exigen un nuevo replanteamiento del asunto por parte de la Sala. La Sección Primera aceptando el parecer de su Colaborador Fiscal dijo: "El 22 de marzo de 1976, fecha en la cual fue admitida la demanda con la cual se inició esta acción (folio 35) no regía la Ley 22 de 1977, que por su artículo 12 triplicó el monto de las cuantías para fijar por este factor la competencia del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos en los asuntos de su conocimiento ahora bien, por el carácter de orden público de que están investidas las disposiciones sobre procedimiento, en general, y las que versan sobre competencia, en especial, y según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, al entrar en vigencia la Ley 22 de 1977 se operó un cambio de competencia por razón de la cuantía, consistente en que los procesos contenciosos Administrativos de que conocían los Tribunales en primera instancia, conforme al numeral 2º literal f) del artículo 32 del Decreto 528 de 1964 (de cuantía de treinta mil pesos o superior a esta suma), que tenía recurso de apelación ante el superior, se transformaron en de única instancia cuando triplicada la cuantía esta resulta inferior a noventa mil pesos. Esto significa que después de la vigencia de la Ley 22 de 1977 (31 de mayo), es improcedente la apelación que se interponga en los juicios a que se refieren el numeral 2º letra f) del artículo 32 del Decreto 528, cuya cuantía sea inferior a noventa mil pesos. Este es el caso de autos, en el que ella está determinada en $ 60.000.00 o sea, en el valor de la multa". Por su parte el Consejo de Estado Sección Cuarta, en sentencia de 15 de mayo de 1968 se refirió igualmente a los efectos de la ley procesal en el tiempo, en razón de lo dispuesto por la Ley 16 de 1968, que varió la competencia en razón de la cuantía. Al comentar el artículo 40 de la Ley 163 de 1887 expuso en esa oportunidad la Corporación lo siguiente: "Para deducir el alcance de esta disposición —artículo 40 citado— hay que establecer la diferencia entre las normas sobre organización judicial, preceptos procedimentales o de ritualidad de los juicios y normas sobre derecho probatorio. La doctrina ha aceptado que las normas sobre organización judicial tengan aplicación inmediata y por ello, precisamente, la *competencia* se rige por el

nuevo estatuto, porque no puede alegarse respecto a ella derechos adquiridos. Por ello, si la nueva ley modifica la competencia por razón de la cuantía, naturaleza del asunto o calidad de las partes, el proceso debe pesar al funcionario que señale la ley nueva. "En cuanto a preceptos procedimentales, se aplica desde luego los de la ley nueva, con la salvedad de que los términos que hayan empezado a correr, las actuaciones ya surgidas y los recursos interpuestos, se rigen por la ley anterior. Con relación a las pruebas, no tiene aplicación el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, porque ellas se aprecian conforme a la ley vigente en el momento en que fueron creadas, aunque su aporte al juicio quede sometido a las nuevas disposiciones procedimentales. "Refiriéndose a este problema dice el doctor Hernando Morales en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil" página 117: "La ley procesal que debe aplicarse es lo vigente en el momento en el que el respectivo derecho se ejercita. Si una ley procesal suprime algunos modos de actuación de la ley y algunos medios de actuarlo, se extingue al mismo tiempo el derecho de pedir su aplicación, y por lo tanto, bajo el imperio de la nueva ley no se puede pedir su actuación como aquellos medios y en aquella forma, y esto prescindiendo absolutamente del tiempo en que naciera el derecho de pedirla- Viceversa, cuando la ley admite nuevos modos de actuación de la ley o aumenta su número o introduce nuevos medios de ejecución, dicha ley es eficaz aún con respecto a los derechos nacidos anteriormente, y válidamente pueden invocarla los titulares de aquéllos. *Es eficaz la ley nueve en la relación a competencia,* capacidad de las partes, *excepciones procesales,* derechos y deberes de las partes, a la forma y a los efectos de los actos procesales". (Se subraya)". "El doctor Hernando Devis Echandía en su "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo I, glosando algunos conceptos de Carnelutti y de Chiovenda, se expresa en los siguientes términos, a las páginas 94 y 95: "Todos los efectos que la norma jurídica atribuye a un hecho efectuado bajo su dominio, y únicamente ellos, subsisten, pese al cambio de la ley. Y tras dos ejemplos: Si una ley posterior priva al ciudadano del derecho a presentar demanda judicial para la solución de una determinada categoría de litigios, subsiste, no obstante, el deber del juez de pronunciarse acerca de un litigio de esta clase si la demanda fue interpuesta durante la vigencia de la ley anterior, porque la presentación de la demanda en su debida forma, es el hecho necesario y suficiente para producir el efecto jurídico consistente en atribuir al juez aquella obligación; y, por otra parte, *si una ley posterior modifica la competencia para juzgar de determinada clase de litigios, el juez que conocía de uno de ellos y que conforme a la nueva ley no puede conocer, pierde su competencia para juzgar, porque de la presentación de la demanda nace el deber, mas no el poder del juez de juzgar,* y no existe un hecho efectuado durante su vigencia de la ley anterior que le atribuye al juez el efecto de la competencia. Igualmente la ley posterior que modifica las normas del juicio, rige también los procesos iniciados en virtud de una demanda debidamente propuesta durante la vigencia de la ley anterior, porque no ha nacido el efecto de imponerle al juez el deber de juzgar conforme a la ley anterior" (Se subraya). "Y más adelante, a la página 96 dice: "La Corte ha dicho que las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter

absoluto, inmediato y obligatorio; que son leyes de orden público y de aplicación aún respecto a los asuntos pendientes, a no ser que en la misma ley se disponga otra cosa; que en materia procesal no se ve cual puede ser el derecho adquirido que se arrebate cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta; que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, como también el artículo 1228 del Código Judicial, se refieren al transcrito de la legislación, "en lo concerniente a la sustanciación y ritualidad de los juicios" y no en cuanto a la jurisdicción y competencia, que es materia distinta, y que las leyes que regulan estas últimas materias no pueden confundirse con las de procedimiento dicho" (G. J. XLVIII, Pág. 543, G. J. LIX, Pág. 1045; LXXXII, Pág. 513)". Como bien puede apreciarse ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de darle efectos generales inmediatos a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, comprendiendo dentro de ellas las que fijan la competencia no sólo en el factor de cuantía sino en lo demás. Acorde con esta corriente jurisprudencial la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al responder una consulta formulada por el Ministerio de Justicia sobre la aplicación del artículo 12 de la Ley 22 de 1977, le dio el mismo alcance al artículo 40 de la Ley 153 de 1887 sobre los efectos generales inmediatos de las normas sobre modificación de cuantía, fundamentándose para ello en el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil sobre vigencia de este estatuto, que también modificó las cuantías. Son apartes pertinentes al caso controvertido los siguientes: "La mencionada —Ley 22 de 1977— elevó la mínima cuantía en asuntos civiles a cinco mil pesos y la menor a cien mil, ambas en todo el territorio nacional. La cuantía del interés para recurrir en casación se elevó a trescientos mil pesos. "La vigencia de la ley se producirá con su promulgación, que aún está pendiente. "1. *Aplicación de las nuevas normas que alteran la competencia de los jueces municipales y del circuito.* "Como regla general y como observa el Ministerio en su aludida comunicación, las nuevas normas procesales, por ser de orden público, tienen aplicación inmediata, no sólo a los procesos que se inician luego de su vigencia, sino a los que antes se hayan iniciado, salvo las excepciones que en las mismas leyes se consagran. "Significa lo anterior, que como la Ley 22 de 1977 no consagró norma alguna sobre los efectos de su vigencia respecto a los procesos en curso al momento de entrar en vigor, a todos les es aplicable y, por consiguiente, los jueces civiles del circuito han quedado sin competencia para seguir conociendo de los de cuantía no superior a cien mil pesos, los cuales deberán ser remitidos por dichos jueces a los municipales, para que éstos continúen su trámite, si en ellos no se ha pronunciado la respectiva sentencia y se trata de procesos de conocimiento, y a pesar de cualquier sentencia si de procesos de ejecución, o de otros en los cuales aquélla no ponga fina a la instancia. "Tal fue la solución adoptada en el artículo 699 del actual Código de Procedimiento Civil y el criterio que, como regla general, se consagró en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 que dice: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieran iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de

Páginas

su iniciación". "c). En los casos en que el demandante haya estimado la cuantía de las pretensiones de la demanda, manifestando únicamente que son de mayor cuantía o de valor superior a veinte mil pesos ($ 20.000.00), como dicha cuantía, para efectos de la competencia, se convierte en "indeterminada" al entrar en vigencia la Ley 22 del año en curso, es indispensable proceder a determinarla". Aplicando los anteriores criterios al caso *sub lite* se tiene que la demanda fue presentada antes de la vigencia de la Ley 22 de 1977 y que como su cuantía era determinable, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2061 de 1966, su monto excedía de $ 50.000.00 lo que fijaba la competencia del Tribunal en primera instancia. Pero al ser triplicadas las cuantías por el artículo 12 de la ley comentada, el juicio se convirtió en de única instancia, ya que los sueldos, primas, prestaciones y demás eventualidades, dejados de devengar por el doctor LEONARDO URIBE CORREA desde el momento de declaratoria de insubsistencia hasta la fecha de la presentación de la demanda no alcanzaba la suma de ciento cincuenta mil pesos. En este orden de ideas, la Sala repondrá el auto de 29 de mayo del corriente año y en su lugar considerará como bien denegado al recurso de apelación interpuesto por las Empresas Públicas de Medellín contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 24 de noviembre de 1978. (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Auto de 10 de julio de 1979, Consejero ponente, doctor Samuel Buitrago Hurtado, Actor: Leonardo Uribe Correa. Expediente 3366). 817

34. ELECTORALES. CIUDADANIA.

La pérdida o suspensión de la ciudadanía sólo se produce "en virtud de decisión judicial, en los casos que determinen las leyes".— (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de septiembre de 1979, Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 435 Electoral. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya). 626

35. ELECTORALES. CONCEJOS MUNICIPALES.

Elecciones efectuadas antes de haber terminado los tres días completos de que habla el artículo 2º del Decreto 49 de 1932 y antes de los 30 días inmediatamente anteriores a la fecha en que las personas favorecidas deban entrar a desempeñar el cargo (Ley 5ª de 1929 artículo 5º) son nulas.— Obran en el plenario copias autenticadas de las actas de las sesiones del Concejo Municipal de Chimichagua, celebradas el 1º y el 4º de noviembre de 1978. En la correspondiente a la sesión del 1º de los mismos, consta que se inició a las cinco de la tarde y que en ella fue aprobada la proposición presentada por el Concejal Néstor Trespalacios, por la cual se fijó el día 4 de dichos mes y año, a las "nueve de la mañana o subsiguientes", para la elección de Personero, Tesorero y Contralor Municipales para el periodo de 1979, y que "Terminado el orden del día se levanta la sesión hasta la fecha fijada, siendo más o menos las nueve de la noche". A su turno, el acta de la sesión del 4 de noviembre da cuenta de que comenzó a las doce del día y que durante ésta se verificó la elección para cada uno de los citados cargos, en forma

separada habiendo terminado a las tres de la tarde, más o menos. Es un hecho cierto que el Concejo hizo la elección acusada antes de haber terminado los tres días completos de que habla el artículo 2º del Decreo 49 de 1932. A esta conclusión lleva la simple lectura de las dos actas, pues mientras la del 1º de noviembre dice que la sesión se inició a las 5 de la tarde y que terminó a las 9 de la noche, la del 4 de ese mes expresa que comenzó a las 12 del día y que se levantó a las 3 de la tarde del mismo, lo cual denota que por sí solo que no alcanzaron a correr los tres días completos, es decir, 72 horas. Esto si se tiene presente la hora en que se principió la sesión del Concejo de 1º de noviembre. Y lo mismo sucede si las cuentas se hacen a partir de las nueve de la noche del mismo día, en la que se levantó la sesión, hasta las doce del día o las tres de la tarde del 4 de noviembre, horas en que —en su orden— se inició y terminó la reunión. Todo lo anterior conforme al artículo 59 del C.R.P. y M., según el cual "se entiende por día el espacio de veinticuatro horas" y a que el artículo 2º del Decreto 49 de 1932 reclama "tres días completos". En consecuencia, prospera el cargo de violación de la disposición que se acaba de citar. Mucho más claro es el cargo relacionado con la infracción del artículo 5º de la Ley 5ª de 1929, pues si los periodos de los empleos comenzaban el 1º de enero de 1979, la respectiva elección no podía hacerse sino dentro de los treinta días inmediatamente anteriores. Y, como se ha visto, en el caso de autos ella se realizó el 4 de noviembre, esto es, con 58 días de antelación, lo cual determina por sí mismo la nulidad de las elecciones demandadas. Por tanto, las elecciones efectuadas por el Concejo de Chimichagua están afectadas de doble motivo de nulidad, por lo cual es pertinente confirmar la sentencia recurrida. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de agosto de 1979. Consejero ponente, doctor Mario Enrique Pérez. Expediente 535. Actor: Alvaro Lima Cubillos). 623

36. ELECTORALES. CONTRALOR AUXILIAR.

Aunque es cierto que el artículo 62 de la Constitución Nacional indica que la "ley determinará las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos en la Constitución", este no es un principio absoluto que implique competencia excluyente y única del Congreso en esta materia. La ley en sentido estricto, podrá hacerlo respecto no sólo de empleos del orden nacional, si no también en el orden departamental y en el municipal. Sin embargo, cuando no se ha hecho uso de tal facultad para el ámbito Departamental o Municipal, las Asambleas y los Concejos pueden por medio de actos de carácter general exigir ciertas calidades a las personas que van a desempeñar cargos creados por tales corporaciones, siempre, claro está, que no estén en contradicción con las normas superiores que ya hubieren señalado requisitos. En el señalamiento de calidades para ejercer el cargo de Contralor Auxiliar creado por la Asamblea, bien podría invocarse como autorización consitucional para ello la del numeral 8º del artículo 187 de la Carta.— (Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 20 de noviembre de 1979. Consejero ponente: doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 536. Actor: María Cecilia

Páginas

Baldrich. P. Con salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Dangond Flórez. Aclaración del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo. No asistieron: Jorge Valencia Arango. Carlos Galindo Pinilla. Mario E. Pérez V., Jacobo Pérez E. y Alfonso Arango Henao). 660

37. ELECTORALES. CONTRALOR AUXILIAR. (ACLARACION DE VOTO).

Las calidades para desempeñar ciertos empleos (los de creación constitucional o legal) serán señaladas por la ley cuando la Constitución no lo haya hecho. A escala departamental o municipal este aspecto varía, pero solamente frente a aquellos funcionarios creados por los organismos competentes de estos niveles.— (Salvamento de Voto del Consejero Doctor Jorge Dangond Flórez a la sentencia de Noviembre 20 de 1979. Expediente 536, de quien fue ponente el doctor Bernardo Ortiz Amaya. Sala Plena. Actor: María Cecilia Baldrich). 667

38. ELECTORALES. CONTRALOR AUXILIAR.

Pese a que con base en el artículo 62 de la Carta sostuve que las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución ,deben ser fijados única y exclusivamente por la ley, en el, presente asunto me someto a la decisión de la mayoría que permite a las Asambleas y Concejos señalar esos requisitos a niveles departamental y municipal y para funcionarios de sus respectivas órbitas.— (Aclaración de Voto del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de Sala Plena de Noviembre 20 de 1979. Expediente 536 (Electoral). Consejero ponente: Bernardo Ortiz Amaya. Actor: María Cecilia Baldrich. 669

39. ELECTORALES. NOTIFICACION.

Necesidad de citar a la persona cuya elección se impugna. El elegido es parte principal en el proceso y sin su citación no es posible integrar el contradictorio, pues se configura el fenómeno del "Litis Consorcio" *pasivo con carácter de necesario.*— La institución del proceso es inconcebible sin uno de sus elementos fundamentales, como son las partes. El Código Contencioso Administrativo reconoce paladinamente la existencia de partes en el artículo 218. 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. Uno de esos principios es el que obliga a integrar cabalmente el contradictorio, en el caso del *"Litis consorcio"* necesario (artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil). Cuando se pide la declaración de nulidad de una elección, es evidente que la pretensión no sólo se dirige de manera principal frente a la entidad administrativa que profirió el acto, sino también frente a 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

Páginas

"litis consorcio" pasivo con carácter de necesario. El artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, debe interpretarse en armonía con los principios generales del derecho procesal, como lo preceptúa el artículo 4º del C. de P. C.; 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 Art. 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. La celeridad del proceso electoral no es razón para dejar de cumplir reglas fundamentales del proceso que constituyen principios generales del mismo. 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 jurídica procesal. El acto de elección o de nombramiento a la vez que enviste a un sujeto del status jurídico general, crea para este 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, cada una con un interés principal propio, la primera presentada por la administración y la otra por el sujeto o titular de la situación jurídica concreta que emana del acto. Toda acción es pública en el Derecho Procesal Moderno. Lo que puede calificarse de privado es la pretensión, según sea el fin que con ella se persiga. Pero el carácter público de al 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. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de diciembre 17 de 1979. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 552. Actor: Saúl Pareja G. (Ver Auto de diciembre 14 de 1979. Expediente 569 en el mismo sentido). 703

40. ELECTORALES. PROCEDIMIENTO EQUIVOCADO.

La equivocación de procedimiento atenta gravemente contra el artículo 26 de la Constitución Nacional que tutela el debido proceso y que reclama la observancia de "la plenitud de las formas propias de cada juicio".— Como es sabido, estos procedimientos (Electoral y ordinario) son muy distintos. El primero —el electoral— está contenido en los artículos 209 a 220 y 224 a 241 del Código Contencioso Administrativo y 167 a 171 de la Ley 28 de 1979. El ordinario está preestablecido en el capítulo XV de la misma obra. Además, el electoral es bastante breve y acude a la celeridad para lograr, con eficacia en el tiempo, el respeto de la voluntad popular y el control de legalidad de las determinaciones que tomen las corporaciones públicas y los funcionarios que hacen elecciones y nombramientos. La diferencia entre los procedimientos ordinario y electoral es sustancial. Así, por ejemplo, el último contempla la acumulación

Páginas

de procesos de que trata el artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, que es suigeneris. En cambio, en el ordinario cabe la acumulación común y corriente, que no está revestida de la peculiaridad que caracteriza la anterior, precisamente por la naturaleza del juicio electoral. De otra parte, el trámite del electoral comprende la audiencia pública instituida por el artículo 169 de la Ley 28 de 1979, que es forzosa y reglada. No así el del ordinario, para el cual rige la audiencia de que se ocupa el artículo 90 del Código Contenciso Administrativo, que es de carácter potestativo para el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. La narrada equivocación en cuanto al procedimiento con que se siguió esta acción, atenta gravemente contra el artículo 26 de la Constitución Nacional, que tutela el debido proceso y que reclama la observancia de "la plenitud de las formas propias de cada juicio". Esta no es una frase vana sino, al contrario, de gran contenido institucional, que atañe directamente con el procedimiento con el cual deben ventilarse los procesos y que representa una larga y penosa conquista del Derecho y de la seguridad de los asociados. Aunque el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo no incluye entre las causales expresas de nulidad el seguir un juicio con "un procedimiento distinto del que legalmente corresponda", la nulidad que aquí se predica tiene una estirpe superior, cual es el artículo 26 de la Carta, que recoge un principio universal de derecho. Ahora bien, no es equivocado afirmar que la causal de nulidad establecida en el numeral 4 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, es un desarrollo lógico del canon 26 de la Constitución. De consiguiente, su aplicación no resulta extraña a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en garantía del debido proceso. Es cierto que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 7 de octubre de 1970, al decidir un juicio en el cual se había seguido un procedimiento equivocado, expresó: "A pesar de esa anomalía procesal la Sala considera que no es del caso decretar la nulidad de lo actuado en razón de que el procedimiento ordinario es más amplio que el propio del juicio electoral de nulidad de un nombramiento, a más de lo cual, no está consagrada especialmente en la ley esta circunstancia como causal de nulidad". (Anales, T. LXXIX, Nos 427 y 428, pág. 347). Pero también lo es que el fallo fue dictado durante la vigencia de la Ley 105 de 1931, en cuyo artículo 448, sobre causas de nulidad en todos los juicios, no figuraba, como sí figura en el actual Código de Procedimiento Civil, el motivo expreso de nulidad de darle al proceso un trámite diferente al señalado en la ley. De otra parte, no había sido expedido el actual Código Electoral, que introdujo modificaciones en el procedimiento electoral, como la relacionada con la audiencia a que ya se aludió. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Providencia de diciembre 12 de 1979. Consejero ponente doctor Mario Enrique Pérez. Expediente 580. Actor: Francisco de la Ossa). Con Salvamento de Voto de los Doctores Enrique Low Murtra, Jorge Dávila Hernández y Carlos Betancur Jaramillo). 695

41. ELECTORALES. PROCEDIMIENTO EQUIVOCADO. NULIDADES PROCESALES: SON DE INTERPRETACION RESTRICTIVA.

El artículo 282 del Código Contencioso Administrativo remite las materias no reguladas por dicho ordenamiento jurídico a lo estable-

Páginas

cido por el Código de Procedimiento Civil. Puede decirse que *el vacío* en el contencioso administrativo se regula en forma supletiva por el régimen del procedimiento general, esto es, el procedimiento civil. En materia de nulidades procesales no hay vacío por cuanto el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo regula la materia. Me identifico en este aspecto con lo anotado por el doctor Betancur en cuanto sería quizá aplicable por extensión el Código de Procedimiento Civil a los juicios que fueron incorporados a la jurisdicción administrativa por la reforma de 1964. En ningún caso cabe pues aplicar al procedimiento administrativo las nulidades del procedimiento civil, tratándose, como en el caso *sub judice*, de juicios electorales que ya conocía la jurisdicción contencioso administrativa desde 1941 y aún antes. Las nulidades procesales son de interpretación restrictiva como lo ha dicho en forma reiterada la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Por ello no cabe la nulidad procesal porque se le dio a un juicio electoral el trámite de un juicio ordinario, aún cuando ésta es una situación injustificada y absurda. Ni es tampoco pertinente darle vigencia a lo que se ha llamado la nulidad constitucional en aplicación extensiva del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque este artículo se ha establecido como garantía de los derechos ciudadanos y no para anular la posible acción de la justicia. (Salvamento de Voto del doctor Enrique Low Murtra a la sentencia de diciembre 12 de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Expediente 580. Actor: Francisco de la Ossa. Electoral). 699

42. ELECTORALES: PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

La elección de Procurador General de la Nación es acto administrativo que corresponde, como atribución especial a la Cámara de Representantes, de terna presentada por el Presidente de la República. No es esencial, para la validez de la manifestación presidencial, que el Ministro de Justicia firme la nota que contiene la decisión adoptada sobre lo fundamental que es la conformación de la terna (artículo 57 Constitución Nacional). RETIRO FORZOSO. Las disposiciones del Decreto 2400 de 1968 no son aplicables al Procurador General de la Nación, pues ese estatuto regula la Administración del Personal que presta sus servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. El Procurador General está por fuera de la carrera judicial, con las consecuencias de que tampoco se le puede aplicar las disposiciones sobre retiro.— (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de septiembre 11 de 1979. Consejero ponente: Doctor Jorge Dangond Flórez. Expediente 508 y 516. Actor: Armando Yepes Garcés. Con aclaración de Voto de los Consejeros doctor Angel de la Torre y Bernardo Ortiz Amaya. Salvamento de voto del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo). 639

43. ELECTORALES. PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. EDAD DE RETIRO FORZOSO. (SALVAMENTO DE VOTO).

Lo que se dice de los magistrados de la Corte a este respecto, forzosamente deberá predicarse del Procurador. La remisión que hace la

Páginas

Constitución Nacional a los requisitos y condiciones para ser Procurador a los mismos señalados para los Magistrados de la Corte, no permite pensar que aquél, en cuanto a edad, esté en mejores condiciones que éstos. Se hace esta afirmación luego del análisis de los desarrollos legales que se cumplieron a partir de la Reforma Constitucional de 1945. *NORMAS VIOLADAS NO CITADAS. Si de las voces de la demanda se infieren claramente las normas violadas, aunque no citadas, éstas deben aplicarse, porque en el fondo el problema se reduce a la simple identificación del derecho violado.*— (Salvamento de Voto del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de Sala Plena de Septiembre 11 de 1979. Expediente 508 y 516. Actor: Armando Yepes G.). 655

44. ELECTORALES. VICEPROCURADURIA.

No es de creación Constitucional, sino legal, lo mismo que las calidades (artículo 5º de la Ley 25 *de* 1974*) y de conformidad con el artículo* 62 *de la Carta "La ley determinará.... las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos". Excepción general a la regla de que para ocupar un cargo en la rama jurisdiccional y en el Ministerio Público es preciso reunir los requisitos exigidos por la Constitución y la Ley. Esta excepción opera para el desempeño de cargos en propiedad, en interinidad o por encargo.*— (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de octubre de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 519. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfán. Electoral. Con salvamento de Voto de los Consejeros doctores Alfonso Arango Henao, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Galindo Pinilla, Bernardo Ortiz Amaya, Mario Enrique Pérez V. y Jacobo Pérez Escobar. 670

45. ELECTORALES. FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL Y DEL MINISTERIO PUBLICO. (SALVAMENTO DE VOTO).

Excepción al cumplimiento de requisitos legales para el desempeño de cargos en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público, con la condición de que el nombramiento tenga un carácter provisorio. Cuando el nombramiento es en interinidad así debe indicarse expresamente en el acta correspondiente, si ella no aparece, ha de entenderse que la designación no es provisional o transitoria.— (Salvamento de Voto del Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla a la sentencia de octubre 16 de 1979. Expediente 519. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfán). Ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Sala Plena de lo Contencioso Administrativa. Electoral. 678

46. ELECTORALES. FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL O DEL MINISTERIO PUBLICO. (SALVAMENTO DE VOTO).

Sólo por excepción y en forma interina, estos funcionarios pueden ejercer el cargo sin reunir los requisitos establecidos por la Constitución o la ley para el desempeño del mismo, porque, por regla general, únicamente el que cumple tales exigencias podrá ser designado y desempeñar las funciones correspondientes.— (Salvamento de

Páginas

Voto del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de 16 de octubre de 1979. Expediente 519. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfán). De la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en quien fue ponente el doctor Enrique Low Murtra. 681

47. ELECTORALES. FUNCIONARIOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL O DEL MINISTERIO PUBLICO.

Para desempeñar cargos en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público, es necesario reunir las exigencias constitucionales, legales y del manual de requisitos mínimos que expida el Gobierno. Las personas que no reunan los requisitos pueden ser designadas, desde luego en interinidad o provisionalmente, devengando una remuneración igual al 75% de la correspondiente asignación básica.— Salvamento de Voto del Consejero doctor Mario Enrique Pérez V. a la sentencia de Sala Plena de octubre 16 de 1979. Expediente 519. Ponente: Doctor Enrique Murtra. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfán). 683

48. ELECTORALES. VICEPROCURADOR GENERAL. (SALVAMENTO DE VOTO).

Fue en ejercicio del artículo 62 de la Constitución Nacional que el artículo 5º de la Ley 25 de 1974 estableció las calidades que se requieren para ser nombrado Viceprocurador General con carácter de titular, y esta norma debe cumplirse rigurosamente. El Decreto 717 de 1978 artículo 11 y el 52 del 1660 del mismo año, tratan de "la remuneración de las personas que no reúnan los requisitos", lo que no significa que dichas normas estén derogando tácitamente el artículo 5º de la Ley 25 de 1974, ya que ellas sólo son aplicables en los casos en que los cargos sean provistos en interinidad, provisionalmente o en encargo, pero nunca en propiedad o como titular.— (Salvamento de Voto del Consejero doctor Jacobo Pérez Escobar a la sentencia de octubre 16 de 1979. Expediente 519. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfán). De la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con Ponencia del doctor Enrique Low Murtra. 686

49. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.

Régimen. Los servidores de la Empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol". El reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se solicita a la Caja o Institución de previsión Social a la cual esté afiliado el empleado al tiempo de cumplir su servicio o en el momento de retirarse del servicio oficial. Competencia para conocer del negocio sobre prestaciones sociales (pensión de jubilación) contra una entidad de derecho público.— Los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en sus artículos 5º y 3º respectivamente, estatuyen que es regla general la de que las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, son trabajadores oficiales. Y para determinar cuales de esos servidores constituyen una excepción, por tener el carácter de empleados públicos, el Decreto 3135 dice en su artículo 5º que en los estatutos de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado se hará la clasificación correspondiente a los empleados públicos y de los trabajadores

Páginas

oficiales de esas entidades. Y en los mismos estatutos, dice la norma, se precisará qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. La empresa Colombiana de Petróleos "Ecopetrol" es una Empresa Industrial y Comercial del Estado regida por normas del derecho privado y que no tiene, como no puede tener, los privilegios de las Empresas de servicio público; y en sus relaciones con las personas que en ella sirven, debe someterse a las normas antes citadas. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al tenor de lo dispuesto en el ordinal g) del numeral primero del artículo 30 del Decreto Ley 528 de 1964, conoce en única 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, y cuya cuantía sea o exceda de cincuenta mil pesos. Ahora bien, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 2921 de 1948 el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación se solicita a la Caja o institución de previsión social a la cual está afiliado el empleado al tiempo de cumplir su servicio o a la que se encuentre afiliado en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso. Y en cuanto al criterio para fijar la competencia del negocio sobre prestaciones sociales contra una entidad de derecho público, como lo expresó el Consejo en la doctrina que recuerda el distinguido Colaborador Fiscal, es el de averiguar la naturaleza del vínculo jurídico que una inmediatamente al demandante con la entidad demandada. Cuando se trata de empleados públicos, o sea de los unidos a la Administración por una relación de derecho público, la competencia es de esta jurisdicción; y cuando se suscita el conflicto con trabajadores oficiales, la competencia radica en la jurisdicción laboral. Así mismo cuando se trata de pensión de jubilación para cuyo reconocimiento puede acumularse el tiempo servido a diversas entidades oficiales o semioficiales y la que debe reclamarse de la última entidad o Caja de Previsión a la que el trabajador prestó sus servicios o estuvo afiliado, puede presentarse en el mismo servidor la doble relación de derecho público y de contrato de trabajo, caso en el cual la pensión de jubilación deberá solicitarse de la última entidad, correspondiendo desatar el litigio que tal demanda puede suscitar, a la Justicia del Trabajo o a la Justicia Contencioso Administrativa según el vínculo que se tenga, laboral o de derecho público, con la entidad demandada. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de julio 3 de 1979. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor, Gonzalo Munévar Espinosa. Expediente 0521. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 004 de 1973 de Ecopetrol). 204

50. EMPLEADOS PUBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES

No todos los cargos de dirección y confianza en las empresas industriales o comerciales del Estado tienen que ser desempeñados por empleados públicos. Es la índole de la labor y la clasificación del cargo lo que determina su vinculación legal y estatutaria o contractual y no la forma como dicha vinculación se opera.— Desde la vigencia del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª

Páginas

del mismo año, se ha considerado que los trabajadores de las empresas Industriales o Comerciales del Estado se entienden vinculados a éstas por una relación contractual laboral. El decreto 3135 de 1968 conservó tal principio, como norma general, señalando que las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales. Pero, existen actividades de dirección y de confianza en dichos organismos que deben desempeñarse por personas que tengan la condición de empleados públicos, por excepción. En los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado se debe precisar en cada caso las actividades de excepción. (artículo 5º del Decreto 3135 de 1968). El Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 citado, es lo suficientemente claro sobre el particular al indicar que en los Estatutos tanto de los establecimientos públicos, como de las empresas Industriales o comerciales del Estado y de Sociedades de Economía Mixta "se hará la clasificación correspondiente a los EMPLEADOS PUBLICOS y de los TRABAJADORES OFICIALES de esas entidades, conforme a las reglas del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 y de este Decreto". Coherente con las anteriores disposiciones, el artículo 28 del Decreto 122 de 1970, "Por el cual se aprueban los estatutos de la Empresa Colombiana de Minas", a que alude el Ministerio Público consigna que: "Las personas que presten regularmente sus servicios a la Empresa, son trabajadores oficiales, sinembargo, en el Estatuto de Personal se establecerán los cargos de dirección y confianza que deben ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos". Quiere decir lo anterior que no todos los cargos de dirección y confianza en las empresas Industriales o Comerciales del Estado tienen que ser desempeñados por empleados públicos. Corresponde a los estatutos señalar esa situación, mediante la correspondiente clasificación. Es la índole de la labor desempeñada y la clasificación del cargo lo que determina la vinculación de los servidores de las empresas Industriales o comerciales del Estado con carácter legal y estatutario o contractual laboral y no la forma como dicha vinculación se opera, discrepando la Sala del criterio señalado por el señor apoderado del demandante en el sentido de que se debe dar preeminencia a la llamada "Teoría de la Función Pública", cimentada en el Decreto 589 de 1974 sobre régimen de prestaciones de los empleados de las entidades descentralizadas adscritas al Ministerio de Defensa Nacional, cuya aplicación analógica no es de recibo en el presente caso, frente a la claridad meridiana de las disposiciones antes comentadas. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 27 de julio de 1979. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Oscar Hernando Escobar Castro. Expediente 4003. Acción de plena jurisdicción contra Silencio Administrativo de "ECOMINAS"). 209

51. ENCAJE

La Junta Monetaria puede proponer la adopción de medidas de encaje al Fondo de Ahorro y Vivienda, pero no tiene la capacidad legal de adoptarlas. Suspensión provisional de los artículos 12 *y* 13 *de la Resolución* 30 *de* 1979 *expedida por la Junta Monetaria.— Las disposiciones acusadas dicen a la letra: "Artículo 12. La posición de*

Páginas

encaje de las corporciones de ahorro y vivienda sobre depósitos a término, cuentas de ahorro de valor constante y depósitos ordinarios, a que se refiere el artículo 6º del Decreto 1728 de 1974, el artículo 7º del Decreto 1414 de 1976 y el artículo 1º del Decreto 676 de 1977, se determinará para cada día en la siguiente forma: el encaje requerido se calculará con base en las cifras diarias de las exigibilidades sujetas a encaje que registre la respectiva institución durante los días hábiles de cada mes calendario. La cifra así determinada se comparará con las cifras diarias de las disponibilidades computables que presente la corporación durante el mismo período mensual". "Artículo 13. El exceso o defecto diario de encaje se determinará de acuerdo con el procedimiento previsto por el artículo anterior. En estas condiciones se entiende que existe situación de desencaje o posición negativa de encaje cuando durante un mes calendario la suma de los defectos diarios sobrepase la suma de los excesos diarios de encaje". Basta leer el tenor literal del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución para percibir una clara desviación de poder de parte de la Junta Monetaria en los actos acusados. En efecto, corresponde al Presidente de la República "ejercer como *atribución constitucional propia*, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales y jurídicas que tengan por objeto el manejo o el aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado", como en el caso de las corporaciones de ahorro y vivienda. Es pues claro que la atribución constitucional propia del Presidente de la República no puede ser ejercida por la Junta Monetaria sin incurrir en una desviación o exceso de poder. De otro lado, esta clara interpretación del numeral 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional se corrobora con lo previsto por el artículo 6º del Decreto 1110 de 1976 pues la Junta Monetaria debe "estudiar y proponer el Presidente de la República las reglamentaciones de carácter general relacionadas con el manejo y liquidez de las entidades que reciben préstamos del Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI)". La Junta Monetaria puede proponer la adopción de medidas de encaje al FAVI, pero no tiene la capacidad legal de adoptarlas. Estas contradicciones entre el tenor de las resoluciones de la Junta Monetaria y el tenor de normas jurídicas superiores es indiscutiblemente manifiesta. (Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta. Auto de 18 de septiembre de 1979. Expediente 6381. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra). 411

52. ENSEÑANZA

Prelación de los hijos de los institutores para ser admitidos en los "establecimientos oficiales de enseñanza de cualquier tipo que sea". Esta expresión comprende por igual tanto a los establecimientos docentes dependientes del Ministerio de Educación Nacional, de los Departamentos y de los Municipios, como a los que tengan el carácter de establecimientos públicos.— Estima el actor que el acto acusado viola el artículo 30 de la Constitución Nacional porque se ha desconocido un derecho consagrado a favor de los educadores y sus hijos por el artículo 1º del Decreto con fuerza de Ley Nº 1812 de 1953, que a la letra dice: "Los hijos de los institutores que están al servicio de la Nación, los Departamentos o los Municipios o que

están gozando de pensión de jubilación, tendrán prelación para ser admitidos en los establecimientos oficiales de enseñanza de cualquier tipo que sean, sin que tengan que pagar ninguna clase de derechos, siempre que reúnan los requisitos para ser matriculados en dichos establecimientos, conforme a los estatutos y reglamentos respectivos". El Magistrado Sustanciador al decretar la suspensión provisional de la norma acusada, mediante providencia de 27 de febrero del presente año, expresó lo siguiente: "De la simple confrontación entre la norma acusada y la invocada como violada se deduce que, en relación con el motivo invocado como fundamento de la acción y de la petición de suspensión provisional, la primera es claramente violatoria de la segunda, porque mientras ésta dispone que los hijos de los institutores, en ejercicio de sus funciones o que se hayan jubilado, tendrán prelación para ser admitidos a los establecimientos oficiales de enseñanza, sin que tengan que pagar ninguna clase de derecho, si reúnen los requisitos legales y reglamentarios para ser admitidos, aquella prescribe que deben pagar el 50% del valor 'de la pensión de enseñanza'. En consecuencia es preciso disponer la suspensión provisional de la norma acusada en cuanto obliga a pagar a los hijos de los institutores, en ejercicio de sus cargos o que están jubilados, el 50% del valor de la pensión". Estima la parte impugnadora que el artículo 1º del acto acusado se ha interpretado mal por cuanto él no se refiere a lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1812 de 1953, sino al artículo 2º del mismo Decreto que es del siguiente tenor: "Los establecimientos oficiales de educación dedicarán un 20% de las becas o pensiones alimenticias a hijos de institutores al servicio de la Nación, Departamentos o Municipios, o que están gozando de pensión de jubilación. Para la adjudicación de éstas el Ministerio de Educación tendrá en cuenta, además de los requisitos señalados en el artículo 3º del Decreto 1964 de 1952, lo siguiente: "a) Número de hijos del solicitante; "b) Años de servicio del mismo, y "c) Méritos que haya adquirido en el ejercicio de su magisterio". Sería aceptable la interpretación dada por la parte impugnadora al artículo 1º del Acuerdo Nº 5 de 1977, si allí no se empleara la expresión "que gozarán de la exoneración del cincuenta por ciento (50% en el valor del pago de la pensión de enseñanza", porque de acuerdo con el sentido natural y obvio de esta expresión, allí se comprenden o pueden conmprenderse no sólo las becas sino también el pago de derechos de matrícula. Por esta razón la Sala comparte íntegramente la providencia de suspensión provisional del acto acusado. De todas maneras, la Sala cree conveniente aclarar, para evitar equívocos en la interpretación de este fallo, que si bien el artículo 1º del Acuerdo acusado no se refiere como se acaba de expresar al artículo 2º del Decreto 1812 de 1953, el Colegio de Boyacá sólo está obligado por la norma de éste articulado a otorgar el 20% de las becas o pensiones alimenticias que haya creado o cree y, en todo caso, en relación con las que en un momento dado tenga creadas. Se excluye por tanto, para la determinación del mencionado porcentaje, las becas concedidas por otras entidades públicas o privadas para este establecimiento. Alega también la parte impugnadora que como solamente los artículos 2º y 4º del citado Decreto 1812 de 1953, han sido reglamentados por el Ministerio de Educación, la norma del artículo 1º, que no ha sido reglamentada,

Páginas

no puede tener aplicación ni eficacia. Realmente, observa la Sala, el hecho de que haya sido o no reglamentado el artículo 1º señalado como infringido por el acto administrativo acusado, no incide en nada el problema jurídico planteado en la demanda. Ahora, si lo que se quiere dar a entender es que por no haber sido reglamentado por el Gobierno debe serlo por el Consejo Directivo del Colegio de Boyacá, entonces tenemos que éste estaría ejerciendo una atribución propia del Gobierno, de conformidad con el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, o por lo menos, si nos atenemos al texto del artículo 4º del Decreto 1812 de 1953, cuya constitucionalidad no es del caso dilucidar en este fallo, estaría tomándose facultades dadas al Ministerio de Educación Nacional. Otro argumento dado por la parte impugnadora para oponerse a la prosperidad de la demanda, es el de que el Colegio de Boyacá es un establecimiento público con carácter docente, y que, por consiguiente, tiene autonomía patrimonial. Se afirma con base en lo anterior que al Colegio de Boyacá no le es aplicable el artículo 1º del citado Decreto 1812 de 1953, porque éste se refiere no a los establecimientos públicos docentes sino a los establecimientos oficiales ordinarios dependientes del Ministerio de Educación Nacional, sin personería jurídica y sin autonomía administrativa y financiera. No comparte la Sala la interpretación anterior dada por la impugnadora al artículo 1º del Decreto comentado, puesto que la expresión "establecimientos oficiales de enseñanza de cualquier tipo que sea", comprende por igual tanto a los establecimientos docentes dependientes del Ministerio de Educación Nacional, de los Departamentos y los Municipios, como los establecimientos docentes que tengan el carácter de establecimientos públicos, como es el caso de la Universidad Nacional, del Colegio de Boyacá y muchos otros. La expresión "establecimientos oficiales de enseñanza" se contrapone a "establecimientos privados de enseñanza". Tal como está redactada la norma del artículo 1º del Decreto 1812 de 1953, que no fija ningún límite de beneficiarios, puede llevar a ciertos establecimientos públicos docentes, por las circunstancias especiales en que se encuentren colocados, como es el caso del Colegio de Boyacá, a situaciones financieras que dificulten una buena prestación de sus servicios, a menos que la Nación, el Departamento o el Municipio a que pertenezcan los dote de suficientes recursos económicos. Para evitar estos problemas, la misma ley que impugna una carga a entidades públicas debe proveer lo necesario para que ellas puedan satisfacerla a cabalidad sin mengua del cumplimiento de todos sus objetivos. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 7 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente 3044. Actor: Rafael Alirio Morales R. Nulidad del artículo 1º del Acuerdo Nº 6 de 1977, expedido por el Consejo Directivo del Colegio de Boyacá). 193

53. EXPROPIACION

Hoy frente al artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, no hay duda de que la sentencia de expropiación no es título de dominio sino apenas parte de él, pues sólo complementado con el "acta de entrega", configura el "Título del Dominio" que unido al modo de "la tradición" o registro, consuma la expropiación, el cambio de

propietario y es esta la oportunidad en que se opera la perención frente a la facultad de pedir la desafectación .... en los términos de los artículos de la Ley 6ª de 1975 y el Decreto Reglamentario 135 de 1976.— Sobre la cuestión a dilucidar en este *litis*, dijo recientemente esta Sala: "Ya, en el fondo, alega el señor apoderado del Incora que la expresión *'antes de que se encuentre ejecutoriada la providencia que decreta la adjudicación'* que en los términos del Decreto 135 de 1976 señala el término preclusivo para pedir la desafectación del predio con base en la explotación por medio de contratos de aparcería de que trata la Ley 6ª de 1975, ha de entenderse referida 'a la providencia que debía registrarse y servía de título de dominio al expropiante; para indicar, la providencia —sentencia— que en actual ordenamiento jurídico de la expropiación, se registra y sirve de título de dominio, esto es la sentencia de expropiación", con la que habría que denegar las peticiones de la demanda por haber sido extemporánea la solicitud de desafectación. "No lo piensa así la Sala. No existiendo en la reglamentación actual del juicio de expropiación, las dos sentencias que existieron en el Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931) hay que atender, dentro del actual procedimiento, que acto o diligencia cumple igual o similar objetivo al que entonces cumplía la "sentencia de adjudicación" en el viejo procedimiento. "La sentencia de adjudicación, como lo dice el señor Fiscal, constituía el título traslaticio de dominio y frente a ella debía cumplirse o consumarse el "modo" de la tradición mediante la inscripción en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, conforme al artículo 854 y siguientes del estatuto."En el actual Código de Procedimiento Civil, conforme al artículo 456, consignado el valor del pago o indemnización, se entregarán los bienes expropiados, mediante *"Acta de Entrega"* que conjuntamente con la sentencia de expropiación sirva *"de título de dominio"* que debe registrarse en la oficina respectiva. "Y mientras esta diligencia de entrega no se haya consumado es oportuna la solicitud de desafectación ante el Incora, por lo que habrá de anularse la resolución acusada y disponerse que dicho Instituto la tramite y decida como oportunamente presentada". (Termina cita de la sentencia de febrero 15 de 1979. Expediente 2274. Actor: Gonzalo Valencia Ríos). El argumento del señor apoderado del Incora sobre la interpretación restrospectiva de las normas sobre el proceso de expropiación actualmente vigentes, tomando como guía el artículo 858 del Código de Procedimiento Civil derogado (Ley 105 de 1931), no sirve a los fines deseados por el distinguido profesional y, por el contrario reafirma las bases de la tesis sentada por esta Corporación. En efecto, conforme al artículo 858 comentado, *"la sentencia de adjudicación"* era el título de dominio que complementado con el modo de "la tradición", cosume a la expropiación con el cambio definitivo de propietario. En cambio, hoy, frente al artículo 456 del Código de Procedimiento Civil, no hay duda de que la sentencia de expropiación no es el título de dominio sino apenas parte de él, pues solo complementado con el "acta de entrega", configura el *"Título del dominio"* que unido al modo de "la tradición" o registro, consuma la expropiación, el cambio de propietario y es esta la oportunidad en que se opera la perención frente a la facultad de pedir la desafectación en los términos de los artículos de la Ley 6ª de 1975 y el De-

Páginas

creto Reglamentario 135 de 1976. Como la razón fundamental de la Resolución Nº 105 de 30 de junio de 1977 es la de que "de lo anterior, y del texto del artículo 1º del Decreto 135 de 1976 transcrito, se deduce claramente que la oportunidad para solicitar la desafectación de las tierras ha precluido habrá de anularse, para que el INCORA entre a tramitar la petición de desafectación, como oportunamente presentada y a decidirla en el fondo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 12 de 1979. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Fabiola Benítez de Pabón y otros. Expediente 2365. Acción de plena jurisdicción de la Resolución 106 de 1977 de la Junta Directiva del Incora). 219

54. EXPROPIACION. INDEMNIZACION.

El Contencioso Administrativo ante un proceso expropiatorio no consumado. La inmovilización de un patrimonio y su limitación así sea para fines específicos de beneficio colectivo, no puede prolongarse indefinidamente, sin que el grave perjuicio sufrido por el particular se vea justamente compensado. Es indudable que tal comportamiento asume características de reprochable abuso de poder, como manifestación dañosa de la actividad pública, pues el propietario ve colacada su propiedad en verdaderas condiciones de anormalidad e inferioridad ya que al no poderse oponer a la expropiación, ni tampoco exigirla, no le queda otro camino que demandar la recuperación indemnizatoria integral a fin de lograr el restablecimiento del equilibrio económico perturbado. Incompetencia de la jurisdicción contenciosa para conocer de controversias sobre el dominio y de procesos de ocupación permanente de la propiedad inmueble. Teoría de la expropiación indirecta. Expropiación regular. Diferencia entre el fenómeno jurídico de la expropiación y el procedimiento para decretarla. La indemnización por los perjuicios causados al expropiado por la falla de la Administración configurada por la mora injustificada para consignar el valor de la indemnización fijada en el juicio de expropiación y que constituye a no dudarlo, abuso del derecho de litigar, inaceptable siempre pero con mayor razón si se predica del Estado, si es materia propia de esta jurisdicción. La devaluación de la suma señalada como indemnización entre la ejecutoria del auto que la fijó y la fecha de su consignación es la que debe reconocerse a título de perjuicio por la falla de la Administración. Interpretación de la demanda. Clasificación de la acción. del contexto de la demanda, se desprende inequívocamente que el actor al censurar el irregular proceder de la Administración, por los hechos y omisiones allí esquimatizadas; reclama la reparación directa en forma de indemnización. Es por lo tanto comprensible que la acción se vea respaldada por el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, pues ésta no se hace depender de un acto producido por la Administración, cuando de un hecho llevado a cabo por la misma. Procedibilidad de la Acción ante la jurisdicción contenciosa. Derechos y obligaciones correlativas para las partes intervinientes en el proceso de expropiación. Tiene el particular demandado que someterse al querer unilateral de la Administración esperando indefinidamente a que se le consigne a su favor el monto de la indemnización para luego proceder a la entrega material y jurídica del bien

Páginas

expropiado? Esta cuestión no ha tenido antecedentes jurisprudenciales que enmarquen una situación similar, pero es lo cierto que si la ley calla y la jurisprudencia no ha creado una doctrina que le de claridad al asunto, no por ello es dable deducir que el perjudicado con la intervención pública pueda quedar sin indemnización cuando la lesividad ha surgido, se ha demostrado el perjuicio y el nexo causal comprobado. Imposibilidad de un proceso de ejecución. La tasación judicial pronunciada en juicios de expropiación no presta mérito ejecutivo. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Fuentes. Criterio jurisprudencial. Consideraciones hechas en base a la sentencia de octubre 28 de 1976 con ponencia del Consejero Jorge Valencia Arango. Expediente 1432.—(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 1979. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2267. Actor: Juan E. Mesa Saldarriaga). 511

F

55. FONDO FINANCIERO AGROPECUARIO

Naturaleza. Sistema de financiación. Títulos de Fomento Agropecuario. Exclusión incondicional de la Caja Agraria y del Banco Ganadero y la condicional del Banco Cafetero como suscriptores de los Títulos de la Clase "A". El Gobierno sólo está autorizado para imponer la obligación de suscribir títulos de la clase "B", a institutos y empresas oficiales o de economía mixta, exclusión hecha de la Caja de Crédito Agrario, del Banco Ganadero y del Banco Cafetero, éste en cuanto satisfaga la obligación prevista en el Parágrafo 11 *del artículo* 5º *de la Ley* 5ª *de* 1973. *Se declaró la nulidad de los artículos* 1º, 2º, *y* 3º *del Decreto* 2644 *de* 1977 *del Gobierno Nacional.*— El Fondo Financiero Agropecuario creado por la Ley 5ª de 1973 es una cuenta especial que maneja el Banco de la República "Para el redescuento de préstamos de fomento agropecuario que otorguen a corto, mediano y largo plazo (artículo 6º), la Caja de Crédito Agrario, el Banco Ganadero, el Banco Cafetero, los Fondos Ganaderos, las Cooperativas de producción agropecuaria, aquellas instituciones financieras que tengan por objeto principal el fomento agropecuario" y por los Bancos comerciales. Una de las principales fuentes de financiación de dicha cuenta son los títulos de fomento agropecuario, creados por la ley y serán de dos clases: "A" y "B". Prescribe el artículo 3º que los bancos comerciales deberán suscribir los primeros y que los segundos deberán ser colocados entre los institutos o empresas oficiales o de economía mixta. En el artículo 5º, al determinar la cuantía de la inversión obligatoria, se precisa qué ha de entenderse por Bancos Comerciales y, al efecto, se expresa que todos los Bancos que operen en el país deberán hacer la inversión. De esta obligación se excluye, sinembargo a la Caja Agraria y al Banco Ganadero, *"en razón de los fines específicos que deben cumplir conforme a su organización y leyes vigentes"* y también al Banco Cafetero si en un plazo de cinco años destina no menos del 50% de sus colocaciones al sector agropecuario y no menos de un 10% adicional a otras actividades de fomento. La pura literalidad de los textos legales pone en evidencia que la finalidad inequívoca del sistema adoptado para financiar el

Fondo Agropecuario es sustraer recursos del crédito ordinario o corriente para canalizarlo hacia el objetivo específico del fomento agropecuario; sólo por razón de esta misma finalidad se explica la exclusión incondicional de la Caja Agraria y del Banco Ganadero y la condicional del Banco Cafetero como suscriptores de los títulos de clase A., pues, si lo que se pretende es fomentar el crédito agropecuario no sería razonable incrementar la capacidad de redescuento a través de la inversión en títulos, con mengua o sacrificio de la capacidad para hacer préstamos directos de fomento agropecuario redescontables por el Fondo. En otras palabras, lo que la ley pretende es obtener la financiación del fondo con dineros que, de otra manera, se dedicarían a formas de crédito distintas del crédito agropecuario, para orientarlo hacia el redescuento de préstamos de fomento a la industria agropecuaria. Ya de la simple lectura del artículo 3º se deduce que, así como únicamente las entidades bancarias están obligadas a suscribir títulos de la Clase "A", igualmente los suscriptores forzosos de la clase "B" sólo pueden ser entidades públicas o de economía mixta que no tengan carácter bancario. De no ser así, podría resultar factible que la obligación que el legislador no quiso imponer a determinados bancos, por las razones ya dichas, pudiera imponerla el Gobierno, a través de la inversión en títulos de la clase "B", no obstante obrar las mismas razones para no hacerlo. Si la ley excluyó a determinados bancos de la inversión en títulos de la clase "A" la misma razón habría para excluirlos de la inversión en títulos de la clase "B", pues, también en este caso el incremento de la capacidad de redescuento se haría en detrimento o con mengua de la capacidad para hacer préstamos directos de fomento agropecuario. Es principio general de derecho que donde obra la misma razón debe aplicarse la misma disposición *("ubieadem ratio ibieadem dispositio")*, pues de lo contrario se rompería la armonía lógica del ordenamiento jurídico. Por consiguiente si el Legislador excluyó a determinadas entidades bancarias de la inversión de títulos de la clase "A", por ser generadoras de crédito agropecuario directo o de préstamos redes contables por el Fondo Agropecuario, ha de entenderse que el Gobierno tampoco está autorizado para obligarlas a suscribir títulos de la clase "B" con el fin de financiar el referido fondo. La interpretación, precedente, que fluye de la literalidad de los propios textos está corroborada por los antecedentes relacionados con la expedición de la Ley 5ª de 1973. Por consiguiente, si la razón para excluir a ciertos bancos oficiales o semioficiales de la suscripción de títulos de la clase "A" fue su carácter o su actividad preponderante, como bancos de fomento agropecuario, la misma razón milita para entender los excluidos de la obligación de invertir en títulos de la clase B. En orden a precisar el alcance de la facultad que se otorga al Gobierno por medio del Parágrafo del artículo 3º de la Ley 5ª de 1973, para determinar periódicamente las entidades oficiales (institutos o empresas oficiales o de economía mixta) que deben suscribir títulos de la clase "B", no se puede hacer caso omiso de los fines que el legislador se propuso al expedir la ley y de los medios que él mismo señaló para alcanzarlos, saber: Financiación de un fondo de redescuento para obligaciones de crédito agropecuario, con dineros que no provinieran de entidades bancarias que por sus fines específicos, según las leyes vigentes o por razón de su propia

Páginas

organización, tengan por objeto el crédito primario para actividades agrícolas y pecuarias. La ley no es letra inerte, pues tiene un contenido vital, con su dialéctica propia, de medios y de fines que enmarcan sus regulaciones y que le sirven al intérprete para fijar su alcance. Si el propio Legislador se propuso canalizar parte del crédito corriente hacia fines agropecuarios y por ello excluyó de la obligación de contribuir a la financiación del Fondo con títulos de la clase "A" a ciertas entidades bancarias de carácter oficial o de economía mixta, dedicados al crédito de fomento agropecuario, no puede suponerse que, a la vez, hubiera facultado al Gobierno para obligarlas a suscribir otra clase de títulos. con idéntica destinación. De esta suerte debe entenderse que el Gobierno sólo está autorizado para imponer la obligación de suscribir títulos de la clase "B", a institutos y empresas oficiales o de economía mixta, exclusión hecha de la Caja de Crédito Agrario, del Banco Ganadero y del Banco Cafetero; a este último, en cuanto satisfaga la obligación prevista en el Parágrafo 11 del artículo 5º de la Ley 5ª de 1973. Por medio de los artículos 1º a 3º del Decreto 2644 de 1977 el Gobierno impuso a los Bancos Ganadero y Cafetero la obligación de suscribir títulos de fomento agropecuario de la clase B por las cauntias que allí se determinan. Al Banco Cafetero no se le obliga a la suscripción por incumplimiento de la condición prevista en la Ley 5ª de 1973, sino a título de empresa de economía mixta. Para la Sala es evidente que tales disposiciones exceden el Marco legal de la atribución gubernamental en cuanto violan los artículos 3º, 5º, 6º y 10º de la Ley 5ª de 1973. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 10 de julio de 1979. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 2831. Demandante: Noel Gaviria Londoño. Acción de nulidad contra el artículo 1º, 2º y 3º del Decreto 2644 de 1978). 47

56. FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS DEL MINISTERIO DEL TRABAJO

Están facultados para ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical, pero tales funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los jueces, aunque si para actuar en esos casos como conciliadores (Decreto 2351 de 1965).— Asi, el artículo 41 del Decreto 2351 de 1965 señala que los funcionarios administrativos están facultados para ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias para impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión y del derecho de libre asociación sindical, teniendo el carácter de autoridades de Policía para este caso y pudiendo imponer multas sucesivas de dos mil a diez mil pesos, según la gravedad de la falta. En el presente asunto se hizo uso de esa facultad por parte de los funcionarios del Ministerio de Trabajo, al verificar que la Empresa Puertos de Colombia violó el artículo 37 de la Convención Colectiva de Trabajo, relativa a la suspensión de un permiso remunerado, razón por la cual se impuso la sanción prevista en el numeral 2º del artículo 41 del Decreto 2351 antes aludido. En este aspecto las

Páginas

Resoluciones acusadas fueron expedidas con sujeción a la norma citada, sin que se hubiere pretermitido ningún precepto legal, sino que, por el contrario, se empleó una atribución dada por la ley. No ocurre lo mismo en la segunda parte de la Resolución 0038 del 7 de noviembre de 1977, proferida por el Jefe de la Sección de Inspección de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, por la cual se conmina a la "Empresa Puertos de Colombia", Terminal Marítimo Fluvial de Barranquilla, para que cancele al trabajador RAFAEL BUENDIA SIERRA las sumas dejadas de percibir por concepto de salario y demás prestaciones, a causa de la suspensión del permiso remunerado, pues con ello se está atribuyendo una decisión que no le corresponde tomar, sino que compete a la justicia del Trabajo, como lo previene el mismo artículo 41 del mencionado Decreto 2351 de 1965, cuando agrega: "..... Dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni definir controversias cuya decisión está atribuida a los Jueces, aunque sí para actuar en esos cargos como conciliadores". Al conminar a la Empresa para que cancelara al mencionado trabajador las sumas dejadas de percibir por concepto de salarios y demás prestaciones, a causa de la suspensión del permiso remunerado, los funcionarios del Ministerio de Trabajo en las Resoluciones citadas, estaban invadiendo una órbita de competencia que no les correspondía, pues con ello declararon un derecho individual y subjetivo, definiendo en esta parte una controversia atribuida expresamente a la jurisdicción laboral ordinaria. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 15 de octubre de 1979. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 3251. Actor: Empresa Puertos de Colombia. Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla). 155

G

57. GERENTES O DIRECTORES DE ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS Y EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ORDEN MUNICIPAL.

Facultad del Alcalde para designarlos. Tienen estos funcionarios el carácter de Agentes del Alcalde. En virtud de ese carácter es incuestionable la facultad del Alcalde Mayor de Bogotá para designar a los Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas del Distrito en virtud de lo preceptuado en el artículo 116 *del Decreto Ley* 3133 *de* 1968. *Ratificación de la Doctrina vigente en esta Corporación.*— La reforma constitucional de 1968 se caracterizó entre otras cosas por una serie de limitaciones a los atributos que antes tenían las Corporaciones Públicas (Congreso, Asambleas y Concejos) en materias atinentes a la organización y funcionamiento de la Administración pública, con un correlativo robustecimiento de la autoridad ejecutiva en esas tres esferas estatales. En el orden nacional prescribió como función del Gobierno la designación de los Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas con el fin de afianzar la categoría de suprema autoridad administrativa que la propia constitución le reconoce, sin perjuicio de la autonomía que la ley le pueda otorgar a tales entidades. Entendió el Constituyente que es

inherente a la descentralización por servicios un cierto grado de tutela gubernamental que le permita a la autoridad administrativa del más alto nivel ejercer una función de coordinación de todos los servicios públicos del orden nacional, sin la cual no se concebiría la Ejecución de una Política Global. Precisamente con el fin de asegurar la eficacia de esa tutela consideró el Constituyente que uno de los medios más adecuados era el de darles a los gerentes o directores de los servicios descentralizados el carácter de agentes del Gobierno y como tales, de su libre nombramiento y remoción (artículo 120 Nº 1º y 5º). En el orden departamental no fue menos explícito el constituyente de 1968. También previó en este orden la existencia de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado que podrían crear las Asambleas por iniciativa del Gobernador (Artículo 187 Nº 6º), pero a la vez dispuso que correspondía al Gobernador "coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales...." A cuyo efecto prescribió que los Directores o Gerentes de los mismos, son agentes del Gobernador (artículo 194 Nº 6º Constitución Nacional). Dentro de la misma línea de pensamiento el Constituyente de 1968 también previó la existencia de las mismas entidades descentralizadas las cuales podrían ser creadas por los Concejos Municipales, pero sólo a iniciativa de los Alcaldes. No obstante se advierte la ausencia de una disposición expresa que confiera a los Directores o Gerentes la calidad de agentes del alcalde y a éste la atribución de designarlos; pero de esa falta de norma expresa no puede extraerse la conclusión de que en la esfera Municipal el régimen básico de los entes descentralizados pueda ser diferente al nacional o al departamental, si por el contrario el criterio que presidió toda la reforma fue el de uniformar, en lo posible los mecanismos de la Administración en sus tres órdenes. La falta de norma específica y expresa se explica por razones diferentes: Ocurre que, al menos a partir del año 86, en la Carta fundamental no se han desarrollado ni especificado las funciones de los Alcaldes Municipales; apenas se ha previsto la existencia del cargo señalándose de manera generalísima dos calidades fundamentales, la de agente del Gobernador y la de Jefe de la Administración Municipal. Qué alcance tiene en la Constitución la calidad de Jefe de la Administración Municipal atribuida al Alcalde? Una interpretación sistemática de la Carta permite establecer que esa Jefatura implica la función de coordinar y armonizar los diferentes servicios que preste el Municipio, tanto los centralizados como los descentralizados. Si en las esferas nacional y departamental no se remite a duda que el Constituyente del 68 quiso ponerle coto a los excesos de una descentralización por servicios que había degenerado en un archipiélago de organismos descentralizados que actuaban como ruedas sueltas, no se entiende que para el orden municipal hubiera tenido un criterio diferente. Al contrario, es preciso entender que esa jefatura en el orden municipal se amplió tanto como en lo nacional y en lo departamental y que el vocablo adquirió, a raíz de esa reforma, dimensiones más amplias y más profundas, acordes con la evolución y la complejidad que había experimentado la Administración Pública en todos los niveles. Por manera, que, si de acuerdo con la reforma el Alcalde Municipal se convirtió en organo de coordianción de todos

los servicios municipales, es preciso entender también que el Constituyente lo dotó implícitamente de los medios adecuados para el ejercicio de esa función y en particular del más importante y eficaz de todos ellos, o sea el de designar como agentes suyos a los Gerentes o Directores de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del orden municipal, en la misma forma como se prescribió en relación con el Gobierno Nacional y los Gobernadores de los Departamentos. Si se examina la cuestión desde otro punto de vista la conclusión es idéntica. No precisa la Constitución qué carácter tengan los Gerentes o Directores de los establecimientos públicos o de las empresas industriales y comerciales del orden municipal y frente a este vacío normativo el principio de la interpretación analógica permite colmarlo mediante la aplicación de preceptos que regulen casos semejantes. Es así que para el orden nacional y departamental tales funcionarios tienen el carácter de agentes del Gobierno Nacional y del Gobernador Departamental, luego han de tener ese mismo carácter en el orden municipal y, por tanto, deben reputarse como agentes del Alcalde. Dado ese carácter de incuestionable la facultad del Alcalde Mayor de Bogotá para designar a los Directores o Gerentes de las entidades descentralizadas del Distrito en virtud de lo preceptuado en el artículo 16 del Decreto Ley 3133 de 1968, conforme al cual le compete a este funcionario "Dirigir la acción administrativa en el Distrito 'nombrar y remover libremente sus agentes...". Por lo demás, el mismo artículo 16 le atribuye expresamente al Alcalde la función de "coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, empresas distritales y comerciales, sociedades de economía mixta y fondos rotatorios del orden Distrital", la misma que la constitución asignó al Presidente de la República y los Gobernadores y que explica la designación por esos altos funcionarios de los Gerentes y Directores respectivos. No sería lógico que, a pesar de la identidad funcional, el Alcalde del Distrito Especial y en general los Alcaldes, carecieran de un medio que la Constitución consideró el más idóneo para el cumplido ejercicio de tal función. Este ha sido el criterio de la Corporación, expuestos en numerosos fallos. En la sentencia proferida el 2 de septiembre de 1975 (Anales Tomo LXXXIX Nºs 447 y 448 página 383). Esta doctrina fue reiterada por sentencia del 1º de junio de 1977. Expediente 2519 y por sentencia de Sala Plena proferida el 6 de septiembre de 1978. El mismo criterio ha sido expresado por la Sala de Consulta de esta Corporación, febrero 11 de 1976, Anales Tomo XC, Primer Semestre 1976 página 21. A la misma conclusión llegó la Corte Suprema en sentencia del 5 de julio de 1975. Si, como queda establecido, el Acto Legislativo de 1968 al darle carta de naturaleza constitucional a la descentralización administrativa por servicios, instituyó así mismo a los Gerentes o Directores de las respectivas entidades como agentes de la máxima autoridad administrativa en los tres órdenes de la Administración Pública, es preciso entender que todas las disposiciones de jerarquía inferior (Leyes, Ordenanzas, Acuerdos, Reglamentos, Estatutos, etc.) que les daban otro carácter y que establecían diferentes sistemas para su designación, dejaron de regir a partir de entonces, porque la Constitución deroga toda normatividad preexistente y que sea contraria a sus ordenamientos. Si, de hecho, se hubieran expedido con posterioridad a la vigencia del acto Legislativo de

Páginas

1968, leyes, ordenanzas, acuerdos, reglamentos o estatutos que contengan disposiciones contrarias a los ordenamientos constitucionales, no podría dárseles ninguna aplicación, según lo preceptúa el artículo 215 de la Carta. En consecuencia tampoco puede tener prosperidad el cargo de violación de las disposiciones pertinentes de los Acuerdos 30 de 1958 (artículo 7º), 75 de 1960, 72 de 1967 (artículo 13), 15 de 1968 (artículo 8), 19 de 1972 (artículos 12 y 16 y 25 de 1972 artículo 3º), pues los primeros están derogados y los últimos no son suceptibles de aplicación. La obligatoriedad de las ordenanzas y de los acuerdos mientras no sean anulados o supendidos por la jurisdicción de lo contencioso Administrativo (artículo 192 de la Constitución Nacional) se impone al Juez siempre y cuando la ordenanza o el acuerdo no sean contrarios a la Constitución, pues en este último caso, le resulta imperioso dar aplicación preferente a ésta (artículo 215). (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de agosto 23 de 1979. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla, Expediente 2965. Actor: Personería de Bogotá). 451

H

58. HUELGA

Pasos para llegar a ella. Requisitos de votación para su legalidad(artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo).— Se demanda en el presente juicio la Resolución Nº 02630 de 28 de julio de 1977 (folios 4 a 8) emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se declaró ilegal la suspensión colectiva de labores realizada por los trabajadores de la Fábrica Textil de los Andes S. A. (FALTELARES). Como antecedentes a tal suspensión, el Sindicato de dicha empresa presentó un pliego de peticiones, el cual después de que se cumplieran las etapas de arreglo directo y de conciliación no se llegó a ningún acuerdo entre patrono y Sindicato. En vista de lo anterior, el 12 de junio de 1977 se reunió la Asamblea General convocada por el mismo Sindicato a la cual asistieron 170 trabajadores. Allí se votó la huelga o el Tribunal de Arbitramento, obteniéndose el siguiente resultado: 157 afiliados por la huelga, 3 por el Tribunal, 1 en blanco y se anularon 6 votos. El 15 de junio de 1977, el Inspector del Trabajo, en diligencia de inspección judicial en las instalaciones de "Fatelares" estableció que el número de trabajadores vinculados por nómina a dicha empresa era de 608 personas, circunstancia que implica que para el 12 de junio del año antes referido, día en que se adoptó por la huelga, el Sindicato no tenía capacidad para decidir sobre ésta o sobre el Tribunal de arbitramento, conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 31 del Decreto 2351 de 1965. Sin embargo, nuevamente en Asamblea celebrada el 2 de junio de 1977, fueron aprobadas setenta (70) nuevas solicitudes de ingreso al Sindicato y demás, se ratificó la declaratoria de huelga. Según da cuenta la motivación del acto acusado, del "acta levantada el día 12 de julio de 1977 por la Inspección del Trabajo, cuya copia anexo, estableció claramente que a la fecha de la Asamblea celebrada el 12 de junio de 1977 el número de sindicalizados era el de 277. Aún en gracia de discusión, si se le diera alguna validez, que no la tiene, a la Asamblea del 3 de julio referida, el número de sindicalizados a

esta fecha no superaría en ningún caso la cifra de 297 socios, es decir, los 227 conocidos a junio 13 de 1977 y los 70 aprobados en la asamblea de julio 3 del mismo año donde se deduce que es falso e inexacto que el 3 de julio de 1977 el Sindicato contará con 346 socios". En los mismos considerandos de la resolución acusada, se afirma que de la lista de personas sindicalizadas levantada el 12 de julio de 1977, aparece una serie de nombres repetidos. Dos son los aspectos centrales por los cuales se trata de encontrar las causas para la anulación del acto enjuiciado cuales son, en primer lugar, si en una segunda oportunidad se puede ratificar una declaratoria de huelga, cuando ya se reunen los votos necesarios para ello y en segundo término si efectivamente los votos requeridos para tomar tal determinación, en el caso de autos, el Sindicato de la Fábrica Textil de los Andes S. A. "FATELARES" los reunía, atendiendo a las perentorias exigencias legales sobre la materia. En eventos en que una vez superadas las etapas de arreglo directo y de conciliación y no se hubiere obtenido un arreglo del conflicto obrero patronal, los trabajadores pueden optar entre la huelga o por solicitar del Ministerio del Trabajo que el diferendo se someta a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio. Para llegar a cualquiera de estas dos conclusiones es necesario que se produzca a favor una votación que comprenda 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. En casos como el que sucedió el día 12 de junio de 1977 en que se tomó como determinación ir a la huelga, cuando realmente no se reunían los votos necesarios para tomar esa determinación, lleva consigo que tal declaración es ilegal al tenero de lo preceptuado en el literal c) del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, pero ello no obsta para que esa deficiencia sea suplida con nuevas afiliaciones o asistencia y votación de trabajadores no sindicalizados, en la cual se obtenga el número requerido en la ley, para darle su valor, pues las normas que regulan este derecho no han consagrado que solamente se tiene una oportunidad para tomar esta clase de determinaciones. Por este aspecto si en la Asamblea celebrada el 3 de julio de 1977, hubiesen sufragado un número acorde de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa, esta segunda votación tendrá plena eficacia jurídica. El segundo aspecto de la demanda, aquel que hace relación al número de votos que se emitieron a favor de la declaratoria de la huelga y que según las autoridades del Ministerio del Trabajo no fueron los suficientes, pues según diligencia de inspección ocular, practicada por las autoridades del Trabajo, se estableció que el número de trabajadores de la empresa era de 608 personas, y para la celebración de la Asamblea de 12 de junio los sindicalizados sumaban 227, más los 70 cuyas solicitudes fueron aprobadas el 3 de julio, totalizaban para esta misma fecha de ratificación de la huelga 297 socios, suma que no corresponde a la mayoría absoluta que sería 305 miembros de la agrupación sindical. La presunción de legalidad de que goza el acto administrativo no fue desvirtuada en el curso del proceso, dada la circunstancia de que el señor mandatario judicial no hizo uso de los medios que la ley le otorga en defensa de sus patrocinados. (Sala de lo Contencioso Administrativo.

Páginas

Sección Segunda. Sentencia de 12 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente número 2137. Resoluciones Ministeriales. Actor: Federación de Trabajadores de Antioquia). 153

I

59. IMPEDIMENTO

Por tener interés intelectual en la actuación (Ordinal 4º, artículo 102 Código Contencioso Administrativo) y por haber dictado el Auto o providencia de cuya revisión se trata (Ordinal 2º artículo 102 Código Contencioso Administrativo).— Sobre el interés intelectual manifestado por el doctor Valencia Arango, la Sala se permite transcribir el auto de fecha 24 de febrero de 1976 proferido por la Sección Primera de esta Corporación con ponencia del señor Consejero Humberto Mora Osejo que dice lo siguiente: "El señor Consejero doctor Alvaro Pérez Vives se declara impedido para conocer del recurso de súplica contra el auto del 26 de noviembre pasado, porque considera que, por haber dictado en asunto similar un auto actualmente suplicado, está comprendido por las causales prescritas por el artículo 102, ordinales 2º y 4º del Código Contencioso Administrativo. "Con el objeto de resolver sobre el impedimento manifestado por el H. Consejero doctor Pérez Vives la Sala considera: "1º) El ordinal 2º del artículo 102 del Código Contencioso Administrativo, que prescribe que constituye causal de impedimento haber dictado el auto o providencia de cuya revisión se trata, o haber contribuido a dictarlos...", se refiere a las personas que, como empleados o asesores de la Administración, expidieron o contribuyeron a dictar el acto que sirve de fundamento a la acción jurisdiccional; por consiguiente, en modo alguno atañe a quienes, como miembros de ésta, conocieron, *no del mismo asunto, sino de uno similar,* como el que menciona el H. Consejero doctor Pérez Vives en su manifestación de impedimento. De lo contrario, sería suficiente causal de impedimento el que un juez o magistrado hubiera conocido de un determinado caso para que no pudiera decidir otro igual o parecido, lo que haría que la mayoría de las decisiones judiciales tendrían que ser proferidas por conjueces, no obstante su definido carácter transitorio, y que los titulares de los cargos jurisdiccionales sólo podrían ejercerlos sobre asuntos que no sean iguales o parecidos a otros que ya hubiera resuelto. "2º El ordinal 4º del artículo 102 del Código Contencioso Administrativo prescribe que es causal de impedimento tener interés en la actuación a tenerlo alguno de los parientes expresados en el inciso anterior"; es decir, los comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Pero el interés a que se refiere el precepto es específico patrimonial o tangible, sobre la base de que la acción tenga por objeto hacer valer una determinada pretensión en relación con un derecho civil o administrativo; por consiguiente, la norma no comprende el mero interés intelectual, como sería el que proviene de un determinado criterio jurídico sustentado en una providencia, porque la ley parte de la base de considerar que el Juez, por su condición de tal, imparcial y autónomo, está en libertad de adoptar, a su juicio, el mejor criterio jurídico, sin que obste para ello que, en

Páginas

caso similar, pero diferente, haya sustentado una determinada interpretación en una nueva oportunidad está en libertad, según su íntimo convencimiento, de prohijarlo o de rehusarla, con todas las consecuencias que de uno u otra actitud se deriven. "De manera que el impedimento no es fundado, y en consecuencia, así debe ser declarado. "Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, declara infundado el impedimento manifestado por el Consejero doctor Alvaro Pérez Vives". De aceptarse el impedimento propuesto por el doctor Valencia Arango habría que concluir que siempre que a un funcionario inferior se le revoque una providencia tendría el derecho de alegar ese impedimento. Esto implicaría un entorpecimiento en los procesos de dos instancias que se daría también en los de única frente al recurso de súplica que para ciertas decisiones interlocutorias son del conocimiento de la Sala de Decisión. Y lo mismo ocurriría con el de reposición porque el autor del auto primitivo podría alegar que no puede reestudiar el asunto por estar ya comprometido con una determinada posición doctrinaria. Y como consecuencia de todo ello en forma permanente las Salas de los Tribunales estarían conformadas siempre por Conjueces e igual cosa sucedería a nivel superior frente a decisiones tomadas en segunda o única instancia. El acatamiento que debe hacer el inferior de la decisión del superior o el Consejero Sustanciador de la decisión tomada por el resto de la Sala se impone por mandato legal y, en el fondo, lo exonera de toda responsabilidad en el caso de que la orden que reciba no se ajuste a la ley. Por las razones anteriormente expuestas la Sala declara que el impedimento propuesto por el señor Consejero Jorge Valencia Arango es infundado. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de Primero de agosto de 1979. Expediente 2605. Actor: María Luzmila Orozco Vda. de Ríos y otros). 838

16. IMPUESTOS

Alcance del artículo 278 del Código Contencioso Administrativo. Lo que se limita por el artículo 278 son las peticiones de hecho, pero puede siempre ampliarse la argumentación de derecho.— "Artículo 278. En esta clase de juicios sólo se estimarán aquelas pruebas que hubieren sido deducidas durante la actuación en la vía administrativa, cuando se hubiere establecido término para este efecto. También serán estimadas aquellas pruebas que, producidas en el juicio, tienen por objeto completar o mejorar las aducidas en la actuación administrativa". Una cosa son los hechos y otra el derecho. Lo que se limita por el artículo 278 son las peticiones de hecho, pero puede siempre ampliarse la argumentación de derecho. Esta interpretación es consistente con lo anotado por el doctor Tascón en su Código Comentado, cuando señala que la Ley 167 de 1941 establece una línea intermedia entre el régimen que subrogó excesivamente amplio y otra antigua ley que cerraba toda oportunidad a nuevas argumentaciones en la etapa jurisdiccional. El artículo 278 no precluye ampliar el marco de las alegaciones del actor en la vía contenciosa más allá de lo sostenido en la vía gubernativa. Si se permite ampliar la prueba, aunque en forma restrictiva, lo que hace relación a cuestiones de

Páginas

hecho, *a fortiori*, es necesario aceptar que se permite ampliar el alegato que hace relación a cuestiones de interpretación legal. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 9 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra Expediente 3808 Actor: Braulio Londoño Vélez. Revisión de Impuestos). 718

61. IMPUESTOS

La no exigibilidad del pago previo o de la caución del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, según el parágrafo del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, sólo es aplicable a los juicios de impuestos sobre la renta, sus complementarios y adicionales.— El artículo 86 del Código Contencioso Administrativo dispone: "Artículo 86. A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según los casos. "..... "Si se trata de demanda de impuestos que se exigen o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, deberá acompañarse el respectivo comprobante de haberse consignado, en calidad de depósito, la suma correspondiente en la oficina recaudadora. Terminado el juicio respectivo, la cantidad deducida en la sentencia a cargo del contribuyente o deudor, ingresará definitivamente a los fondos del tesoro y se devolverá al interesado el saldo que resulte, si lo hubiere. "El comprobante de depósito de que se trata se refiere a los casos en que leyes especiales exijan la consignación previa de la suma liquidada o debida. En los demás, bastará que se otorgue caución a satisfacción del magistrado sustanciador para garantizar el pago respectivo con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto". Según los comprobantes que obran en el informativo la demandante no cumplió en sus libelos con el requisito de comprobación del pago previo de los impuestos definitivamente liquidados o, en su defecto del otorgamiento de caución para garantizar su pago, pues, en cuanto hace al bimestre mayo-junio de 1967 sólo aparece fotocopia autenticada (folio 80, cuaderno Nº 2) del recibo oficial número A-064869 de 31 de julio de 1967, por la cantidad de $ 847.278.62 valor del gravamen determinado en la liquidación privada. Y en cuanto al bimestre julio-agosto de 1967, únicamente el recibo oficial número A-160718 de 30 de septiembre del mismo año (folio 55, cuaderno número 3), por la cantidad de $ 732.552.25 valor del gravamen igualmente determinado en la respectiva liquidación privada. Como bien pudiera pensarse que el requisito del pago previo o de la caución de que habla el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, no son exigibles en el caso *sub judice* por virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, apreciación que posiblemente fue la del señor apoderado de la sociedad actora, la Sala aclara que tal disposición sólo es aplicable a los juicios de impuestos referentes al de la renta, sus complementarios y adicionales, por razón de hacer referencia tal parágrafo únicamente a este tipo de gravamen, como se desprende sin lugar a dudas, del siguiente recuento de las normas dictadas sobre el particular, todas ellas concernientes exclusivamente al gravamen sobre la renta. Hasta la expedición del Decreto 270 de 1953 (febrero 6) y por virtud de lo

dispuesto en el artículo 14 de la Ley 81 de 1921 y posteriormente del artículo 11 del Decreto 554 de 1942, época en la cual aún no existía el impuesto sobre las ventas, para recurrir ante los funcionarios administrativos contra las liquidaciones del impuesto sobre la renta era requisito indispensable el pago total del impuesto liquidado por los funcionarios oficiales. En efecto. El artículo 14 de la Ley 81 de 1931 decía en lo pertinente: Artículo 14. Durante el mes de octubre de cada año cualquier contribuyente que crea que es injusto el impuesto que se le ha asignado de acuerdo con esta ley, por el Administrador de Hacienda Nacional, podrá reclamar ante el Director General de Rentas Nacionales, presentando las razones de su reclamación; pero el Director General no considerará ninguna reclamación sin que se le presente el comprobante de estar pagado ya el impuesto sobre el cual se reclama...". Y a su vez, el artículo 11 del Decreto 554 de 1942: "Artículo 11. ....La reclamación es admisible y será debidamente sustanciada si reúne los dos requisitos de oportunidad y pago previo del gravamen; en caso contrario, esto es, si no se ha cumplido uno u otro requisito, la reclamación será desechada por la Jefatura sin que quede contra la liquidación recurso alguno....". Este requisito igualmente era exigible para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, pues el artículo 13 del mismo estatuto preceptuaba: "Artículo 13. De conformidad con el inciso 6º del artículo 86 de la Ley 167 de 1941, para recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa en demanda de impuestos, es necesaria la consignación previa de la suma respectiva en la Administración o Recaudación de Hacienda Nacional correspondiente". En el Decreto 270 de 6 de febrero de 1953, en que por primera vez se impuso a los contribuyentes del impuesto sobre la renta la obligación de presentar liquidación privada, se dijo en su artículo 27: "Artículo 27. Cuando los impuestos de renta, complementarios y adicionales liquidados sean superiores a los que surjan espontáneamente de las declaraciones de renta y patrimonio, tal como hayan sido presentadas, los contribuyentes podrán reclamar ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de las liquidaciones respectivas, con sólo el pago previo de los gravámenes que correspondan a sus declaraciones sin ninguna modificación. "..... "Este artículo regirá para las reclamaciones relativas a impuestos correspondientes al año gravable de 1953 y siguientes. Para los de años anteriores deberá pagarse la totalidad de los impuestos discutidos, a los fijados en las liquidaciones provisionales autorizadas por el artículo 6º de la Ley 23 de 1949". El artículo 6º de la Ley 23, que sólo se refería a un caso de excepción, decía así: "Artículo 6º En los casos en que la liquidación de la renta, patrimonio y exceso de utilidades, resulte un gravamen superior al doble del que ha debido deducirse de la declaración juramentada del contribuyente, éste tendrá derecho a reclamar ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de la liquidación respectiva, con sólo el pago previo del impuesto no discutido, es decir, el correspondiente a su declaración, tasado de conformidad con las tarifas vigentes". "..... ..... "Quedan en estos términos modificados los artículos 14 de la Ley 81 de 1931 y 11 del Decreto Extraordinario número 554 de 1942". Esta norma fue reproducida en el fondo y más o menos en los mismos términos, en el artículo 1º del Decreto

Reglamentario 461 de 1950, en el que además se refrendó el requisito de la consignación previa del monto total del impuesto para recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa. Posteriormente se expidió el Decreto 2317 de 8 de septiembre de 1953 en el que se dispuso: "Artículo 6º. Para reclamar ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales contra los impuestos definitivamente liquidados, deberá acreditarse únicamente el pago de los impuestos correspondientes a la liquidación privada del contribuyente, y la reclamación deberá interponerse dentro del mismo término fijado para pagar la diferencia entre la liquidación privada y la definitiva". Poco tiempo después se señaló en los artículos 7º y 23 del Decreto 341 de 1957: "Artículo 7º. Contra las liquidaciones del impuesto de renta y complementarios que practiquen las Administraciones o Recaudaciones de Hacienda Nacional, proceden los siguientes recursos: El de reposición ante la misma oficina que haya practicado la liquidación... "El recurso de reposición podrá interponerse dentro del mismo término legal que exista para pagar el impuesto, o la diferencia entre la liquidación oficial y la privada, y para su interposición deberá pagarse previamente el impuesto reclamado o el correspondiente a la liquidación privada o informal que se practique con base en las cifras de la declaración del contribuyente, sin ninguna modificación. "..... "Artículo 23. Concédese un término extraordinario de tres meses a partir de la vigencia de este Decreto, para interponer ante los Tribunales Administrativos demandas de revisión de los impuestos de renta, complementarios y especiales que se hayan establecido o confirmado en providencias de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales dictadas durante los años de 1954, 1955, 1956 y hasta el 10 de mayo de 1957.... "En los casos previstos en este artículo las demandas podrán interponerse con el pago previo de los impuestos que figuran en las declaraciones privadas o informales que hayan practicado o practiquen los contribuyentes o las Oficinas de Hacienda con base en los datos de las declaraciones sin ninguna modificación, pero deberá prestarse caución satisfactoria, a juicio del respectivo Tribunal, para responder por el pago de los impuestos que se determinen en el respectivo juicio contencioso administrativo y que no hayan quedado cubiertos con las liquidaciones privadas, lo cuales deberán pagarse con el recargo de los intereses ordinarios de mora. "..... A las normas anteriores deben agregarse los artículos 11 y 12 relacionados con el pago previo en casos especiales de recursos contra dobles o indebidas imposiciones y corrección de errores aritméticos. Más tarde y por lo que hace al pago previo para acudir en demanda ante lo contencioso administrativo, en el parágrafo del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, se dijo: "Parágrafo. Para interponer el recurso legal ante el Contencioso Administrativo, no será necesario hacer la consignación del impuesto que hubiere liquidado la Administración. Pero la sanción por mora del dos y medios por ciento (2½%) mensual se hará efectiva desde el momento de interponer dicho recurso sobre las sumas impugnadas que resultaren a cargo del contribuyente según el fallo definitivo". Este artículo 9º, que en su inciso primero redujo a dos años los términos fijados 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", no puede

Páginas

ser aplicable a las referentes al impuesto sobre las ventas, porque el artículo 36 por ella modificado sólo se refería a los recursos "de que trata el Decreto 1651 de 1961", que de acuerdo con el artículo 31 *ibídem* eran únicamente los interpuestos contra "las liquidaciones del impuesto sobre la renta, sus complementarios, recargos, sanciones e impuestos especiales que se liquidan con base en la declaración de renta y patrimonio....". Finalmente, en el Decreto 2821 de 1974 del estado de emergencia económica, en que se unificaron los procedimientos de los recursos contra liquidaciones del impuesto sobre la renta y sobre las ventas, artículo 19 a 29, nada se dijo en cuanto a los correspondientes a la jurisdicción contencioso administrativa. Ahora bien: como por otra parte es igualmente evidente que en el impuesto sobre las ventas no existía hasta la presentación de las respectivas demandas, 25 de junio de 1975, disposición especial que exigiera la consignación previa de la suma liquidada o debida para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, quedó en pie, para el impuesto sobre las ventas, la obligación de prestar caución para garantizar el respectivo pago, requisito cuyo cumplimiento fue pretermitido por la sociedad actora. La anterior deficiencia de la demanda, que en estricto rigor procesal ha debido aniquilar la acción desde su iniciación mediante pronunciamiento de auto denegatorio de su admisión en los términos y con las consecuencias del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, lleva necesariamente a la Sala a revocar la providencia consultada. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 13 de septiembre de 1979. Expediente 6161. Actor: Cartón de Colombia S. A. Consejero Ponente Doctor: Alfonso Angel de la Torre. Revisión de Impuestos). 790

62. IMPUESTOS

Principio de legalidad de los impuestos. Momentos de tiempo correspondientes al acaecimiento del hecho imponible y la vigencia de la nueva ley. Aplicación de la ley tributaria en el tiempo (derecho sustancial tributario y procedimiento tributario).— El principio de legalidad de los impuestos, incorporado vigorosamente en nuestro ordenamiento constitucional, implica que la ley fiscal debe ser preexistente al hecho imponible, esto es, al hecho generador de la obligación tributaria, lo que al sentir de Dino Jarach, es su causa. La ley de impuestos, como toda ley, es irretroactiva y sólo se aplica al futuro sobre hechos que se verifican dentro de su vigencia. Cabe anotar que la obligación tributaria, como toda obligación en derecho, tiene cuatro elementos constitutivos sujetos (activo y pasivo), objeto y causa. Cuando se trata de determinar la aplicación de la ley tributaria en el tiempo debe mirarse el momento de *causación* de la obligación como punto determinante de la misma. Si el "hecho generador" se ha verificado antes o después de la ley que se promulga será factor de aplicabilidad o inaplicabilidad de la nueva ley a cada situación jurídica concreta: es decir, la aplicación de la ley tributaria tiene como punto de referencia el momento en que tiene lugar la causa de la obligación tributaria, esto es, cuando acontece lo que suele llamarse el *hecho generador* de la obligación o *hecho imponible*. Así, si la ley entra a regir una vez ha ocurrido el hecho imponible plenamente, no puede la nueva ley afectar esa

situación ya causada totalmente. En tal caso la nueva ley entra a regir a partir de los hechos imponibles futuros sin que pueda referirse a hechos imponibles pretéritos. En relación con los momentos de tiempo correspondientes al acaecimiento del hecho imponible y la vigencia de la nueva ley conviene distinguir tres posibles situaciones: 1) Cuando el hecho imponible es de aquellos que se verifican dentro de un período de tiempo y la ley entra a regir antes de finalizar ese período, se aplica a esa situación la nueva ley cubriendo inclusive situaciones de hecho preteritas. La ley sustancial tributaria que se promulga durante el transcurso de un período fiscal se aplica a los hechos gravables verificados durante todo el período. Es decir, "el factor tiempo no se entiende en materia tributaria de la misma manera que en las leyes de otra categoría o materia, reguladoras de derechos y obligaciones sustanciales, ante todo las relacionadas con impuestos de período. En estos casos comprende la vigencia de una ley los hechos ocurridos a partir de su expedición o promulgación y los hechos verificados durante el lapso anterior hasta el comienzo del período fiscal. No puede fraccionarse la aplicación de la ley tributaria dentro de este.... . Visto de otro modo, "puede ocurrir que a pesar de verificarse el hecho imponible según la ley vigente en ese momento, esta no puede aplicarse si no es la vigente al finalizar el período fiscal" (Ramírez Cardona: Derecho Sustancial Tributario). Usando este criterio en materia de impuesto de renta y complementarios en Colombia, podría decirse que si una nueva ley entrase a regir a partir del mes de julio de 1980, por ejemplo, en tal caso cubre todo el año gravable en curso, (esto es, todo el año de 1980), a menos que en forma expresa la nueva ley diga que no cubre dicho período. En tal situación la ley tributaria no es retroactiva por cuanto el hecho imponible no se ha cumplido totalmente, pero tiene un cierto grado de retrospectividad, porque cubre situaciones que están acaeciendo desde un tiempo atrás a aquél en que empezó a regir. 2) Si el hecho imponible ocurre de manera instantánea, la nueva ley no entra a tocar los que ya han ocurrido. En tal caso la nueva ley tiene efectos estrictamente futuros. Es el caso de impuesto de timbre. Una nueva ley que cambie las tasas del impuesto de timbre se aplica a todas las operaciones que ocurren con posterioridad a su vigencia pero no las que ya tuvieron su causación jurídica. 3) Finalmente, en el derecho tributario, por analogía con el derecho penal y sólo por *manifestación expresa de la ley*, se puede aplicar una nueva ley en lo permisivo favorable a situaciones jurídicas anteriores, aun cuando los hechos imponibles ya estén totalmente cumplidos. A este respecto anota el doctor Ramírez Cardona, que la ley permisiva o favorable es la única que puede aplicarse con retroactividad en materia tributaria. Estas situaciones se refieren a cuestiones de derecho sustancial tributario, esto es, a la determinación del gravamen; otra cosa es lo relativo al procedimiento tributario. En ese caso, la regla de aplicar es el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que claramente anota que las leyes que regulan las formalidades tienen aplicación inmediata. No obstante, hay que entender claramente que las leyes de procedimiento en materia tributaria hacen referencia, bien a las formalidades puramente externas o bien a las cuestiones relativas a los recursos por la vía gubernativa y al juicio de impuestos. Cuál de estos criterios se aplica al caso *sub judice*?

Páginas

Como bien lo anota el recurrente en su interesante memorial de apelación, el caso de la referencia no es un caso en el cual se estén dando cuestiones puramente procedimentales. No se trata de ritualidades sino de requisitos para la aceptación de una deducción. Es por tanto materia relativa a la sustancia misma del gravamen. No puede llamarse procesal. Porque cuando la ley establece requisitos para efectos de aceptar una deducción, está haciendo referencia a una cuestión de fondo, aun cuando en apariencia estos requisitos sean puramente formales. Tanto es esto así, que los estatutos tributarios se han clasificado siempre en dos ordenamientos diferentes: unos que contienen los elementos determinantes de la obligación tributaria y describen la naturaleza del hecho imponible, esto es, los que precisamente hacen parte de la ley sustancial, y otros que se refieren a los recursos, a los procedimientos gubernativos y contenciosos y a las ritualidades. Por lo tanto, en el caso *sub judice*, no queda duda que lo determinado por los Decretos 884 de 1971 y 163 de 1972 tienen referencia específicas a normas sustanciales. Qué más sustancial que la aceptación de una deducción que hace parte de la base gravable?. La ley impositiva cuando determina condiciones y requisitos aún formales para la aceptación de deducciones, no está simplemente determinando cuestiones de ritualidad, sino que penetra al fondo de la causa misma del tributo. Por ello no puede aplicarse en el caso de estudio la ley posterior. Es necesario aplicar la ley que entró en vigencia el mismo año o período gravable, es decir, el Decreto 884 de 1971, que reguló los requisitos de forma y fondo para la aceptación de la reserva de las pensiones de jubilación. Es insólito aplicarle a este contribuyente una legislación que entró a regir en 1972 y que por tanto no le obligaba. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de 30 de Agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 4413. Actor: General Electric de Colombia S. A. Revisión de impuestos.). 735

63. IMPUESTOS

Se suspendió provisionalmente el Concepto Nº 018 de abril 28 de 1978, proferido por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, en el fragmento que dice: "en el año anterior al de enajenación y en la parte final que expresa: "En cambio si las mejoras se efectúan en el mismo período en que se vende el bien, para que éstas jueguen como costo deben ser probadas por cualquiera de los medios conducentes para el efecto, no basta la relación antes anotada. Las pruebas pueden ser entre otras: a) Copia del presupuesto o licencia de construcción, aprobado por el Plan Regulador del Distrito o de la Oficina competente en cada Municipio; b) Copia auténtica del contrato celebrado con el profesional encargado de la ejecución de la obra; c) Copia de la factura de compra de materiales, cuando se construya directamente; d) Recibos expedidos por las personas beneficiadas con los pagos, etc.— La Ley 54 de 1977, comunmente llamada en su época "ley de alivio tributario" por cuanto el legislador quiso con ella reducir las cargas tributarias determinó una opción para beneficio del contribuyente cuando le permitió tomar como costo de adquisición de los bienes raíces que

Páginas

constituyan activos fijos cualquiera de los siguientes valores: a) El avalúo catastral vigente a 31 de diciembre de 1976 si éste fuere reajustado hasta esa fecha o el de adquisición más las adiciones, mejoras y contribuciones por valorización. b) El costo reajustado en 31 de diciembre de 1977; c) El avalúo catastral vigente en esta fecha; d) La propia estimación del inmueble. Con esta regla y, exclusivamente para los valores declarados en el año gravable de 1977, se hizo excepción a la regla del artículo 26 del Decreto 2053 de 1974 según el cual el costo de los bienes inmuebles "....está constituido por el precio de adquisición más el costo de las construcciones y mejoras que se demuestre en las declaraciones de renta y patrimonio o en las liquidaciones del impuesto o el que se acredite con otras pruebas, el costo de las reparaciones locativas no deducidas y las contribuciones de valorización del inmueble o inmuebles de que se trate". Se dio libertad ese año al contribuyente de usar varias opciones con el fin de asegurarle el tratamiento que le resultare más favorable según su criterio. *Esta y únicamente esta es la excepción al régimen del artículo* 26 *del Decreto* 2053 *de* 1974. No se le ha dado tratamiento especial en la ley, por vía general, a las mejoras realizadas durante *el año de enajenación.* Donde la ley no distingue no puede el intérprete entrar a distinguir pues ello implica desatender el tenor literal de una disposición clara. Es más, el reglamento de la Ley 54 de 1977 (Decreto 250 de 1978) establece que el costo de un inmueble que constituya activo fijo se determina utilizando, entre otras, una de las siguientes opciones: 1. Reajustando el valor del inmueble declarado en 1976 en un 14% y añadiéndole el valor de las adiciones, *mejoras,* reparaciones locativas no deducibles y contribuciones de valorización. 2. El avalúo catastral vigente... más el valor de las adiciones *mejoras* y contribuciones por valorización a 31 de diciembre de 1977....". Y añadió el artículo 5º del mismo decreto que para efectos de dar aplicación a estas opciones bastaba indicar en su declaración de renta los datos allí relacionados, sin distinguir si las mejoras se cumplen en un año o se realizan en el año de su enajenación. No existe norma especial en todo el contexto de la ley tributaria que dé tratamiento distinto a una mejora cuando se hace el año de enajenación o cuando se realiza con anterioridad. Es de entender la acuciosidad del funcionario de la Dirección General de Impuestos Nacionales cuando exige que si las mejoras se realizan *el año de la enajenación del inmueble* deben probarse con medios especiales. En su ánimo de prevenir la evasión de los impuestos complementarios de ganancias ocasionales, pensó exigir requisitos adicionales al contribuyente que realiza mejoras el año de la enajenación de los activos inmovilizados. Pero en esta acuciosidad, explicable más no justificada, violó clara y ostensiblemente la ley tributaria como se desprende de la simple observación de los textos legales. Existen, sin duda, mecanismos de auditoría e investigación tributaria, dirigidos a vigilar la veracidad de las declaraciones de renta. A ellos debe acudir la administración para controlar la evasión. No puede exagerarse su deseo de protección a los recursos fiscales al punto de desconocer, por vía general, normas jurídicas superiores. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 23 de julio de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 6110). 397

Páginas

63. IMPUESTOS. RECURSO DE RECONSIDERACION PARA ANTE LAS LIQUIDACIONES QUE FIJAN EL IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS.

(Ley 52 de 1977). Requisitos para interponerlo. Como se subsanan las omisiones. Notificación. Cambio de legislación.— La sociedad "Lineas Pereiranas S. A." acudió ante el Tribunal Administrativo de Risaralda en juicio de revisión contra la operación administrativa que le fijó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1975. Esta operación se compone de los siguientes actos administrativos: liquidación de revisión 000154 de 2 de marzo de 1978 y Resoluciones números 005 de 28 de julio de 1978 y 00032 de diciembre 15 del mismo año. La referencia a las fechas de los actos administrativos impugnados tiene especial importancia por cuanto ellos se produjeron todos en vigencia de la Ley 52 de 1977 y le dan oportunidad a la justicia contencioso administrativa de observar algunas modificaciones de importancia que esta norma introdujo al procedimiento gubernativo en materia de impuestos. En efecto, los autos 005 de 28 de julio de 1978 y 00032 de diciembre 15 del mismo año citan el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 y niegan entrar a estudiar el fondo del negocio por cuanto: "del estudio del expediente se concluye que el contribuyente de autos no cumplió con el requisito previsto en el numeral segundo (del artículo 24 del Decreto 2821 de 1974) puesto que en realidad no reclama contra todos los factores contenidos en la revisión, ya que no menciona nada respecto de lo rechazado por impuesto de renta del año gravable de 1974, pagado en 1975 y solicitado como deducción". Es de anotar que la Ley 52 de 1977 modificó sustancialmente el procedimiento gubernativo en esta materia. Puede decirse incluso que derogó el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, eliminando la llamada liquidación para reclamar. El Decreto 2821 de 1974 exigia como presupuesto procesal: "Artículo 24. El recurso deberá cumplir las siguientes condiciones:.... "2. Que se presente una liquidación privada en la cual se incluyan los factores no discutidos de la oficial, junto con la prueba del pago correspondiente. Esta nueva liquidación en ningún caso podrá ser inferior a la presentada con la declaración, teniendo en cuenta sus adiciones y correcciones. Si todos los factores estuvieren impugnados, bastará en este caso acreditar el pago de la liquidación privada anexa a la declaración". Mientras que la Ley 52 de 1977 se limita a decir: "Artículo 54. El recurso de reconsideración deberá cumplir los siguientes requisitos: "a. Que se formule por escrito con expresión concreta de los motivos de inconformidad; "b. Que se acredite el pago de la liquidación privada; "c. Que se interponga dentro de la oportunidad legal; "d. Que se interponga directamente por el contribuyente o se acredite la personería si quien no interpone actúa como apoderado o representante, si el recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar su condición de abogado, economista o contador público y ofrecer prestar caución para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación, dentro del término de tres (3) meses". De otro lado la Ley 52 medificó el sistema de trámite de recursos interpuestos con omisión de los requisitos anotados cuando dijo lo siguiente: "Artículo 55. Si el contribuyente presenta todos los documentos que permitan establecer el cumplimien-

to de los requisitos señalados en el artículo anterior, el funcionario de la Oficina de Recursos que reciba el memorial, le expedirá constancia que así lo declare. "En caso contrario, le señalará un plazo no menor de 10, ni mayor de 60 días, para que cumpla los requisitos omitidos. Vencido éste sin que se hayan subsanado las omisiones, se dictará auto de inadmisión del recurso contra el cual procede reposición que deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación y se resolverá por un funcionario distinto. Mediante este recurso no podrán cumplirse los requisitos omitidos y el auto que confirme el anterior, agota la vía gubernativa. "Si no se dictare auto que confirme la inadmisibilidad del recurso, dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del plazo para subsanar las omisiones, se entenderá que éste ha sido legalmente interpuesto. "El término para fallar el recurso se contará a partir de la fecha en que se reunan las condiciones para considerarlo legalmente interpuesto". Estos términos no se cumplieron pues la administración aplicó totalmente el procedimiento establecido en el Decreto 2821 de 1974 que había sido subrogado en su integridad. Como el recurso mal denominado por el contribuyente como recurso de reposición, se interpuso cuando ya estaba en vigencia la Ley 52 de 1977 (pues fue presentado ante la Administración de Impuestos Nacionales de Pereira el 16 de junio de 1978) debió aplicarse para su trámite el artículo 55 de la Ley 52 de 1977 y no el sistema del Decreto 2821 de 1974 que como es claro quedó subrogado en lo pertinente. Pero más aún, si el recurso se rechazó por auto lo hizo indebidamente por cuanto su motivación contraría el texto transcrito del numeral 2º del artículo 54 de la Ley 52 de 1977. Puede por tanto decirse que los autos en mención son contrarios a la ley referida y deben anularse. De otro lado el actor alega que la liquidación de revisión número 000154 es nula por cuanto no se surtió con ella la notificación debida, ya que no se hizo la publicación requerida por la Ley 52 de 1977, la cual expresa en su artículo 66 que la notificación se hace en estos casos de dos maneras: personalmente o por correo y agrega que cuando la notificación es por correo, "debe la Administración de Impuestos incluir en un periódico de circulación nacional, la lista de las personas a las cuales se ha enviado la notificación". La notificación de la liquidación de revisión se hizo por correo como se desprende del sello que tiene la copia de esta liquidación, tal como se observa en el cuaderno principal. No obstante, el Tribunal consideró que como no aparecen los ejemplares de los periodicos en la administración es de presumirse que la notificación no se hizo en debida forma, y aplicando el artículo 57 de la misma Ley 52 de 1977 (ordinal 3º) declaró la nulidad de la liquidación. No puede negarse que el Tribunal de Riralda actuó cuidadosamente y trató de acertar en su interpretación de la Ley 52 de 1977 pues siendo un caso novedoso debía actuar sin base jurisprudencial. No obstante, la Sala discrepa del *a quo* con base en los siguientes argumentos. 1) Cuál es el alcance de la publicación establecida por el artículo 66 de la Ley 52 de 1977? Puede decirse que es parte integrante de la notificación? o es tan sólo una formalidad que debe cumplir la administración para hacer pública la notificación hecha al contribuyente? Es claro que esta última interpretación es más correcta. El texto de la norma así lo

da a entender: se habla que la notificación es personalmente o por correo y cuando es por correo la administración *debe* publicar las listas, más si por omisión alvida incluír un nombre no quiere esto decir que la notificación no se produzca pues ésta es *por correo* y su publicación es una garantía al ciudadano más no una condición intrínseca del acto de notificación. La falta de administración sería motivo de sanción por el incumplimiento de sus obligaciones o puede aún ser causa de indemnización por perjuicios, más no genera nulidad del acto de liquidación. El tenor literal del artículo 68 de la Ley 52 de 1977 confirma esta interpretación cuando dice: "La notificación por correo se practica mediante envío de una copia del acto o la dirección informada por el contribuyente, considerándose por fecha de la notificación, la de introducción del oficio respectivo al correo". De modo que: la notificación se practica por introducción del oficio al correo, y la fecha es la de introducción al correo del oficio respectivo. Ciertamente, la ley exige que la administración incluya en un periódico de circulación nacional las listas de las personas a las cuales se ha enviado notificación, pero este requisito de *publicación* ni es parte de la notificación ni es esencial para la validez del acto de notificación. 2) Aún extremando el rigor formal de la ley debe decirse que la prueba de la omisión de la publicación anotada corresponde al contribuyente y no basta que no exista copia de ella en los antecedentes administrativos para suponer su inexistencia sino que es menester dejar la carga de la prueba al interesado. No es un hecho negativo indefinido por cuanto es de presumir que tiene lugar un lunes posterior a la introducción al correo del acto de notificación y que debe tener lugar antes de los dos meses que da la ley al contribuyente para recurrir. Paradójicamente es más fácil para un contribuyente comprobar que no fue incluido en las listas sucesivas de ocho semanas, que para la administración incorporar en los antecendentes administrativos de todos los contribuyentes copia de los periódicos donde se han publicado las listas a que se refiere la Ley 52 de 1977. Aceptar lo contrario, como hizo el Tribunal de Risaralda, equivaldría a exigirle una carga administrativa excesiva a las oficinas de impuestos. De otro lado, en el caso *sub lite* se observa que el contribuyente interpuso recurso de reposición dentro de los cuatro meses siguientes al acto de liquidación. No obstante, la Ley 52 de 1977 ha cambiado el trámite gubernativo no sólo eliminando el recurso de reposición que tenía el Decreto 2821 de 1974 sino también en cuanto al período que tiene el contribuyente para interponer su petición. En efecto dice la ley lo siguiente: "Artículo 53. Contra las liquidaciones de revisión o de aforo de tributos de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, procede el recurso de reconsideración, el cual deberá interponerse ante la oficina de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales que los hubiere practicado, dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de las mismas". El contribuyente, en este caso, interpuso recurso cuando ya habían vencido los dos meses que le da la ley para recurrir. Además ya estaba en vigencia la nueva ley, y por tanto puede decirse que no agotó debidamente la vía gubernativa. En efecto, al folio 7 del cuaderno principal aparece que la notificación de la liquidación de revisión se produjo con fecha 2 de marzo de 1978 y al folio 17 vuelto del cuaderno administrativo

Páginas

aparece que el recurso se interpuso con fecha 28 de junio de 1978. (Sala de lo Contencioso Administrtaivo. Sección Cuarta. Sentencia de noviembre 15 de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Radicación 6510. Consulta de la sentencia del Tribunal de Risaralda sobre impuestos de renta por el año de 1975. Demandante: Líneas Pereiranas S. A.). 810

64. IMPUESTOS. RECURSO DE REPOSICION CONTRA LA LIQUIDACION DE REVISION DEL AUTO QUE NIEGA PRONUNCIAMIENTO DE FONDO POR FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES. FINALIDAD.

Si se ha creado la reposición contra el auto que niega pronunciamiento de fondo por falta de cumplimiento de los presupuestos procesales, esta reposición no debe interpretarse en el sentido restringido de ser tan sólo una oportunidad para que la administración revise su propia actuación. Ella se ha creado también para que el contribuyente mejore la forma de su recurso y corrija fallos que tuvo en su presentación.— El contribuyente interpuso el recurso de reposición sin acompañar los recibos de pago de la liquidación privada, lo cual implica sin duda equivocación de su parte. En tal oportunidad, la administración al negar estudio de fondo anotó: "del estudio del expediente se concluye que el contribuyente de autos no cumplió el requisito previsto en el numeral 2º de la norma comentada (artículo 24 del Decreto 2821 de 1974), toda vez que el memorial de reposición no acompañaba los recibos con los cuales demuestra la cancelación de los impuestos determinados en su liquidación privada en la suma de $ 1.529.00. El contribuyente anexó los recibos atrás mencionados en su memorial de apelación a este auto y la administración se lo desechó sobre el argumento de que el recurso se ha instituido para que el funcionario que dictó la providencia corrija o rectifique los errores que haya cometido en ella y no como una nueva oportunidad para que el actor pueda traer y hacer valer pruebas que debieron aportarse con el escrito de reposición inicial". La Sala discrepa de esta interpretación que limita la aplicación de un recurso gubernativo a una formalidad inoperante. Entiende por el contrario la Sala que si se ha creado la reposición contra el auto que niega pronunciamiento de fondo por falta de cumplimiento de los presupuestos procesales, esta reposición no debe interpretarse en el sentido restringido de ser tan solo una oportunidad para que la administración revise su propia actuación. Ella se ha creado también para que el contribuyente mejore las formas de su recurso y corrija fallas que tuvo en su presentación. Esta interpretación se ratifica con tres argumentos: a) los recursos por la vía gubernativa pueden ejercerse por el mismo contribuyente sin necesidad de apoderado. Por tanto, no están sujetos a formalismos excesivos sino a un espíritu de equidad tributaria y simplicidad administrativa; b) existe la norma de la Ley 52 de 1977 que dice: "Artículo 31. Los funcionarios públicos, con atribuciones y deberes que cumplir en relación con la liquidación y recaudo de los impuestos nacionales, deberán tener siempre por norma en el ejercicio de sus actividades que son servidores públicos, que la aplicación recta de las leyes deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y que

Páginas

el Estado no aspira a que el contribuyente se le exija de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a los cargos públicos de la Nación". Por tanto, frente a dos interpretaciones alternativas de igual valor a la luz de la hermenéutica jurídica debe preferirse aquélla que favorece al contribuyente y c) Finalmente, los romanos tenían el viejo lema: *Summun ius summa* injuria refiriéndose a situaciones de excesivo rigorismo en las formas no pretorianas de aplicación del derecho. Analogía similar ocurriría en el caso *sub judice* si a un contribuyente, claramente sobregravado por una equivocación de la administración se le negara su derecho de defensa cuando es claro que canceló oportunamente los impuestos de su liquidación privada. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 8 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Radicación 6483. Consulta de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuestos de renta por el año de 1972. Demandante: Roberto Moreno Vargas). 806

65. IMPUESTOS

Revisión de la operación administrativa que fija el impuesto de renta y complementarios. Reposición contra el que la niega por falta de las pretensiones o presupuestos procesales. Personería adjetiva. La sociedad Moreno y Gnecco Limitada presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Meta y solicitó revisión de la operación administrativa que le fijó el impuesto de renta y complementarios por el año gravable de 1972. El contribuyente presentó oportunamente reclamación contra este acto por medio de memorial fechado al 1º de julio de 1975, el cual fue resuelto por los autos 020 de 2 de marzo de 1977 y 003 de 8 de junio de 1977, notificado por edicto desfijado el 4 de julio de 1977. Estos actos administrativos negaron pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones del actor "por cuando 'del estudio del expediente se concluye que el contribuyente no cumplió con el numeral 4º de la norma en comento (artículo 24 del Decreto 2821 de 1974) ya que debió haber acreditado plenamente su calidad de representante legal de la sociedad mencionada, lo cual se omitió'". El artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 dice lo siguiente: "El recurso deberá cumplir las siguientes condiciones: "1. Que se formule por escrito, con expresión concreta de los motivos de inconformidad. "2. Que se presente una liquidación privada en la cual se incluyan los factores no discutidos de la oficial, junto con la prueba del pago correspondiente. Esta nueva liquidación en ningún caso podrá ser inferior a la presentada con la declaración, teniendo en cuenta sus adiciones y correcciones. Si todos los factores estuvieren impugnados, bastará en este caso acreditar el pago de la liquidación privada anexa a la declaración. "3. Que se interponga dentro de la oportunidad legal. "4. Que se acredite la personería adjetiva, cuando fuere el caso. "Cuando no se cumplan cualesquiera de los requisitos señalados en este artículo, el funcionario del conocimiento desechará el recurso por auto contra el cual procede recurso de reposición que deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. Negada la reposición, quedará agotada la vía gubernativa". Es pues claro que la norma habla de dos recursos: a) La reposición contra la liquidación administrativa y b) la reposición

Páginas

contra el auto que niega estudiar el fondo de las pretensiones por falta de presupuestos procesales. Para interponer el recurso de reposición contra la liquidación es indispensable acompañar al memorial de reposición los requisitos que dan nacimiento al proceso administrativo o como dice Ramírez Cardona, el incumplimiento de los presupuestos procesales "impide fallo de fondo" y se agregaría por cuanto no ha nacido debidamente el proceso gubernativo. La reposición contra la providencia que niega estudiar el fondo por falta de presupuestos procesales cabe recurso de reposición. Puede en tal momento contemplarse el presupuesto procesal incompleto al interponer el recurso inicial? O en otros términos, la reposición contra el auto que niega fallo de fondo puede servir de oportunidad para cumplir con los requisitos que no se cumplieron inicialmente y acreditar entonces el pago previo y la personería adjetiva que no se habían acreditado en su oportunidad?. La Sala considera en principio que esta interpretación es correcta; la reposición a que hace referencia el último inciso de la norma comentada se ha establecido no sólo para que el funcionario que dictó la providencia corrija los errores en que haya incurrido cuando la dictó, sino también para que se cumplan requisitos que se dejaron de cumplir en su oportunidad. Esta interpretación, favorable al contribuyente tiene sentido a la luz de lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 52 de 1977, pues "El Estado no aspira que al contribuyente se le exija más de aquello con lo que la misma ley ha querido que coadyuve a los cargos públicos de la Nación". Por tanto, frente a dos interpretaciones alternativas de igual valor a la luz de la hermenéutica jurídica debe preferirse aquella que favorece al contribuyente. Por esto, aparece claro en el caso de autos que el contribuyente acreditó debidamente la personería adjetiva y por tanto agotó debidamente la vía gubernativa. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 8 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Radicación 6419. Consulta de la sentencia del Tribunal del Meta sobre impuesto de renta y complementarios. Demandante: Moreno y Gnecco Limitada). 787

66. IMPUESTOS SUSPENSION PROVISIONAL.

Resulta manifiesto que el artículo 23 del Decreto Reglamentario número 1361 de 1976 excedió el alcance de la norma que dice reglamentar, por donde la calidad de renta líquida gravable a los certificados de desarrollo turístico, al paso que el artículo 2º del Decreto Legislativo número 2272 de 1974 se limitó a darle la calidad de renta gravable para sus beneficiarios directos.— El ciudadano abogado, Policarpo Castillo Dávila, en ejercicio de la acción pública de nulidad ha formulado demanda ante esta Corporación para obtener la declaratoria de nulidad del artículo 23 del Decreto Reglamentario Nº 1361 de 1976. Simultáneamente el demandante ha solicitado que se decrete la suspensión provisional de dicho artículo por considerar que el texto del mismo contiene una violación flagrante de lo previsto en el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 2272 de 1974 incurriendo el ejecutivo en exceso de su potestad reglamentaria, prevista por el artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional. En primer término habrá que resolver sobre la solicitud de suspensión provisio-

nal y al efecto se tiene que el artículo acusado dice textualmente: "Efectos Tributarios de los Certificados. Los Certificados de Desarrollo Turístico no gozan de exenciones tributarias y constituyen renta liquida gravable para su beneficiario directo por su valor nominal". Igualmente el texto del artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 2272 de 1974 es del siguiente tenor: "Los certificados de Desarrollo Turístico sirven para pagar por su valor nominal toda clase de impuestos nacionales, se emiten al portador, son libremente negociables, no devengan intereses ni gozan de exenciones tributarias y constituyen renta gravable para sus beneficiarios directos". El actor con fundamento en las definiciones que sobre renta bruta y renta liquida trae el Decreto 2053 de 1974 considera que el articulo acusado excedió los alcances señalados por la norma reglamentada al disponer que los certificados de desarrollo turistico constituyen renta líquida gravable y no renta gravable como lo dispone la norma reglamentada. Al efecto alega asi el demandante: "Si en el Decreto 2272 de 1974 se hubiere querido llegar a los extremos a donde llegó el Decreto 1361 de 1976, se habria dicho expresamente que la renta que constituian los certificados de Desarrollo Turistico era la renta liquida gravable, con sus tres vocablos que integran el concepto antes definido. Si el Decreto 2272 estableció que la calidad de la renta correspondiente a tales certificados, era la renta gravable, no hay base ninguna para extremar su calificación hasta la renta liquida gravable. Por el contrario, más parece un concepto para oponer al de renta exenta. Es decir, que está sometida a su conjugación para determinar la renta liquida gravable, pero por su inclusión dentro del monto de la renta bruta, restar las deducciones reconocidas por la ley, para llegar a la renta líquida restándole las rentas exentas, culminar en el monto de la renta liquida gravable a la cual se aplique la tarifa impositiva. "Entonces, si el Decreto 2272 habla de renta gravable, no puede entenderse sino que debe incorporarse por el beneficiario en su declaración de renta dentro del concepto del total ingreso para restar de ellos las deducciones reconocidas por la ley hasta llegar al concepto de renta líquida gravable. Porque este es restrictivo y por tanto no admite extensiones caprichosas aunque se apliquen con el pretexto de aclarar o interpretar. "En consecuencia, el Gobierno al dictar el Decreto 1361 de 1976 se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en el texto del artículo 23 que le dio la calidad de "renta liquida gravable" a la constituida por los certificados de Desarrollo Turistico que no le habia dado ni la Ley 60 de 1968 ni el artículo 2º del Decreto 2272 de 1974". De las transcripciones anteriores y de la clara diferencia que existe legalmente entre la renta gravable y la renta líquida gravable, resulta manifiesto que el artículo 23 del Decreto Reglamentario Nº 1361 de 1976 excedió el alcance de la norma que dice reglamentar, por darle la calidad de renta líquida gravable a los certificados de desarrollo turístico, al paso que el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 2272 de 1974 se limitó a darle la calidad de renta gravable para sus beneficiarios directos. Sin embargo, el texto total del artículo acusado está inspirado en el mismo sentido de la norma reglamentada y tan sólo la inclusión de la palabra "LIQUIDA" es lo que desvirtua la legalidad de la misma. En esas condiciones es suficiente con suspender el término "LIQUIDA" para satisfacer el objetivo del demandante,

Páginas

sin necesidad de suspender la totalidad del artículo pues salvo dicha palabra, su texto se ajusta a los fines y alcances de la norma reglamentada. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 23 de octubre de 1979. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 6546. Actor: Policarpo Castillo Dávila). 416

67. IMPUESTO A LAS VENTAS

Clasificación. Métodos de organización del impuesto. Desde sus orígenes, el impuesto a las ventas en Colombia se ha clasificado entre el grupo de grávamenes que los autores denominan "de etapa única". En efecto, se distinguen tres métodos de organizar el impuesto a las ventas: el sistema llamado de impuesto en cascada, el de etapa única y el de valor agregado. El sistema de impuesto a las ventas en cascada consiste en tasar un artículo cuando se realiza una operación de compraventa indistintamente de si quien realiza la operación es productor o distribuidor. Normalmente bajo este sistema no se descuenta el impuesto pagado por productores o vendedores en la compra de la materia prima que se consume. Aún cuando su causación jurídica es nítida el sistema conlleva efectos económicos indeseables pues varias veces se repite un gravamen sobre el mismo bien, produciéndose incluso lo que bien pudiera llamarse "anatocismo tributario", pues se produce una cascada de impuestos, en la medida que una materia prima está transformándose en bien terminado y, luego, distribuyendo el producto entre mayoristas minoristas y consumidores. Para evitar el anatocismo tributario existe bien el impuesto de etapa única o el de valor agregado. En el primer caso la tributación se limita, reduciéndose en las etapas en que el producto es gravado. En el segundo caso el exceso de gravamen se evita mediante la aceptación de descuentos por los impuestos pagados con antelación. Aun cuando el sistema de impuesto a las ventas en Colombia contiene características que le son muy propias, tiene también rasgos comunes con el régimen de impuesto a las ventas que han adoptado otras naciones. Es en esencia *un impuesto a las ventas de etapa única* con derecho a descontar los impuestos pagados en la venta de materias primas que lo asimila parcialmente al impuesto de valor agregado. Esta estructura le ha sido propia desde sus orígenes con el Decreto 3288 de 1963. De ahí que el texto del artículo 1º del Decreto 377 diga que el impuesto se causa.. por la entrega real o simbólica de la mercancía por parte del productor o importador...." Se quiso por el legislador, limitar el tributo al productor o importador, estableciendo una etapa dentro del proceso de circulación de las mercancías en la cual se produce precisamente la causación del impuesto. Dijo además el legislador de 1963 que "en los casos en que se encarga la elaboración del producto a terceros para venderlos bajo su responsabilidad", se entiende como productor para efectos del impuesto al *mandante* y no al *mandatario*. Debe pues aceptarse que en caso la ley ha creado una ficción jurídica que obliga a una empresa como Sears a cubrir el impuesto en todos los casos en que una persona natural o jurídica haya ordenado la fabricación de artículos para venderlos bajo su responsabilidad. En 1966 se previó que la responsabilidad para el pago del impuesto puede recaer "tanto en cabeza de quien elaboró los artículos como

Páginas

de quien ordenó su elaboración". De lo expuesto se infiere: a) Que las operaciones realizadas por Sears al ordenar la fabricación de artículos por encargo si causaron impuesto a las ventas; b) que aunque la responsabilidad por el pago del impuesto pudo asumirla tanto quien fabricó el artículo como por quien ordenó su fabricación, en ausencia de pago, ella recae sobre quien ordenó su fabricación. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 6 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 4301. Actor: Sears Roebuck de Bogotá S. A. Revisión de impuestos). 743

68. IMPUESTO A LAS VENTAS

Nulidad del artículo 5º del Decreto 584 de 1975. Existe clara contradicción entre el texto del artículo 5º del decreto reglamentario impugnado y la letra del Decreto 1988 (artículo 8º Nº 8º), pues el paso que el decreto extraordinario establece la exención del impuesto sobre todos los vehículos que se destinen de manera exclusiva al servicio público de taxis el reglamento limita la exención a unos casos específicos. Nulidad del artículo 5º del Decreto Reglamentario 584 de 1975 que reza: "LOS VEHICULOS AUTOMIVILES DESTINADOS AL SERVICIO PUBLICO DE TAXIS QUE ESTAN EXENTOS, SON LOS IMPORTADOS POR LA CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE O CON AUTORIZACION DE LA MISMA Y LOS PRODUCIDOS POR ENSAMBLADORAS NACIONALES DE ACUERDO A (sic) LOS PROGRAMAS FIJADOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO". No puede definirse la contradicción entre el texto de la ley y el texto de la norma reglamentada sin mirar al mismo tiempo el contexto global de los ordenamientos jurídicos. Es incuestionable que el orden legal es un conjunto armónico de normas donde cada pieza en particular se integra con las demás en busca del sentido y los fines sociales que deben tener las normas del derecho. Por tanto, no pueden interpretarse las normas jurídicas aisladamente y no podía definirse la cuestión *sub judice* comparando el texto gramatical del reglamento y la ley. Por ello es claro que no podía decretarse la nulidad del reglamento porque no concede una exención tributaria a las importaciones prohibidas por la ley. Pero el Decreto 1464 de 1973 no prohibió la importanción de vehículos para servicio público cuando no se hicieran a través de la Corporación Financiera del Transporte; tan sólo se limitó a crear una ventaja arancelaria para las importaciones que se hicieran a través de esta entidad pública. Así se lee del tenor literal de la norma: "La importación del vehículo *con el gravamen señalado en el artículo 1º de este decreto será hecha exclusivamente* y directamente a través de la Corporación Financiera del Transporte" (subrayado de la Sala). Es natural que la importación de vehículos para estos fines tiene atractivo por la ventaja arancelaria que ella represente, pero si alguna persona desea importar vehículo para taxi sin utilizar las ventajas arancelarias referidas, puede hacerlo, sujeto desde luego al régimen ordinario de aranceles sobre vehículos automotores. En efecto el Decreto 1664 de 1973 se refiere exclusivamente a cuestiones aran-

Páginas

celarias y no puede hacerse extensivo al impuesto de ventas, pues se trata de dos tributos diferentes, con fines sociales y económicos distintos y regidos por principios constitucionales divergentes. Es así como el artículo 120, numeral 22, en concordancia con el artículo 205 de la Carta consagran una amplia facultad discrecional en materia de gravámenes arancelarios, al paso que tanto el régimen como las exenciones en materia de impuesto de ventas se sujetan al principio inalienable de la legalidad de los tributos que el doctor Camacho Rueda define en los siguientes términos: "Fuente del impuesto. Acabamos de ver que la fuente de la obligación tributaria es la ley. Pero, por lo que hace a Colombia, es posible decretar la imposición por medio de 'una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional', o sea por medio del Congreso, puesto que en estos casos debe entenderse que se menciona a la ley en su sentido material, según la clasificación de DUGUIT, pueden presentarse cuatro casos, pues, de ley en tal sentido, creadora de una obligación tributaria: a) Ley propiamente dicha; b) Decreto Ley; c) Decreto Legislativo; y d) Decretos con fuerza de ley". "a) Sobre la competencia de la rama legislativa, lo que hemos dicho hasta aquí, desde la misma definición de impuesto, así lo demuestra. Pero es que, además, nuestra constitución es especialmente clara sobre el particular. En efecto, el artículo 43 de la actual Codificación dice: 'En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones'. Sin que la mención hecha a las Asambleas y Concejos desvirtúen la premisa anterior, por cuanto es bien sabido que estas entidades obran en el particular con autorización previa del Congreso, como repetidamente lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia" (Hacienda Pública- Externado de Colombia - página 133). La Sala encuentra clara contradicción entre el texto del artículo 5º del decreto reglamentario impugnado y la letra del Decreto 1933 (artículo 8º numeral 8º), pues al paso que el decreto extraordinario establece la exención del impuesto sobre *todos* los vehículos que se destinen de manera exclusiva al servicio público de taxis y el reglamento limita la exención a unos casos específicos contradiciendo así la norma legal (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de diciembre 6 de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 5840. Actor: Angel Antonio Cardozo González). 125

69. IMPUESTO DE CONSUMO A LOS LICORES NACIONALES QUE SE ELABOREN O SE INTRODUZCAN A UN DEPARTAMENTO

La facultad de que disponen las Asambleas para imponer tributos, llámanse éstos impuestos o contribuciones, no es discrecional, sino subordinada a mandamientos legales superiores que determinen específicamente el número, clase y calidad de los gravámenes que pueden ser creados por los Departamentos, pues así lo dispone como norma colocada sobre todas las demás regulaciones legales, el artículo 191 *de la Carta.*— La Sala comparte el criterio del Tribunal de que la facultad de que disponen las Asambleas para imponer tributos, llámense éstos impuestos o contribuciones no es discrecional, sino subordinada a mandamientos legales superiores que determinan es-

Páginas

pecificamente el número clase y calidad de los gravámenes que pueden ser creados por los Departamentos, pues así lo dispone como norma colocada sobre todas las demás regulaciones legales, el artículo 191 de la Carta al señalar que las Asambleas Departamentales "podrán establecer contribuciones con las condiciones y dentro de los límites que fije la ley", presupustos que en el caso analizado se encuentran integrados particularmente, por las siguientes disposiciones: Artículo 97, numeral 3º, del Código de Régimen Político y Municipal que autoriza a las Asambleas para organizar y establecer gravámenes, "pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley". Artículo 98, ordinal 5º, *ibídem*, que refrenda la prohibición a las mismas de "Imponer gravámenes sobre objetos o industrias gravadas por la ley". Artículo 1º, literal c), Decreto Legislativo 2368 de 1974, que grava con impuesto de ventas a la tarifa del 15%, los "Vinos nacionales y extranjeros asimilados a nacionales por convenios internacionales". Artículo 8º, Decreto Legislativo 2956 de 1955, en cuanto grava "el consumo de licor destilado de producción nacional con la suma de $ 1.00 por cada botella de 720 gramos". Fuera de las disposiciones ya relacionadas que demuestran claramente que los vinos y licores nacionales, elaboración de los primeros y consumo de los destilados, ya se encuentran gravados con impuestos nacionales, no conoce la Sala ni el impugnador apelante lo acredita, disposición legal alguna que faculte a las Asambleas para gravar tal clase de Arts. o actividades de fabricación, incluido el consumo de los mismos, razones que conducen a la conclusión de que en el caso *sub judice* sí se producen las violaciones manifiestas de las normas superiores que llevaron al Tribunal de Santander a decretar, con arreglo a derecho y en acatamiento a preceptos constitucionales y legales, la suspensión provisional del acto acusado. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 16 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Expediente 6190. Actor: Pablo J. Cáceres Canales. Suspensión provisional de la Ordenanza Nº 039 de 1978 de la Asamblea de Santander). 443

70. IMPUESTOS DE INDUSTRIA Y COMERCIO Y PREDIAL

En principio los concejos tienen facultad para aumentar el impuesto de industria y comercio, según el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 y el artículo 1º de la Ley 84 de 1915. Los Concejos no pueden rebasar los límites legales sobre el impuesto predial urbano y rural.— "Con lo anterior, sin necesidad de entrar a hacer análisis alguno se encuentra demostrado el choque manifiesto entre el acto acusado y la norma constitucional que el actor citó como infringida por el acto demandado". Para que proceda la declaratoria de suspensión provisional, como bien lo ha reiterado la Sala en numerosas providencias, el Código Contencioso Administrativo exige una contradicción evidente y ostensible entre el acto acusado y una norma superior que se estima violada, caso que objetivamente y a primera vista, parece ser el ocurrido con la providencia demandada en cuanto al establecimiento de la nueva contribución con base en el impuesto predial urbano y rural, que los Concejos no pueden rebasar de los límites legales por carecer al efecto de atribución emanada de la ley. Empero,

Páginas

no sucede lo mismo con el aumento del impuesto de industria y comercio que la Sala entiende haber sido lo que quiso el Concejo a pesar de la desafortunada terminología empleada al efecto, porque al menos en principio, los Concejos si tienen facultad para ello de conformidad con las atribuciones que en el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 se concedieron al Concejo Municipal de la ciudad de Bogotá y que posteriormente, se hicieron extensivas a los Concejos Municipales en general, por el artículo 1º de la Ley 84 de 1915. En tales circunstancias, el quebrantamiento del ordinal 2º, del artículo 197 de la Constitución Nacional, invocado por el demandante, no se advierte *"prima facie"* sino respecto a la creación de la contribución con base en el impuesto predial urbano y rural. Confírmase el auto apelado, exclusivamente en la parte correspondiente a la suspensión provisional del artículo 1º del Acuerdo número 33 del 4 de septiembre de 1978, referente al establecimiento de la contribución para el funcionamiento del Cuerpo de Bomberos, con base en el impuesto predial urbano y rural y la respectiva tarifa en el mismo señalada y, revócase en todo lo demás. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 13 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Expediente 6297. Actor: Gonzalo Gómez Jaramillo. Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 33 del Concejo Municipal del Espinal). 494

71. IMPUESTO DE RENTA

Distinción entre ingreso no constitutivo de renta y renta exenta. La prima por emisión de acciones no es gravable.— Conviene en primer lugar observar las razones que tiene el legislador para considerar este ingreso como un ingreso no sujeto a gravamen. A este respecto, los autores distinguen entre ingreso no constitutivo de renta y renta exenta. El primero es un ingreso que la ley excluye de la renta, al punto de establecer la posibilidad de no incluirlo en el denuncio rentístico. Tal el caso de ingresos que no son fuente de enriquecimiento como la reparación de un daño emergente. Otra cosa son las rentas exentas, las cuales sólo se conceden en virtud de expresa y taxativa provisión normativa y dentro de los límites fijados por ella misma. A este respecto dice el doctor Alfonso: "Habiendo puesto la ley como condición para que los ingresos ordinarios y extraordinarios entraran a formar la renta bruta que ellos constituyeran enriquecimiento.... excluyó del gravamen algunos ingresos que no constituyen enriquecimiento. Así, expresamente consagró que algunos ingresos no son enriquecimiento tal el caso del reembolso de capital y las indemnizaciones por daño emergente" (Juan Alfonso Notas de clase, página 31). Añade Alfonso: "Diremos que todo enriquecimiento implica el que el enriquecimiento haya obtenido *un provecno* o *ventaja que haya mejorado o aumentado su patrimonio* ..... *Por no* constituir un verdadero provecho o ventaja que implique un aumento de patrimonio, no constituyen enriquecimiento los ingresos que obedezcan a reembolsos de capital, o a la indemnización por daño emergente....". Al hablar de la prima de emisión de acciones la Dirección de Impuestos Nacionales reconoció que ésta era precisamente un ingreso no constitutivo de renta. Como es claro, siendo un ingreso no constitutivo de renta, la prima por emisión de acciones escapa al

Páginas

gravamen. De otro lado la Dirección General de Impuestos Nacionales no interpretó correctamente lo previsto en el Código de Comercio. Allí se dice que la emisión, colocación y expedición de títulos y negociación de las acciones, se sujetarán a lo previsto para las sociedades anónimas, *"excepción hecha de las autorizaciones de la Superintendencia, cuando la sociedad no esté vigilada"*. (Artículo 347). (Subrayado de la Sala) y es claro al tenor del artículo 267 del mismo código que las sociedades en comandita por acciones no están bajo la vigilancia de la Superintendencia como se desprende del tenor de de esta norma: "1ª Ejercer la inspección y vigilancia". 'a). Sobre todas las sociedades anónimas y las sucursales de sociedades extranjeras que no estén sometidas a la Superintendencia Bancaria"; b). Sobre todas aquellas sociedades, cualquiera que sea su forma, en las que una compañía de las sometidas a su vigilancia tenga el veinte por ciento o más de su capital social"; 'c. Sobre cualquier compañía mercantil cuando lo solicite un número plural de asociados que posea el veinte por ciento o más de su capital social. En este caso la inspección y vigilancia cesará cuando lo pida un número plural de asociados que represente más del ochenta por ciento del capital social, y 'd. Sobre las sociedades mercantiles no comprendidas en los literales anteriores, cuando así lo determine el Presidente de la República en ejercicio de su facultad de inspección sobre dichas sociedades, en cuyo caso la inspección se ejercerá con arreglo a las normas de este Código". No encontrándose la sociedad del caso *sub lite* bajo ninguno de los cuatro puntos señalados, no era requerida la aprobación de la emisión de sus acciones por la superintendencia bancaria. Por eso es pertinente, reconocer que la prima de colocación de acciones no es gravable. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 6176. Actor: Compañía Automotora del Tolima Limitada y S. C. S. Revisión de Impuestos). 770

72. IMPUESTO DE RENTA

El Decreto 2821 *de* 1974 *no derogó el artículo* 42 *del Decreto* 1651 *de* 1961. *El Decreto* 2821 *de* 1974 *no derogó íntegramente materia alguna y no regula todo el procedimiento tributario, como los aspectos relativos a pruebas, notificaciones, paz y salvo y parte del tema relativo a recursos tributarios y, por lo tanto, no fueron derogadas las normas que regulan estos puntos en el Decreto* 1651 *de* 1961.— Menciona el actor en su libelo el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961, el cual a la letra dice: "Procede el recurso de reposición exclusivamente contra las siguientes providencias": 'a) Las dictadas por las Secciones de Recursos Tributarios al fallar reclamaciones interpuestas contra liquidaciones cuyo valor total no exceda de quinientos pesos" Y 'b) Las dictadas por la División de Impuestos Nacionales cuando fijan un gravamen superior al determinado en la providencia apelada o consultada, o cuando resuelvan puntos nuevos no discutidos en la primero instancia" considera el libelista que este artículo fue francamente desconocido por la Dirección de Impuestos Nacionales porque al *considerar puntos nuevos* en la resolución que determinaba la apelación contra la administración de Impuestos Nacionales de Tulúa, debió conceder el recurso de reposición, cosa que no hizo la reso-

lución que resolvía el asunto en la segunda instancia gubernativa. Este punto amerita especial análisis, porque ha sido práctica de la Dirección de Impuestos Nacionales, desconocer, en forma sistemática, la aplicación del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961. Se arguye por los funcionarios administrativos que este artículo fue derogado por el Decreto 2821 de 1974, lo que no es válido a la luz de una sana hermenéutica jurídica. El Decreto 2821 de 1974 no derogó el artículo 42 del Decreto 1651. Este siguió en vigencia como se entra a demostrar con argumentos incontrovertibles: 1º) El Decreto 2821 de 1974 no derogó en forma expresa el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961. El único artículo derogado en forma expresa es el artículo 14 del Decreto 1651 de 1961 al tenor de lo dispuesto por el artículo 47 de la norma de 1974. 2º) Tampoco derogó tácitamente el artículo 42 del Decreto 1651 de 1961. Una norma sufre derogatoria tácita cuando es abiertamente contraria a una norma posterior o cuando se regula íntegramente la materia. Es claro que el Decreto 2821 de 1974 no derogó íntegramente materia alguna. No regula todo el procedimiento tributario pues hay muchos temas como son los aspectos relativos a pruebas, a notificaciones, a paz y salvo, etc., que no fueron desarrollados por la norma de 1974 y por lo tanto no fueron derogadas las normas que regulan estos puntos en el Decreto 1651 de 1961. Como el legislador no cubrió esta temática, se infiere que su voluntad fue la de que, en lo no regulado, el régimen aplicable fuese el del Decreto 1651 de 1961 por cuanto no podían de otra manera cubrirse los vacíos de la legislación. Esta interpretación la ha aceptado no solamente el Consejo, sino la misma Dirección de Impuestos. En efecto, en la circular 28 de 1975 dice la Dirección de Impuestos Nacionales: "El Decreto 2821 de 1974 sólo reguló en esta materia (notificación de liquidaciones, autos y resoluciones) lo referente a...., por lo cual es necesario puntualizar las formas de notificación de los distintos actos...., *acudiendo* en primer término a las formas que sobre notificación se consideren vigentes en cada impuesto...., así: a) De renta y de ventas: artículos 19, 20 y 21 *del Decreto* 1651 *de* 1961...." (Subrayado de la Sala). Existen muchas circulares análogas, en las cuales la Dirección General de Impuestos Nacionales acepta la vigencia del Decreto 1651 de 1961 en muchos puntos omitidos por el Decreto 2821 de 1974. 3º) Es más, el Decreto de 1974 tampoco reguló en su integridad el tema relativo a recursos tributarios. Ello es claro si se tiene en cuenta que este decreto, en varias oportunidades, en forma expresa hace referencia al Decreto 1651 de 1961. Así, en el capítulo de recursos se encuentran las siguientes normas del nuevo estatuto que remiten al anterior: el artículo 20 del Decreto 2821 de 1974 se remite expresamente al artículo 45 del Decreto 1651 de 1961. El artículo 26 de aquél hace referencia concreta al artículo 36 de éste. Cómo puede decirse entonces que el Decreto 2821 de 1974 reguló íntegramente la materia, así sea ésta la de los recursos (Capítulo III), cuando existen tan claras y expresas menciones a un decreto que estaba en vigencia al producirse la nueva norma (y está en vigencia aún?). Más aún, en el nuevo estatuto hay tantos vacíos en materia de recursos que no podrían llenarse sin acudir al anterior. El mismo Director de Impuestos acepta que las providencias en recursos se notifican al tenor de lo dicho por los artículos 49, 50 y 51 del Decreto 1651 de 1961. Y no hay mayor vacío que el que se presenta en el

caso *sub lite* en el cual se desconoció el derecho al recurso de reposición de la resolución que negaba pronunciamiento en el fondo por falta de presupuestos procesales (pago previo), a pesar de que la Administración local (ante quien se interpuso el recurso) se había pronunciado en el fondo. Si hubo pago previo, la Administración procedió en derecho y la Dirección se equivocó cuando negó por resolución, no sólo por cuanto apreció equivocadamente la realidad probatoria sino también porque el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 ordena que este pronunciamiento lo haga la Administración local por auto. Pero si no hubiese habido pago previo (en hipótesis contraria a la realiad procesal del caso de autos) hubiese podido la Dirección revocar válidamente la acción de su funcionario subalterno en la administración local? El Decreto 2821 de 1974 no menciona esta situación en forma expresa. Luego, es imperativo concluir que existe un claro vacio en la norma de 1974, y para llenar este vacío es menester recurrir al Decreto 1651 de 1961, el cual, forzoso es decirlo, cubre más ampliamente las situaciones "procesales" que surgen en el trámite de los recursos de impuestos por la vía gubernativa. Para concluir conviene analizar teóricamente las posibles interpretaciones que pueden darse al ordenamiento jurídico, frente a una hipótesis en la cual la Dirección descubra en apelación que faltan presupuestos procesales que no fueron considerados por la Administración local al producir su primer pronunciamiento: a) Si se interpretase que el Decreto 2821 de 1974 derogó todo lo relativo a los recursos que contenía el Decreto 1651 de 1961, se concluiría que en tal caso la Dirección de Impuestos Nacionales no podía revocar lo dispuesto por su subalterno, lo cual es absurdo. En efecto, según esta interpretación, la Dirección de Impuestos Nacionales no podía negar las peticiones del actor por falta de pago previo. A la luz de tal criterio solamente la Administración de Impuestos de Tulúa, por auto, podía negar las peticiones del actor por falta de presupuestos procesales ya que el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 dice claramente: "Cuando no se cumplan cualesquiera de los requisitos señalados en este artículo (presupuestos procesales), el funcionario del conocimiento desechará el recurso por auto contra el cual procede el recurso de reposición, que deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación. Negada la reposición, quedará agotada la vía gubernativa". Habiendo interpuesto la recurrente el recurso de reposición ante la Administración de Impuestos se entendería, bajo este criterio, que solamente estas autoridades tenían competencia para negar la reposición por incumplimiento de los presupuestos procesales a que se refiere el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974, lo cual implica que si la administración de impuestos había aceptado el pago previo, la Dirección no podía, en la apelación, negar las pretensiones del actor por falta de cumplimiento de los presupuestos procesales. Esta interpretación es absurda por cuanto contraria el ordenamiento jerárquico de la administración. b) Sostener de otra parte que el Decreto 2821 de 1974 permite al Director revocar la decisión del subalterno y alegar falta de presupuestos procesales sin derecho a recurso alguno, implica limitarle la opción de alegar al contribuyente, con lo cual se le cercena su derecho de contradicción indebidamente. Esta interpretación es abusiva e inaceptable. c) Por lo tanto, es forzoso concluir que la única forma de

Páginas

conducir una situación como la de la hipótesis planteada es la de dar aplicación al Decreto 1651 de 1961 en su artículo 42, el cual, al sentir de la Sala ni fue derogado por el Decreto 2821 de 1974, ni es posible dejar de aplicarlo. Esto es, al no haberse dictado auto por la Administración local desechando el recurso por falta de presupuestos procesales, la Dirección podía revocar la decisión de la Administración, pero como trataba *puntos nuevos,* cabía contra la resolución de la Dirección recurso de reposición. En el caso de autos hubo doble atropello: la Dirección revocó una resolución de la Administración de Tulúa por falta de pago previo y desconoció el derecho al recurso de reposición que le era imperioso conceder frente a la letra del artículo 42 del Decreto 1651 de 1961. Pecó la Dirección porque el pago previo sí se había hecho y porque desconoció un recurso que no podía negar. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 16 de agosto de 1979. Expediente. 6208. Actor: Bernardo Antonio Cortés Tabares. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Revisión de Impuestos). 763

73. IMPUESTO DE RENTA

La intención del legislador cuando se adoptó el artículo 24 *del Decreto* 2821 *de* 1974 *era forzar el pronunciamiento relativo a los presupuestos procesales dentro de los dos años de presentado el memorial. Se quiso separar el pronunciamiento de fondo de la definición relativa al cumplimiento de los presupuestos procesales. El artículo* 47 *del Decreto* 1651 *de* 1961 *no fue derogado por el Decreto* 2821 *de* 1974 *ni en forma expresa ni en forma tácita.*— El artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 establece "los presupuestos procesales" en los recursos de impuestos por la vía gubernativa, sin cuya existencia como anota Ramírez Cardona, "no puede adquirir la acción su viabilidad legal". (A. Ramírez Cardona - El Proceso Tributario Temis 117). Hasta 1974 los presupuestos procesales eran regulados por el Decreto 1651 de 1961 (artículos 33 y 139 a 142) y se consideraban a definir la reclamación por la vía gubernativa en la resolución decisoria del recurso. Decía la norma: "El contribuyente que interponga recurso por la vía gubernativa deberá b) acreditar, *antes de que se reparta el negocio para fallo de fondo* (subrayado de la Sala) que ha satisfecho, dentro del término que tenga para reclamar, el valor de la liquidación privada o el que se haya practicado para reclamar". "Si no se cumplen cualquiera de estos requisitos, o si el recurso se interpone extemporáneamente, el funcionario del conocimiento negará las peticiones de la reclamación y la providencia que se dicte se tendrá como fallo de fondo". La práctica administrativa con base en esta disposición condujo a utilizar el expediente de fallar las reclamaciones de impuestos, aún después de transcurridos los dos años que exige el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 para que operase el silencio administrativo, y negar en este fallo las peticiones del contribuyente por falta de cumplimiento de los presupuestos procesales. Se argüía precisamente que como la reclamación no se había instaurado en debida forma, el reclamo carecía de viabilidad legal, es decir se suponía que no había nacido a la vida jurídica. Según esta interpretación la administración podía pronunciarse, pasados dos años de formulado el reclamo en ausencia de los presupuestos procesales,

como por ejemplo si la representación legal no había sido debidamente acreditada o faltaba el pago previo, pero no podía fallarse favorablemente, pasados los dos años, en asuntos de fondo. Este hecho permite colegir que la intención del legislador cuando se adoptó el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 era forzar el pronunciamiento relativo a los presupuestos procesales dentro de los dos años de presentado el memorial. Por eso dijo: "cuando no se cumplan cualquiera de los requisitos señalados en este artículo (en el caso *sub judice* sería el pago de la liquidación privada) el funcionario del conocimiento desechará el recurso por auto, contra el cual procede el recurso de reposición que deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Negada la reposición quedará agotada la vía gubernativa". Se quiso con esta norma separar el pronunciamiento de fondo de la definición relativa al cumplimiento de los presupuestos procesales. De allí la observación del Tribunal en el caso de estudio cuando dice que "la administración debió dictar un auto desechando el recurso por falta de pago previo". No lo hizo así por cuanto en el reclamo presentado ante la Administración de Impuestos de Bucaramanga, como de los puntos de inconformidad consistía en el rechazo de pagos por regalías puesto que la Resolución 5730 de 4 de septiembre de 1974 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales había negado el reconocimiento fiscal por regalías (folio 12 del expediente principal). Para tal situación era pertinente remitir el negocio para el conocimiento de la Dirección General de Impuestos Nacionales y fallado por medio de resolución. Este hecho no fue reconocido por el Tribunal que aplicó el artículo 24 del Decreto 2821 de 1974 sin considerar, como era prudente, la acumulación de incidentes. En efecto el artículo 47 del Decreto 1651 ordena que "las resoluciones en las cuales se decidan materias especiales que tengan incidencia en la liquidación de impuestos sólo pueden ser discutidas con ocasión de los recursos que se interpongan contra las liquidaciones" y más adelante agrega: "si el fallo que resuelve la materia incidental ha sido dictado por la División de Impuestos Nacionales, del recurso de reclamación conocerá la citada entidad". Es de anotar que esta norma no fue derogada por el Decreto 2821 de 1974 ni en forma expresa ni en forma tácita. No la derogó en forma expresa pues el artículo 47 del Decreto 2821 de 1974 se limita a derogar en forma expresa el artículo 14 del Decreto 1651 de 1961. Tampoco la derogó en forma tácita pues se trata de una situación no contemplada en la nueva ordenación jurídica de los impuestos. Como la legislación tributaria sustantiva (Decreto 2053 de 1974) eliminó el reconocimiento previo de las regalías, el Decreto 2821 de 1974 dirigido a regular los procesos en materia de impuestos, no contempló situaciones como la del caso *sub judice*. Por tanto, la acumulación de un incidente para casos regidos por las leyes anteriores a la reforma tributaria de 1974, continuó bajo el régimen del Decreto 1651 de 1961, sostener lo contrario implicaría darle competencia al funcionario de menor jerarquía de la administración regional para conocer los asuntos de los funcionarios de la Dirección de Impuestos. Siendo esto así es pertinente anotar que no es propio aplicar al caso *sub judice* el silencio administrativo positivo ya que la acumulación de negocios condujo a un fallo por resolución. En el caso

Páginas

sub judice si se agotó la vía gubernativa, asi la administración lo haya hecho por resolución y no por auto. No puede sostenerse que hubo silencio de la administración ni aplicarse el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 19 de julio de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Empresa Metalúrgica Colombiana S. A. Expediente 6106. Revisión de Impuestos). 753

74. IMPUESTO DE RENTA

La relación de los ingresos se exige precisamente a quienes no están obligados a llevar libros de contabilidad, (Decreto 2821 de 1974 artículo 3º) lo que a contrario sensu está indicando que aquellas personas naturales y jurídicas que por su naturaleza o que por razón de sus actividades sí están obligadas a llevar libros de contabilidad están liberadas de la obligación de relacionar en anexo separado a la declaración de renta los ingresos recibidos. Nulidad del numeral 2º del artículo 4º del Decreto Reglamentario Nº 1495 de julio 21 de 1978.— El Decreto 1495 de 1978 acusado parcialmente dice reglamentar los Decretos Legislativos números 2053, 2348 y 2821 de 1974 y modificar el Decreto Reglamentario 2998 de 1977. Es cierto que la fecha del mencionado decreto es posterior a la de la Ley 52 de 1977 pero no se puede desconocer que mientras el primero reglamenta normas de carácter general y sustancial del estatuto tributario la segunda dicta disposiciones para la aplicación en cuanto a su procedimiento de las normas sustanciales de ese mismo estatuto. En otras palabras, el decreto reglamentario busca la forma de aplicar los ordenamientos legales sustanciales del régimen tributario y la Ley 52 de 1977 establece el régimen de procedimiento aplicable a nivel administrativo para hacer efectivas las normas sustanciales tributarias. En ese entendido, no puede pensarse que el decreto reglamentario desarrolla normas de la Ley 52 de 1977 ni que esta ley esté modificando disposiciones sustanciales establecidas por decretos legislativos que tienen igual jerarquía y que constituyen el estatuto tributario propiamente dicho. Por eso al hablar el artículo 15 de la Ley 52 de 1977 de lo que debe contener la declaración tributaria no hace cosa distinta que sistematizar lo que las normas sustanciales han establecido en los Decretos Legislativos números 2053, 2348 y 2821 de 1974 y normas complementarias. Pero como se dijo en el auto en que se decretó la suspensión provisional esas normas sustanciales no establecen la obligación de efectuar una relación discriminada de los ingresos para los contribuyentes que están obligados a llevar libros de contabilidad y por eso mismo los anexos oficiales a que se refiere el literal b) del artículo 15 de la Ley 52 de 1977 sólo deben buscar la información necesaria para obtener los datos básicos que exigen las normas específicas de cada tributo y por ende el contribuyente no está obligado a suministrar información adicional diferente a la que la propia ley ha señalado en el estatuto tributario correspondiente. Pero de los artículos señalados por los demandantes, el más significativo es el artículo 3º del Decreto 2821 de 1974 que exige la relación de los ingresos precisamente a quienes no están obligados a llevar libros de contabilidad, lo que a *contrario sensu* está indicando que aquellas personas natu-

Páginas

rales y jurídicas que por su naturaleza o que por razón de sus actividades si están obligadas a llevar libros de contabilidad están liberadas de la obligación de relacionar en anexo separado a la declaración de renta los ingresos recibidos, pues supone la ley que los asientos contables anotados en los libros de contabilidad oficiales y debidamente registrados constituyen prueba de la veracidad y exactitud de la declaración formulada por el contribuyente. "Estas breves consideraciones que se derivan de un análisis objetivo de las normas legales vigentes enfrente del inciso acusado y de los planteamientos de la demanda, llevan a la conclusión que aquél contraria normas expresas del sitema tributario, por estar informado de un criterio diferente y opuesto. Por lo tanto es susceptible de ser suspendido provisionalmente en sus efectos mientras se decide el negocio en el fondo". Por otra parte las consideraciones hechas por el coadyuvante en este negocio doctor Alejandro Páez Murillo, con relación a los efectos de las normas pertinentes de la Ley 52 de 1977 que fueron acogidos por la Sala de Decisión y que se anticiparon al planteamiento hecho en el alegato de conclusión por la doctora Alba Lucia Orozco de Triana, son igualmente acogidos en esta oportunidad por la Sala como una acertada interpretación de los alcances de dichos artículos, que por lo tanto ponen de manifiesto el acierto jurídico planteado por los demandantes para solicitar la declaratoria de nulidad del numeral acusado como violatorio en forma clara e inobjetable de lo que dispone el artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 2821 de 1974. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de octubre 18 de 1979. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Expediente 5785. Actor: Jorge E. Paniagua y otro). 103

75. IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS

En vigencia del Decreto 1651 *de* 1961, *la notificación errada de las liquidaciones oficiales generaba una prescripción de los términos. El artículo* 29 *del Decreto* 1651 *de* 1961 *fue parcialmente sustituido por los artículos* 15 *y* 17 *del Decreto* 2821 *de* 1974, *que reponen los términos tanto para el contribuyente como para la administración. Los errores al enviar la notificación a dirección equivocada, ya no generan preclusión de la actividad administrativa si ya han transcurrido los dos años que señalaba el Decreto* 1651 *de* 1961.— La liquidación oficial (hoy de revisión) se notifica al contribuyente bien personalmente, o bien mediante introducción al correo enviándola a la dirección indicada en la última declaración de renta y patrimonio o en las comunicaciones que posteriormente remita para indicar cambio de ella. Como no se dio notificación personal, ni notificación por correo ni entrega personal de la liquidación oficial, ésta sólo se entiende surtida cuando el contribuyente recibió noticia sobre ella, y en autos aparece como evidencia clara que la primera fecha en que dicha liquidación llegó a conocimiento de la contribuyente Berenice Castelblanco de Meléndez fue el 6 de septiembre de 1977. Por lo tanto, es entendido que la interposición del recurso fue oportuna, y que los dos autos que negaron discutir el fondo de las pretensiones de la recurrente están viciados de nulidad. En cuanto a los aspectos relativos a la notificación en el caso *sub lite* cabe anotar lo siguiente: En la vigencia plena del Decreto 1651 de 1961, esto es, antes de la

Páginas

vigencia del Decreto 2821 de 1974 era cierto que la notificación errada de las liquidaciones oficiales generaba una prescripción de los términos. Cuando el contribuyente recibía extemporáneamente notificación de una liquidación por haber sido enviada a dirección equivocada o por haberse extraviado, como ocurrió en el caso de autos, la administración perdía la oportunidad de practicar una nueva liquidación o más propiamente, volver a notificar la practicada originalmente para sanear lo actuado, cuando ya habían transcurridos dos años desde la presentación de la declaración. En tal caso, al tenor de lo dispuesto, entonces se consideraba en firme la liquidación privada. Esta situación, regulada en aquélla época por el artículo 29 del Decreto 1651 de 1961 fue parcialmente sustituida por los artículos 15 y 17 del Decreto 2821 de 1974. En efecto, se dice en el artículo 17 de este último decreto que "cuando la liquidación se hubiere enviado a una dirección distinta de la registrada o de la posteriormente informada por el contribuyente, habrá lugar a corregir el error, en cualquier tiempo.... En este último caso, los términos legales sólo empezarán a correr a partir de la notificación hecha en debida forma". Por lo tanto, el efecto que se establece en la nueva norma consiste en que se reponen los términos tanto para el contribuyente como para la administración. Los errores que ocurren involuntariamente por parte de la administración cuando envía la notificación a una dirección equivocada ya no generan *preclusión* de toda actividad administrativa posterior si ya han transcurrido los dos años que señalaba el Decreto 1651 de 1961, sino que generan la reposición de términos en favor del contribuyente para que éste pueda interponer los recursos a que haya lugar. Otra cosa ocurre cuando la notificación no se produjo, esto es, cuando ni siquiera se introdujo en el correo la liquidación oficial como ocurre en el caso de autos. En tal evento, no es posible aplicar el artículo 17 del Decreto 2821 atrás citado, pues tal artículo hace referencia a una situación en la cual "se hubiere enviado la notificación a dirección distinta" que no es lo acontecido la situación *sub lite*. Como la notificación no se produjo en ninguna forma por cuanto no fue introducida la nota al correo, según se desprende de la certificación dada por el Jefe de Secretaría, Correspondencia y Archivo, la administración no realizó el acto de notificación, ni puede solicitar reposición de los términos. Es decir, no practicó debidamente la liquidación oficial (o de revisión) y ya no puede hacerlo porque han transcurrido los términos legales que le precluyen la oportunidad de hacerlo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 23 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Low Murtra. Actor, Berenice Castelblanco de Meléndez. Expediente 6158. Revisión de Impuestos). 783

76. IMPUESTO SOBRE LA RENTA

El único medio idóneo para demostrar omisión de la firma del funcionario liquidador o la del sello de control, es la presentación de original de la liquidación.— El Consejo al decidir situaciones como la planteada en este juicio, ha sostenido que el único medio idóneo para demostrar omisiones tales como la falta de la firma del funcionario liquidador o la del sello de control que la ley autoriza en defecto de aquella, es la presentación del original de la liquidación y

Páginas

no fotocopia de tal documento. Así mismo ha reiterado la jurisprudencia que la ausencia de tales requisitos en las copias de las liquidaciones que reposan en la administración, no tienen ninguna relevancia para efecto de demostrar la nulidad de la liquidación, toda vez que la ley se refiere, para tales efectos, al original que se le envía al contribuyente. En el presente caso, las omisiones en cuestión se han pretendido acreditar con una fotocopia de la liquidación del original de la liquidación en poder del contribuyente, quien estaba en plena posibilidad de presentarla, asi como con las copias de la liquidación que reposan en los archivos de la Administración, todo lo cual es insuficiente para efecto de demostrar la nulidad del acto de liquidación. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 23 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Sociedad "Seguridad Patrol de Colombia Ltda". Expediente 6156. Revisión de Impuestos). 781

77. IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Ley 20 de 1979, artículo 26, para hacerse acreedor el contribuyente al tratamiento especial en ella consagrado; éste deberá probar dentro del término allí señalado, que se encuentra a paz y salvo con los impuestos de renta y ventas, pero no indica la ley el medio probatorio por el cual tal hecho debe demostrarse, el cual obviamente debe ser, en principio, el respectivo certificado, debidamente expedido por las autoridades tributarias competentes. Suspensión provisional del ordinal 4º, literal b) de la instrucción Nº. 006, de 19 de junio de 1979 de la Direción General de Impuestos Nacionales, subdirección jurídica, Sección Relatoría, que dice: "4) No se tramitará la solicitud, cuando se presenten fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o no autenticados". El artículo 26 de la Ley 20 de 1979 establece que en materia de impuesto sobre la renta y complementarios, quedarán en firme, sin necesidad de pronunciamiento previo, las liquidaciones privadas y las practicadas para reclamar acreditadas en recursos gubernativos que a 1º de noviembre de 1978 hubieran cumplido dos o más años de interpuestos sin haber sido resueltos, añadiendo textualmente; "Para tener derecho al tratamiento previsto en este artículo el contribuyente deberá probar: "1) La fecha de interposición del recurso. "2) Que a más tardar dentro del cuarto mes siguiente a la fecha de entrar a regir la presente ley, se encuentra a paz y salvo por concepto de impuestos, recargos y sanciones, en materia de renta y complementarios y ventas". La citada norma, por lo que dice referencia al punto particular de la demanda, simplemente señala que para hacerse acreedor el contribuyente al tratamiento especial en ella consagrado, éste deberá probar dentro del término allí señalado, que se encuentra paz y salvo con los impuestos de renta y ventas, pero sin indicar el medio probatorio por el cual tal hecho deba demostrarse, el cual obviamente debe ser, en principio, el respectivo certificado debidamente expedido por las autoridades tributarias competentes. Ahora bien: al confrontar el ordenamiento anterior con el texto del ordinal 4º acusado, que niega tramitar la solicitud "cuando se presenten fotocopias del certificado de Paz y Salvo estén o nó autenticadas", el sustanciador encuentra patente y ostensible choque no sólo con el mencionado artículo 26, sino,

Páginas

principalmente, y por su íntima conexión, con las disposiciones contenidas en los artículos 32 de la Ley 52 de 1977 y 254 del Código de Procedimiento Civil, citados por el demandante, por cuanto con relación a la idoneidad de los medios de prueba, el primero, el 32, no descarta, sino antes autoriza expresamente la utilización en materia referente al impuesto de renta y ventas, de los medios probatorios señalados en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto no resulten incompatibles con los indicados en las normas tributarias; y, el segundo, es decir, el 254 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en desarrollo de lo dispuesto en el anterior, en cuanto confiere a las copias autorizadas por notario o funcionario público en cuyas oficinas se encuentre el original o copia auténtica, "el mismo valor probatorio del original". Si es indudable que legalmente el documento público demostrativo de estar a paz y salvo con el impuesto, es el respectivo certificado oficial que asi lo declara, también lo es que según las voces del artículo 254, las copias tienen el mismo valor probatorio del original, cuando son expedidas con los requisitos legales por notario o funcionario competente. En el caso *sub judice*, mientras el artículo 26 de la Ley 20 de 1979 solamente exige al contribuyente probar que se encuentra a paz y salvo, sin restricción alguna en cuanto al medio probatorio idóneo, la norma acusada limita la amplitud probatoria consagrada en disposiciones de superior categoría. Basta, pues, la simple confrontación de las normas en comento, para que surja en forma manifiesta y positiva la violación de normas superiores, hecho que hace posible la suspensión provisional impetrada. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 18 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Expediente 6370. Actor: Vicente Amaya Mantilla). 406

78. INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES

Ineptitud de la demanda.— "Por el artículo 82 del citado Código de Procedimiento Civil está dispuesto que "El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:....2. Que las pretensiones no se excluyan entre si salvo que se propongan como principales o subsidiarias.....". "El actor ha propuesto, ambas como principales, dos pretensiones que se excluyan entre si: el pago, en mayor cuantía o una cesantía "definitiva", y el restablecimiento en el cargo que venía desempeñando. contradictorias son estas súplicas, porque la primera reposa sobre la base de que el trabajador ha cesado en sus fuciones de manera definitiva, en tanto que la segunda conduce a que continúe en el ejercicio de éstas. Las súplicas principales de toda demanda deben ser armónicas y no excluyentes las unas de las otras. De aquí que la ley permita invocar pretensiones contrarias solamente cuando una o unas se plantean con principales y la otra u otras, que sean opuestas a aquéllas, se formulen como subsidiarias". (Sentencia de 8 de mayo de 1976, Tomo copiador Nº 59, Sección Segunda, pág. 56 y ss.)". "Siendo indebidamente formuladas la petición de reintegro y de pago de la cesantía en el presente negocio, hay que concluir que la demanda no se ajusta a las previsiones procesales indicadas por el Con-

Páginas

sejo de Estado y, consiguientemente, debe declararse ella inepta". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 29 de 1979. Consejero ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares. Expediente 4102. Actor: Orlando Castrillón López. Autoridades Nacionales). 247

79. INMUEBLES POR DESTINACION. IMPLICACIONES CATASTRALES. IMPUESTO PREDIAL.

Inclusión de su valor en el avalúo catastral. Los inmuebles por destinación en el Código Civil, en la doctrina y la jurisprudencia.— LAS NORMAS DE DERECHO PUBLICO.— Las principales disposiciones pertinentes al caso *sub judice*, son las siguientes: a) Ley 65 de 1939: Artículo 1º. Con el fin de unificar los sistemas y de preparar la organización del catastro nacional, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por intermedio de la Sección Nacional de Catastro, *tendrá la dirección técnica y el control del catastro en toda la República*". (se subraya). Artículo 2º. Queda autorizado el Gobierno Nacional para dictar normas que establezcan la debida conexión entre las Oficinas de Registro y las nuevas organizaciones catastrales. Artículo 3º. El ejercicio de la dirección técnica en materia catastral, *comprende la facultad de dictar normas sobre la formación del catastro, los precedimientos de renovación o rectificación del mismo, los factores que deben tomar en cuenta para el avalúo de las fincas, etc.* (se subraya). Artículo 4º. En cada una de las capitales de los Departamentos y de las Intendencias y Comisarías funcionará una oficina de catastro costeada por la respectiva sección. Esta oficina actuará bajo la dirección técnica del Ministerio de Hacienda o de un representante de éste. b) Decreto 1301 de 1940: "Artículo 6º. Serán objetivos principales del catastro: 1. La determinación fisico-jurídica de los límites de la propiedad inmueble en beneficio de los propietarios; 2. El levantamiento de un inventario general o cocenso de la propiedad en la República; 3º. El establecimiento de la carta militar del país; 4º. La preparación de una reforma en los actuales sistemas de registro y matrícula de los bienes raíces; y 5º. La determinación del valor económico de la propiedad territorial, que permita conocer la riqueza inmueble del país y *fijar equitativamente la cuantía del impuesto predial*". (se subraya). "Artículo 8º. La descripción económica comprenderá todos los datos científicos y estadísticos necesarios para el *avalúo oficial de predios*, tomando en cuenta no solamente el valor del inmueble, sino también el que le comunican las cosas corporales muebles consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, y además las variaciones que en dicho valor introduzcan las servidumbres positivas y negativas existentes, todo de conformidad con lo previsto en los artículos 83 y siguientes del presente Decreto". (se subraya). "Artículo 84. En el *avalúo* oficial de los inmuebles quedarán comprendidos: a) El valor de los inmuebles propiamente dichos; b) El valor de las cosas corporales consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, de conformidad con los artículos 656, 657, 658, 660 y 661 del Código Civil; *en cuanto dichas cosas quedan cobijadas por los artículos 85 y siguientes del presente decreto:* c) El valor de ciertas servidumbre positiva y negativa que tengan una repercusión econó-

mica sobre el inmueble". (se subraya). "Artículo 85. Para todos los efectos del presente Decreto sólo se consideran como "cosas corporales inmuebles" las partes *integrantes* y las *accesorias que pertenezcan* al propietario del inmueble y que éste haya fijado o destinado de una manera permanente al uso, al cultivo o beneficio del inmueble, tales como: edificios y construcciones con sus accesorio, plantas, *instalaciones industriales, máquinas etc.*" (se subraya). "Artículo 86. Se entenderá por partes integrantes del inmueble, aquellas cosas corporales muebles como consecuencia de la utilización económica del inmueble, no presenta calidad independiente y hacer parte de él. Las máquinas deberán considerarse como partes integrantes de una construcción: a) Cuando forman parte de la misma y hagan posible su utilización económica, por ejemplo del sistema de calefacción en una casa de habitación, las turbinas en una planta generadora de fuerza eléctrica; b) Cuando su remoción no sea posible sin la destrucción o deterioro de la construcción o de la máquina". "Artículo 87. Se entenderá por partes accesorias aquellas cosas corporales muebles *que no pueden separarse del inmueble sin producir modificaciones en su utilización económica* o bien, que deben adicionársele para hacer posible dicha utilización". (se subraya). Artículo 88. Con el objeto de distinguir lo que deberá comprenderse como partes integrantes y accesorias de los inmuebles, éstos se clasificarán en cinco categorías principales, según su destino o utilización económica, a saber: 1. Inmuebles urbanos. 2. Inmuebles agrícolas. 3. Inmuebles de recreo. 4. *Inmuebles industriales.* 5. Inmuebles cuyo subsuelo sea explotado. (Minas)". (se subraya). PARAGRAFO. El Instituto Geográfico Militar y Catastral hará, a título de ejemplo una lista de algunas de las partes integrantes y accesorias de cada una de las categorías de inmuebles enunciadas". "Artículo 112. *Los inmuebles industriales y* aquéllos cuyo subsuelo se explote y cuyo valor sea superior a $ 250. 000.00, serán avaluados por una comisión especial que se integrará así:...." (Se subraya). c) Decreto Ley 1250 de 1970: *Capítulo XII. Funciones y efectos del catastro".* "Artículo 74. La descripción económica comprenderá todos los datos científicos y estadísticos necesarios *para el avalúo oficial de los predios,* tomando en cuenta no solamente el valor del inmueble, sino también el que le comunican las cosas corporales muebles consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, las variaciones que en dicho valor introduzcan las servidumbres activas y pasivas existentes, y en general todos los hechos que puedan influir en su valor". (Se subraya). d) Decreto Ley 2156 de 1970: "Artículo 9º. El artículo 78 del Decreto Ley 1250 de 1970 (9) quedará así: *"El avalúo oficial de los inmuebles industriales o agrícolas es unitario* e incluirá el valor corriente de los bienes a que se refieran los artículos 656 y 657 del Código Civil (10) (se subraya). Una vez en firme, el avalúo catastral será oficial y el único atendible en toda clase de diligencias y procesos frente a la adminisrtación". *El Decreto* 1301 *de* 1940. Este decreto, con 242 artículos, constituye el estatuto orgánico del Catastro Nacional. Precisa, por tanto, determinar su naturaleza y alcance. a) *Naturaleza jurídica.* La ley 65 de 1939 adscribió al Gobierno "la dirección técnica y el control del catastro en toda la República". (Artículo 1º) y lo autorizó para establecer "La debida conexión entre las Oficinas de Registro y las nuevas organizaciones catastrales" (artículo 2º) y

para "dictar normas sobre la formación del catastro, los procedimientos de renovación o rectificación del mismo, *los factores que deben tomarse en cuenta para el avalúo de las fincas, etc.*". (Se subraya). Con base en tales autorizaciones se dictó el Decreto 1301 de 1940, que las desarrolla. En consecuencia se trata de un *decreto especial* dictado con base en las autorizaciones ordinarias conferidas por el legislador con base en el ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución y no de un decreto simplemente reglamentario expedido en uso de la potestad que establece el ordinal 3º del artículo 120 de la Carta, pese a que su encabezamiento lo señala como reglamentario de la ley, lo cual también se deduce inequivocamente del hecho de que la ley 65 de 1939 no contiene ninguna norma dispositiva con relación a la formación del catastro suceptible de reglamentación. Cabe anotar que el Consejo de Estado en sentencia de 4 de noviembre de 1943 declaró con efecto *erga omnes* la legalidad del Decreto 1301 de 1940. b) *Alcance del estatuto.* De las normas transcritas del Decreto 1301 de 1940, se deducen los siguientes principios: I. Para todos los efectos del catastro, entre ellos, determinar el valor económico de los bienes inmuebles y "fijar equitativamente la cuantía del impuesto predial", la ley reconoce *"el inmueble industrial"* como una unidad económica-jurídica (se subraya). II. El "inmueble industrial", es, pues, una unidad funcional integrada por el conjunto de factores que la hacen operante: suelo, instalaciones, maquinarias y servidumbres todas igualmente indispensable, sin que quepa el distingo que hace la sentencia entre elementos principales y accesorios según su valor. Dentro de este principio son "cosas corporales inmuebles", constitutivas del inmueble industrial, "las partes integrantes y las accesorias que pertenzcan al propietario del inmueble y que éste haya fijado o destinado de una manera permanente al uso, cultivo o beneficio del inmueble, tales como edificios y construcciones con sus accesorios, plantas, instalaciones industriales, máquinas, etc.". (se subraya). De suerte que, por propia y expresa definición legal, todas las máquinas e instalaciones industriales son partes integrantes del inmueble industrial, razón por la cual no es fundado el criterio expuesto en la demanda cuando afirma que las máquinas por no estar al servicio del inmueble sino éste al servicio de aquéllas, deben excluirse del inmueble industrial. Por este motivo no es fundado el cargo de la demanda de violación de los artículos 84 y 85 del Decreto 1301, que la sentencia, no analiza, los artículos 74 y 9º de los Decretos leyes números 1250 y 2156 de 1970 reiteran los principios expuestos, con expresa alusión al "inmueble industrial" al prescribir el carácter unitario de su avalúo. II. El caso *sub judice a la luz del Código Civil.* v. *Relación entre el régimen de derecho público y el régimen de derecho privado.* Es cierto que el artículo 84 del Decreto 1301 de 1940 se remite a los artículos 656, 658, 660 y 661 del Código Civil con el objeto de comprender en el avalúo oficial los inmuebles por naturaleza, "adherencia, destinación y radicación" (artículo 8º del Decreto 1301 de 1940), pero "en cuanto dichas cosas quedan cobijadas, por los artículos 85 y siguientes del presente decreto". Es decir, que sobre la base del principio de la unidad del avalúo, el decreto se remite al Código Civil, bajo la condición de que preva-

lecen las normas de los artículos 85 y siguientes del estatuto en el supuesto de que existiere discordancia con las normas del derecho privado. En el caso de autos, aunque es suficiente la aplicación directa del artículo 85 que define a "las instalaciones industriales" y las "maquinarias" como integrantes del inmueble, para efecto de su avalúo unitario, con las ineludibles conclusiones expuestas anteriormente, la aplicación de las normas del Código Civil, particularmente, del artículo 658, aunque innecesaria, conduce al mismo resultado, como se pasa a demostrar. 2. *Los inmuebles por destinación industrial en el Código Civil.* a) *Concepto.* El inciso primero del artículo 658 del Código Civil establece que "se reputan inmuebles, aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo de que puedan separarse sin detrimento". *LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA NACIONALES Y EL ARTICULO* 658 *DEL CODIGO CIVIL.* La doctrina y la jurisprudencia nacionales confirman la tesis expuesta en este fallo, como se verá a continuación: I. *LA DOCTRINA. Valencia Zea, Derecho Civil.* Edit. Temis, año 1958, págs. 26 y 27: J. J. Gómez Derecho Civil. Bienes, Edic. Externado de Colombia, año 1962, pág. 20: *Pérez Vives, Teoría General de las Obligaciones, V.* IV, Edit. Temis, 1959, págs. 214 y 215: *Toro Agudelo, El Impuesto Predial,* Temis laureada U. de Antioquia, Imprenta Mpal. Medellín, págs. 54 y 55; *Devis Echandía, Los gravámenes sobre la propiedad raíz y su reglamentación en Bogotá,* Edit. Minerva, 1944, Bogtá, págs. 67 a 71; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 16 de diciembre de 1954, G. J. Tomo LXXIX, pág. 277 y 279; "Los bienes a que se refiere el artículo transcrito se denominan inmuebles por destinación. Esta categoría está formada por bienes que por su naturaleza no son inmuebles, pero a los cuales la ley atribuye ficticiamente tal carácter para determinados fines. Conservan, pues, su naturaleza muebles, porque pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismo, sean (sic) moviéndose por una fuerza externa (Código Civil artículo 655); así, los animales destinados por el dueño al beneficio o cultivo de su fondo, o las máquinas que hacen parte de un establecimiento agrícola, industrial o comercial adherente al suelo, aun cuando son inmuebles por su destinación, conservan su naturaleza mueble, como es obvio. Como lo advierten los autores, la inmovilización de estos bienes es puramente jurídica y ficticia". "La enumeración comprendida en el artículo 658 del Código Civil no es taxativa. Puede afirmarse que en general se comprenden dentro de la categoría de inmuebles por destinación todas las maquinarias, utensilios y elementos usados en un establecimiento agrícola, industrial o comercial, adherente al suelo, pertenecientes al dueño de éste, porque todos ellos reunen la condición de estar permanentemente destinados a la explotación del inmueble. Para que exista la inmovilización de tales objetos, por fuerza de su destinación económica, son necesarias en consecuencia tres condiciones: a) Que exista un establecimiento agrícola, industrial o comercial adherente al predio o fondo; b) Que tales bienes formen parte integrante del establecimiento para las tareas propias de éste; c) Que dichos objetos y el establecimiento pertenezcan al mismo dueño". Consejo de Estado, Sentencia de 4 de noviembre de 1943, Copiador de Sentencias, Tomo 70, páginas 8, 11, 13, 14 y 15: "Como es sabido, la Ley 65 de 1939

confirió al Organo Ejecutivo facultades especiales para dictar normas sobre catastro, por lo cual el Gobierno podía añadir estas, todos los actos administrativos para los que expresamente se le autorizó, ya que las facultades o autorizaciones especiales, implican una ampliación de competencia no sólo para hacer más efectiva la ley, sino para dictar dentro de ellas, normas nuevas, con tal que no contrarién la legislación preexistente "... Ya el Consejo tiene dicho que el catastro no es un asunto de interés sólo para los municipios, puesto que el surte efectos legales en asuntos de interés nacional, como son: la fijación del impuesto de patrimonio, la estimación del exceso de utilidades, la apreciación de la valorización para fijación de este impuesto, el avalúo de la indemnización en caso de expropiaciones, la estimación de la cuantía en el caso de causiones legales, etc. "... Donde el acto precisa su acción es en lo relativo con los artículos 84, 85, 86, 87, 88, 89, 91, 93, 94, 95 y 96 por cuanto considera que tales disposiciones alteran sustancialmente las normas contenidas en los artículos 654 a 663 del Código Civil. Haciendo una confrontación de aquellas disposiciones con las del Código puede observarse que están calcadas las unas en las otras, en la determinación de lo que debe entenderse por bienes inmuebles en el avalúo. El actor pierde de vista que el Decreto sobre Catastro no es impositivo, ni por lo mismo puede decirse que aumenta o crea determinados impuestos, sino que únicamente organiza la formación de los catastros, e indica las normas que deben seguirse para los avalúos, sin que de hecho entre a crear gravamen alguno, hecho que únicamente la respectiva ley tributaria es la llamada a especificar; para el caso en estudio no debe perderse de vista que el impuesto predial recae sobre los bienes inmuebles por lo cual el Decreto indica los que deben tomarse como tales en el catastro, así como los factores que influyen de manera definitiva en el avalúo del bien en referencia. El decreto parece haberse anticipado a esta objeción cuando en sus artículos fundamentales cita la correspondiente definición del Código Civil. El actor hace especial hincapié en que el artículo 86 del Decreto al introducir en el catastro la maquinaria de las fábricas establece un nuevo gravamen municipal sobre el la propiedad mueble, pero a más de que el Decreto no impone gravámenes como ya se contradice con la lectura de los artículos del Decreto y el Código ....". "El actor ha perdido de vista que el Decreto no es sino el desarrollo lógico de la Ley 65 de 1939, que dispuso que el gobierno unificará los sistemas y preparará la organización del Catastro Nacional en la forma amplísima que allí se indica, invistiéndolo de facultades especiales, con fundamento en el numeral 8 del artículo 69 de la Constitución. Ante esa ley el Decreto que se estudia no es sino el reglamento orgánico del catastro, en forma técnica y científica, que fija el objeto y características de su organización, las entidades que tienen la dirección y el control, los trabajos que corresponden a las distintas oficinas, el levantamiento del catastro, la identificación de los predios el avalúo de los mismos con indicación del cálculo, procedimiento y entidades que deben ejecutarlo, reclamos, forma de resolverlos y operaciones finales que implican la copia de documentos estableciendo de oficio la matrícula de la propiedad y vigencia del nuevo Catastro, así como conservación del mismo, mutaciones de la propiedad, lista de contribuyentes. Como se ve se trata de el

Páginas

reglamento orgánico del Catastro, en desarrollo de un nuevo sistema que no tiene su origen en el Decreto acusado, sino en la ley que lo nacionalizó, mediante expresa reforma de las disposiciones anteriores con él relacionadas, de donde se deduce que los ataques formulados contra el decreto más bien debieran dirigirse contra la ley, máxime si como se observa, los reparos de orden fundamental se hacen en orden a contravenciones de la Carta Fundamental. *La doctrina extranjera;* e) Confirman también el criterio expuesto en este salvamento, entre otros, los siguientes autores extranjeros: El autorizado tratadista Chileno *Luis Claro Solar,* comentando el artículo 570 del Código Civil Chileno, cuyo texto reproduce textualmente el artículo 658 de nuestro Código Civil, dice en su obra Explicaciones de Derechos Civil Chileno y comparado, Imprenta Cervantes, 1930, Tomo VI. pág. 79 y ss. *Josserand, Derecho Civil,* Traduc. Tercera Edición, Tomo I, Volumen III, págs. 30 y 33. Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, Segunda Edición, Tomo II, págs. 26 y 31. *Planiol y Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Editorial* José M. Cajicá, 1945. W. págs. 63 y ss. *Jean Carbonnier,* actual profesor de la Universidad de París, en su obra *"Derecho Civil"*, edit. Temis. 1969, 6ª edición, pág. 74, refiriéndose a los inmuebles por destinación industrial, previsto en el artículo 524 del Código Civil Francés. *Berlia,* también actual profesor de la Universidad de París, en su curso sobre *"Ciencia y Técnica Fiscal"*, Edit. Les Coure de Droit, 1958 1959, pág. 274. 1) La formación del Catastro tiene un régimen especial de Derecho Público, contenido en las disposiciones de la Ley 65 de 1939 y en el Decreto 1301 de 1940. 2) El envío o remisión que se hace en el artículo 84 del Decreto 1301 de 1940 a varias disposiciones del Código Civil y, entre ellas, el artículo 658 en relación con las cosas corporales consideradas inmuebles por adherencia, destinación y radicación, está condicionado por el propio artículo 84 a que "dichas cosas queden cobijadas por los artículos 85 y siguientes del presente decreto". En tal virtud, si existiere una contraposición normativa entre el régimen de derecho público y el régimen de derecho privado, es obvio que para efectos catastrales, deben prevalecer las disposiciones especiales sobre la materia, conforme a la condición expresa del envío que se hace en el artículo 84 citado. 3) Considera, además la Sala que una acertada interpretación del artículo 658, permite concluir que, en lo esencial, coinciden las prescripciones de éste con las del régimen catastral, en cuanto unas y otras contemplan el "establecimiento industrial" o el "inmueble industrial" como una unidad jurídica, derivada de la común destinación económica que su dueño la asignó a la maquinaria y al suelo al cual adhiere la primera. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 8 de 1979. Consejero ponente: doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 2777-10473. Actor Bavaria S. A.). 311

80. INMUEBLES POR DESTINACION. (SALVAMENTO DE VOTO).

Cuando un objeto, que por su naturaleza es mueble, está colocada permanentemente para el uso, cultivo y beneficio del inmueble, ese objeto es considerado por la ley como haciendo un sólo cuerpo con el inmueble el cual sirve y se llama inmueble por destinación (ar-

tículo 658 Código Civil). Debe excluirse del avalúo catastral, únicamente para la finalidad de liquidar el impuesto predial, el valor de las instalaciones industriales y maquinaria correspondiente.— La interpretación del artículo 658 y concordantes del Código Civil ha sido hecha en numerosas ocasiones y de una manera uniforme por el Consejo de Estado. Esta interpretación puede resumirse así: cuando un objeto, que por su naturaleza es mueble, está colocado permanentemente para el uso, cultivo y beneficio del inmueble, ese objeto es considerado por la ley como haciendo un sólo cuerpo con el inmueble al cual sirve y se llama inmueble por destinación. En cambio, si el objeto mueble por naturaleza está simplemente colocado sobre el inmueble, pero sin estar destinado a su uso, cultivo y beneficio, ese objeto conserva su calidad de mueble. Este precisamente es el caso, en general, de las maquinarias y equipos industriales, los cuales desempeñan funciones my distintas del uso, cultivo y beneficio del terreno sobre el cual están colocados. "El artículo 658 del Código Civil Colombiano, al referirse a los inmuebles por destinación, sienta un principio y luego trae seis ejemplos, más o menos afortunados. Lo esencial es el principio, lo accesorio los ejemplos. Lo lógico es razonar a partir del principio hacia los ejemplos y no viceversa. O dicho de otro modo, los ejemplos ha de interpretarse de acuerdo con el principio y no al contrario. "El principio es el sisiguiente: "Se reputan inmuebles aunque por su naturaleza no lo sean, las cosas que están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo, de que pueda separarse sin detrimento". "Para que un mueble por naturaleza se convierta en inmueble por destinación se necesitan los siguientes requisitos: "1º. Que el dueño del mueble sea a la vez dueño del inmueble. Si el mueble pertenece a un dueño distinto, aunque esté al servicio del inmueble, conserva su verdadera naturaleza". "2º. Que el mueble esté puesto en el inmueble de una manera permanente. En cualquier momento, el dueño del mueble puede desafectarlo, y, entonces, éste retorna inmediatamente a su antigua y verdadera naturaleza. Esta desafectación puede hacerse, por ejemplo, en el momento del acto jurídico de disposición, diciendo que los aperos de la labranza o minería, *verbi gratia* no quedan comprendidos en el legado, la venta o la hipoteca de la finca en donde están colocados. Y estas cláusulas son perfectamente válidas". "3º. Que el mueble esté destinado por su dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble". "La expresión 'uso, cultivo y beneficio' es una expresión unitaria, que los gramáticos llaman *endiadis* y que consiste en expresar una idea, que podría expresarse con un sólo sustantivo, con varios sustantivos de significado similar. Por ejemplo, para decir civilización se dice la humanidad y la cultura. "En el caso presente, la expresión 'uso, cultivo y beneficio' expresa la idea de que el mueble está al servicio del inmueble, como la yunta de bueyes o el tractor están al servicio de la hacienda cuyos campos aran, pero como no están los ganados de engorde ni las maquinarias industriales que, si bien se sirven del suelo no le sirven a él. Porque una cosa es servirse del inmueble y otra muy distinta es servir al inmueble. Y lo que el artículo 658 exige es que el mueble sirva al inmueble y no lo contrario". "De los seis ejemplos que trae el artículo 658, solamente interesa el ejemplo número 5, que dice así: 'Las prensas, calderas, cubas, alambiques,

toneles y máquinas que formen parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y pertenecen al dueño". "Para que estos objetos puedan ser inmuebles por destinación, además de los requisitos generales, se necesitan que adhieran al suelo y pertenezcan al dueño de éste. "Hay varias maneras de interpretar este numeral 5º: "a) Hay una interpretación, que para la Sala es la única válida que concuerda con el principio general sentado en el artículo 658. Según ella, son inmuebles por destinación las máquinas que, además de adherir al suelo y pertenecer al dueño de éste, están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio del inmueble, es decir al servicio de él. "Si esto es así, es preciso estudiar, en cada caso concreto, si la maquinaria que hace parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y perteneciente al dueño de éste, está también destinada por el dueño al uso, cultivo y beneficio del inmueble, es decir, a su servicio, o no lo está. En caso de que la maquinaria llene los tres requisitos enumerados, en el sentido que se les da en esta providencia ella es un inmueble por destinación. Si falta cualquiera de los tres requisitos, la maquinaria es un simple mueble; "Hay otra interpretación que para la Sala es incorrecta. Según ella, son inmuebles por destinación las máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo y perteneciente al dueño de éste, se sirvan del suelo como soporte. Es decir, en esta interpretación, la expresión 'uso, cultivo y beneficio', es completamente inocua, puesto que es evidente que toda maquinaria tiene que servirse del suelo, tiene que apoyarse en él. Por consiguiente, esta interpretación prescinde del tercer requisito indicado por la ley. "A modo de ver de la Sala, esta interpretación es incorrecta por los siguientes motivos: a) Porque trata de dar al ejemplo número 5 una autonomía que la ley no quiere darle; b) Porque desvirtúa claramente el sentido de la expresión 'uso, cultivo y beneficio' ya que el genuino sentido de esa expresión es el de que los muebles sirvan al inmueble y no viceversa; c) Porque, con esta interpretación, se llega a unas consecuencias fiscales injustas, como más adelante se verá. "El impuesto predial está establecido en favor de los municipios y grava a los propietarios del inmueble dentro de los límites municipales. En pura lógica y teniendo en cuenta que las disposiciones legales solamente gravan los inmuebles, también deberían considerarse gravados los verdaderos inmuebles o sea el suelo y los edificios sobre él construidos, y no los inmuebles por destinación, que en realidad son muebles y que solamente una ficción del legislador considera inmuebles, en orden de alcanzar fines muy distintos de los fiscales". Sin embargo, no se discutirá que los inmuebles por destinación están también sujetos al impuesto, ya que así lo disponen algunas normas especiales, pero, como esas mismas normas se refieren al concepto que de inmuebles por destinación da el artículo 658 del Código Civil, se tiene que volver siempre a la recta interpretación de este artículo, que, a juicio de la Sala, es la interpretación del literal a) de este estudio". "Veánse, ahora, las consecuencias fiscales injustas que tiene la interpretación indicada en el literal b) de este estudio. "En efecto, si se adopta el criterio de que la maquinaria de un establecimiento industrial es inmueble por destinación por servirse del suelo en que está colocada, por estar adherida a él y por pertenecer a un mismo dueño, se llega a una conclu-

sión fiscal, que se resume en el siguiente cuadro: "1º. Dueño de maquinaria simplemente colocada en suelo ajeno, no paga el impuesto". "2º Dueño de maquinaria colocada en suelo propio, no paga el impuesto". "3 Dueño de maquinaria adherida en suelo ajeno, no paga el impuesto". "4º Dueño de la maquinaria adherida en suelo propio, paga el impuesto". "Es una manera completamente arbitraria e injusta de distribuir al impuesto predial". "Por el contrario, si se adoptara el criterio de que el inmueble por destinación es aquél que, además de pertencer al dueño del suelo y de estar adherido permanentemente a éste, está destinado por su dueño al servicio del inmueble, tendremos siempre una solución igual, o sea que solamente pagan el impuesto predial aquellos bienes por naturaleza, que su dueño ha adherido permanentemente a un predio suyo para el servicio de éste y no para otros fines". "Dos ejemplos finales aclaran lo dicho:" "1º Si el dueño de una mina coloca en ella, de una manera permanente y con el fin de acarrear los materiales sacados de la mina, una serie de vagones, esos vagones están al servicio de la mina, y son, por consiguiente, inmuebles por destinación". "2º Por el contrario, si el dueño de un microscopio electrónico lo coloca en un edificio, para explotarlo económicamente, nadie pretendería que ese microscopio electrónico es un inmueble por destinación; y no lo es, por la sencilla razón de que no está destinado al servicio del inmueble, aunque evidentemente tenga que apoyarse en él". "Por último, es preciso considerar que los establecimientos industriales y comerciales, como tales, además del impuesto sobre el patrimonio, pagan a los respectivos municipios, el impuesto de industria y comercio. Ahora bien, si la maquinaria perteneciente a una industria queda englobada en el avalúo de la tierra para efectos de la liquidación del impuesto predial, se llega al resultado injusto de que una misma maquinaria va a ser gravada dos veces por la misma causa, contra todas las reglas de una buena organización hacendística y fiscal". "Sobre la ficha catastral debe observarse que los datos que ella debe contener al ser elaborada por el Instituto Agustín Codazzi u otra oficina encargada de esa función tiene por fin que haya completa descripción económica de los inmuebles, en especial para el efecto de los datos que deben conservarse en las oficinas de registro de instrumentos públicos y privados. Por tanto los mandatos de los Decretos 2155 y 2250 de 1970 no pueden entenderse como aplicables para los efectos del impuesto predial". "Nadie construye una instalación industrial costosa y complicada con el solo fin de aumentar el precio de la tierra. Por tanto, en las empresas industriales el valor del terreno es meramente accidental desde el punto de vista del objeto social de la industria. El suelo es lo accesorio, lo que accede a lo principal que es la instalación para industria, y no al contrario". "Los inmuebles por destinación deben computarse para los efectos del impuesto predial cuando sus objetivos son facilitar o mejorar la explotación del terreno. Desde el punto de vista tributario, para los fines del impuesto sobre el patrimonio la maquinaria y demás instrumentos industriales van disminuyendo de valor año por año, mediante la aplicación de las cuotas de amortización que son aceptables según la vida probable de las máquinas. Este sistema sería prácticamente imposible de aplicar para el impuesto predial por que los avalúos catastrales no se haran por anualidades y si para el impuesto sobre

patrimonio debe adoptarse la cifra catastral, sería imposible reconocer las desvalorizaciones resultantes del uso de la maquinaria. Esta congruencia fiscal es razón poderosa para desechar la noción de inmuebles por destinación en cuanto a las instalaciones industriales que no tienen por fin la mejor explotación del terreno". "Para suplir estas dificultades y simultáneamente no perjudicar los fiscos locales fue para lo que se concibió el impuesto de industria y comercio". "Aunque la ley pueda adoptar el sistema de múltiple tributación sobre el mismo objeto o la misma fuente, sin inconveniente constitucional, en el caso del catastro no existe este mandato legal ni sería conveniente y por ello se han establecido dos fuentes fiscales distintas: la que grava el terreno, y la que grava la explotación industrial respecto de la cual el terreno es accidente accesorio inevitable". "Sería fácil eludir el pago del impuesto predial liquidado con inclusión del valor de las industrias construidas sobre el terreno mediante el simple mecanismo de transferir la propiedad del suelo a persona o sociedad subsidiaria y pagar a ésta arrendamiento más o menos simbólico por su utilización para el establecimiento de la empresa industrial". "Aunque la doctrina jurídica relativa a los inmuebles por destinación no se concibió desde el punto de vista fiscal sino para resolver los problemas inherentes a las obligaciones surgidas de los contratos de compraventa y de hipoteca, tampoco ha sido incompatible para la celebración de contratos de prenda aunque la maquinaria se haya destinado a la explotación permanente de la actividad industrial y aunque esté adherida al suelo. Si en Francia o en otros países ésta doctrina se ha extendido para darle validez fiscal, ello podría explicarse porque en los países desarrollados la industria manufacturera es fuente principal como contribución al producto bruto y también al producto nacional bruto por oposición a lo que ocurre en los países menos desarrollados en los que la fuente principal de su producto se origina en la actividad agropecuaria. Hacer interpretaciones legales que conduzcan a desestimular el desarrollo industrial es contrario a la necesidad social y sólo sería admisible en vista de mandato legal y expreso, que por otra parte, en Colombia sería evidentemente inconveniente". "Aunque los porcentajes de participación del sector agropecuario y del de la industria manufacturera han variado un poco de 1957 a 1970, computados en pesos constantes de 1956 el predominio del sector agropecuario sigue siendo notable. La contribución de esta última en 1957 fue de 34.3% y en 1970 de 27.3%. El de la industria del primer año fue de 17.0% y en el último de 19.9%, apenas ligeramente superior a la participación del comercio y desde luego inferior si se suman el comercio, los transportes y los seguros y otras actividades financieras, es decir los servicios excluidos, los personales y los del Gobierno. "La idea que existe acerca de la gran rentabilidad del sector manufacturero no corresponde a la verdad y al contrario, los rendimientos de las acciones inscritas en la Bolsa de Bogotá enseñan lo opuesto. Aunque en pesos corrientes, los siguientes ejemplos sirven para medir la afirmación hecha. La tasa de rendimiento promedio anual, en Eternit Colombiana pasó de 1967 1971 de 11.8% a 6.7%. La Cervecería Andina de 9.4% a 3.8%; la de Bavaria, de 16.7% a 13.4%; la de Cemento Samper de 12.4% a 7.0%; la de Confecciones Everfit de 17.7% a 8.6%. Este decrecimiento es más espectacular

Páginas

si se observa la baja vertical que todas las acciones inscritas en bolsa tuvieron durante los seis primeros meses de 1971, lo que indica que la tasa porcentual de rendimiento ha decrecido extraordinariamente a pesar del simultáneo decrecimiento del valor comercial de la acción". "Si el mayor problema que afronta el país es desde varios años el del desempleo se seguirá aumentando aunque se detuviera o disminuyera el ritmo de crecimiento de la población por el sólo efecto de las mejoras en la explotación comercial del sector agropecuario, fenómeno inevitable y además deseable. Tal desempleo por sobrante de trabajadores rurales sólo puede absorberse por la industria tanto manufacturera como de construcción y por los servicios. En los doce años transcurridos de 1953 a 1963 el número de personas empleadas en la industria manufacturera tan sólo aumentó en 103.283 unidades, es decir, bastante menos de diez mil personas al año, lo que resulta dramático si se recuerda que por el sólo incremento natural de la población el país debería ofrecer no menos de doscientos cincuenta mil empleos anuales". "En resumen, cualquier interpretación que conduzca a desestimular el crecimiento industrial es nociva para la prosperidad económica del país y para el bienestar social"."Si la productividad del sector rural mejora, como es lo deseable, y si el volúmen bruto de la producción agropecuaria supera, como debería, las necesidades del mercado interno, el número de personas excedentes que hoy se ocupan en actividades campesinas aumentará considerablemente y los nuevos empleos deberán ser admitidos y suministrados por la industria y por los servicios". "Desde el punto de vista fiscal general, el Estado recibirá beneficios a corto plazo en cuanto la rentabilidad industrial sea incremendata. Desde el punto de vista de los fiscos municipales hay dos gravámenes bien diferentes que son el predial y el de industria y comercio". (Salvamento de Voto de los Consejeros, doctores Betancur Jaramillo, Buitrago Hurtado, Dangond Flórez y Valencia Arango a la sentencia de Sala Plena de 8 de octubre de 1979. Expediente 10.473. Actor: Bavaria S. A.). NOTA DE LA RELATORIA: El doctor Alvaro Orejuela Gómez y el doctor Reyes Posada se adhirieron al anterior salvamento". 337

81. INSUBSISTENCIA

La declaración de insubsistencia de un nombramiento es de competencia de la autoridad nominadora. (Decreto 1950 *de* 1973).— Según lo indica el texto de la resolución acusada, Jesús Alberto Cordero Arb venia desempeñando el cargo de Jefe de Grupo Personal Técnico I-29 de la Regional Oriental del Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables INDERENA hasta el, 27 de septiembre de 1976, fecha en que fue declarado insubsistente mediante el citado acto proferido por el Gerente Regional Oriental de dicho Instituto. Cabe observar en primer lugar, que el cargo que desempeñaba el actor era de libre nombramiento y remoción, pues no está demostrado que éste estuviera escalafonado en la carrea administrativa o sujeto a un periodo fijo. En consecuencia, podía ser declarado insubsistentemente como bien lo dice la sentencia apelada, siempre y cuando que el acto acusado hubiese emanado de la persona o entidad facultada discrecionalmente para nombrar y remover libremente a los empleados al servicio de INDERENA. Sin embargo, no

Páginas

debe perderse de vista que el Gerente Regional si bien tiene facultad para efectuar los nombramientos del personal, por delegación del Gerente General del INDERENA, también existe una limitación en el sentido de que cuando se trata de proveer acargos de Grado 23 en adelante se requiere autorización previa escrita de la Gerencia General. Por lo demás, la facultad de nombrar lleva consigo la de remover, cuando se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, no inscritos en carrera administrativa ni amparados por fuero de inamovilidad alguna. En consecuencia le es aplicable al caso de estudio lo expresado en fallo de 16 de marzo del corriente año, en el expediente Nº 1301, actor Mario Ovidio Durán Suárez, en el cual se dijo: "Según la Resolución Nº 0840 de 1º de julio de 1975, expedida por el Gerente, General del INDERENA, éste delega en los Gerentes Regionales la facultad de "Nombrar y dar posesión, declarar la insubsistencia de nombramientos....." de los Empleados Públicos de la Gerencia Regional, indicando en el artículo 3º que: "Mientras se implanta el proceso de selección por el sistema de concursos de la Carrera Administrativas y para el ejercicio de la facultad de nombramiento, conforme al artículos anterior, se necesita autorización previa escrita de la Gerencia General cuando se trate de proveer cargos clasificados del grado 23 en adelante, según las escalas de remuneración del Decreto 230 de 1975". "Como el grado del cargo que ocupaba el demandante estaba por encima del 23, para la previsión del mismo se requería la autorización previa escrita de la Gerencia General. El artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 determina que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera "puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia". Pero si la autoridad nominadora está sujeta a determinada condición para la provisión del cargo, lógicamente, esa misma condición debe operar para la declaratoria de insubsistencia". "Finalmente acoge la Sala el parecer de la Fiscalía Quinta de la Corporación en el sentido de que el fallo apelado debe confirmarse, para concluir lo cual hace las siguientes consideraciones": "Comparte este Despacho la apreciación del Tribunal en el sentido de que al no haberse obtenido el sentimiento del Gerente General del INDERENA para expedir el acto acusado, se quebrantó la Resolución 840 de 1975, porque aunque aquí no se habla sino de provisión de cargos, el Decreto 1950 de 1973 establece en su artículo 109 que: "La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento es de competencia de la autoridad nominadora". "El Gerente Regional, sin previa autorización del Gerente General, no era entidad nominadora para cargos del grado 23 hacia arriba; y al no serlo, tampoco podía válidamente declarar la insubsistencia de esos nombramientos". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 14 de 1979. Consejero ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares. Expediente 1944. Actor: Alberto Cordero Arb. 241

82. INSUBSISTENCIA DE PERSONAL DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION.

La anotación de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del funcionario no es un requisito indispensable para la validez del

Páginas

acto de desvinculación, y su ausencia, no puede conducir a su nulidad. Ratificación de la doctrina contenida en los procesos de María Francisco González Quevedo, Rosalba Mojica de Perilla y Pedro Manuel Ospina Andrade.— La anotación de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del acto de desvinculación y, su ausencia, no puede conducir a su nulidad. La ley autoriza declarar la insubsistencia del personal de libre remoción, sin motivación, pero, "sin embargo", debe dejarse constancia de las causas en la hoja de vida, cuyo objeto es que la novedad y sus razones queden registradas para posteriores efectos. Luego, si la ley permite la remoción del empleado sin consignar su fundamentación en el acto jurídico y no es anulable por esta causa, mal puede serlo por no dejar una constancia que no aparece establecida como *trámite previo* para la existencia y validez de la decisión administrativa. "De otra parte, es pertinente agregar que "la constancia" no hace parte del acto administrativo, ni de su trámite previo y en tal virtud, no se ve como pueda influir en su existencia, validez y eficacia. Si la ley considera la "constancia" como elemento esencial para la existencia de la decisión administrativa de insubsistencia, así lo hubiera expresado y por el contrario, hubiera emitido la expresión "sin embargo, deberá dejarse constancia "que denota formalidades subordinadas. "Además, si asi no fuera, la sola circunstancia de no enviar la hoja de vida autenticada o no, al Departamento Administrativo del Servicio Civil como se ordena en el parágrafo 1º del artículo 25 del mismo texto, también daría lugar a la nulidad del acto por medio del cual se declara la insubsistencia del respectivo empleado, tanto más si se tiene en cuenta que éste último constituye una actuación posterior a la expedición del acto administrativo propiamente dicho. En consecuencia, este Despacho considera que la omisión de la constancia en la hoja de vida no es causa eficiente para declarar la nulidad del acto acusado". "No obstante la claridad de los conceptos contenidos en la sentencia que se transcribe considera la Sala oportuno formular otras observaciones que confirman la anterior jurisprudencia. En términos generales puede afirmarse que las causales de nulidad del acto administrativo deben ser anteriores o coetáneas al mismo Así por ejemplo, la expedición irregular significa el desconocimiento de las reglas o del procedimiento previamente establecido para la validez del acto Lo mismo puede predicarse del vicio de abuso de poder que implica falta de competencia o extralimitación de las funciones del agente, o la desviación de poder determinada por error en los motivos o falsa motivación. Son todas circunstancias que deben proceder a la actuación administrativa o coexistir con ella; pero expedido un acto sin que medie ninguna circunstancia capaz de anularlo, no es concebible que la omisión de requisitos que la norma legal establece para su cumplimiento posterior sean suficientes para retrotraer la situación e invalidar la actuación cumplida dentro de un marco de estricta legalidad". (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, Sentencia de agosto 16 de 1979. Consejera ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares Expediente 2193. Actor: Luis A. Correa Ramírez y otros). Autoridades Nacionales. Con salvamento de Voto del doctor Alvaro Orejuela Gómez). 234

Páginas

83. INSUBSISTENCIA DE PERSONAL DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. LA FALTA DE CONSTANCIA ACARREA NULIDAD. (SALVAMENTO DE VOTO).

Es cierto que la constancia "a que se refiere el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, en relación con el hecho y las causas que motivan la insubsistencia, es un requisito que la ley establece para el cumplimiento posterior del acto expedido. La consecuencia de la omisión a que alude la norma antes citada, se encuentra estatuido en el artículo 61 del mismo Decreto Ley 2400 de 1968, según el cual "serán nulos todo nombramiento o providencia relacionados con el personal que se hicieren en contravención a las disposiciones de este Decreto". Sostiene los miembros mayoritarios de la Sala "si la ley permite la remoción del empleado sin consignar su fundamentación en el acto jurídico y no es anulable por esta causa, mal puede serlo por no dejar una constancia que no aparece establecida como trámite previo para la existencia y validez de la decisión administrativa". Y añade: "De otra parte, es pertinente agregar que "la constancia" no hace parte del acto administrativo, ni de su trámite previo y en tal virtud, no se ve cómo puede influir en su existencia, validez y eficacia. Si la ley considera la "constancia" como elemento esencial para la existencia de la decisión administrativa de insubsistencia, así lo hubiera expresado y por el contrario, hubiera omitido la expresión "sin embargo, deberá dejarse constancia" .....que denota formalidades subordiandas". Es cierto que la "constancia" a que se refiere el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, en relación con el hecho y las causas que motivaron la insubsistencia, es un requisito que la ley establece para el cumplimiento posterior del acto expedido por la Adminisrtación. Pero no es menos evidente que el hecho y las causas que determinaron la insubsistencia, si son anteriores o coetáneas al acto mismo, por lo cual el citado artículo 26 señala que "deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva Hoja de Vida", estableciendo así una imperativa obligación para la Entidad generadora del acto, que en manera alguna puede dejar de cumplir, por cuanto no es potestativo de la misma. La consecuencia de la omisión a que alude la norma antes citada, se encuentra estatuido en el artículo 61 del mismo Decreto Ley 2400 de 1968, según el cual "serán nulos todo nombramiento o providencia delacionados con el personal que se hicieren en contravención a las disposiciones de este Decreto". El anterior concepto está indicando, claramente, que cualquier desobedecimiento a las normas del estatuto en referencia, acarrea la nulidad del nombramiento o providencia expedidos por la Administración y por ello al no consignarse la constancia en la Hoja de Vida del funcionario, sobre el hecho y las causas que originaron su remoción, se está faltando a la exigencia del artículo 26 del mismo Decreto, y, de consiguiente, el acto que ordene la separación debe ser declarado nulo por la jurisdicción contenciosa. De otra parte, lo anteriormente expresado, no equivale a derogar el principio de libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, ya que aunque la Administración goza de dicha facultad discrecional, no quiere decir que ésta quede exonerada de cumplir con una obligación legal perentoria como es la que le impone la norma tántas veces citada del artículo 26 del

Páginas

Decreto 2400 de 1968 y de su categórica e ineludible sanción consecuencial que se encuentra consagrada en el artículo 61 del referido estatuto. (Salvamento de Voto del doctor: Alvaro Orejuela Gómez, a la sentencia de agosto 16 de 1979. Consejero ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares Expediente 2193). 238

84. INSTRUMENTOS NEGOCIABLES. TITULOS VALORES (ENDOSO). IMPUESTOS. SUSPENSION PROVISIONAL DE LA CIRCULAR EXTERNA D B NUMERO 082 DE 1979 EXPEDIDA POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA.

Los títulos valores emitidos a la orden, deben ser transferibles mediante el endoso y la entrega del mismo tal como lo establece el artículo 651 del Código de Comercio".— El artículo 651 del Código de Comercio citado por la Superintendencia Bancaria, establece: "Los títulos-valores expedidos a favor de determinada persona, en los cuales se agregue la cláusula "a la orden" o se exprese que son transferibles por endoso, o se diga que son negociables, o se indique su denominación específica de título valor, serán a la orden y se tramitarán por endoso y entrega del título, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 648". Sin embargo, como lo señala el demandante, los artículos 652 y 653 de la misma obra preven la posibilidad de transferir un título a la orden por medio diverso del endoso, cuando disponen: "Artículo 652. La transferencia de un título a la orden por medio diverso del endoso, subroga al adquirente en todos los derechos que el título confiera; pero lo sujeta a todas las excepciones que se hubieren podido oponer al enajenante". "Artículo 653. Quien justifique que se le ha transferido un título a la orden por medio distinto del endoso, podrá exigir que el juez en vía de jurisdicción voluntaria haga constar la transferencia en el título o en una hoja adherida a él". "La constancia que ponga el juez en el título, se tendrá como endoso". En tales condiciones, la limitación establecida por el acto acusado, resulta opuesta, *prima facie*, a las transcritas disposiciones del Código de Comercio, por lo cual es procedente la impetrada suspensión provisional del acto acusado. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 7 de octubre de 1979. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Expediente 6349. Actor: Bernardo Herrera Molina). 419

85. INTERVENCION DE TERCEROS

En el Código Administrativo la intervención de terceros no está contemplada y sólo su artículo 89 permite la intervención adhesiva o secundaria en las formas tradicionales de la coadyuvancia y de la impugnación.— Conoce esta Sala del recurso de queja interpuesto contra el auto de treinta (30) de mayo del presente año, por el cual el Tribunal administrativo de Bolívar denegó la apelación interpuesta contra el proveído de 15 del mismo mes que no accedió a la denuncia del pleito pedida por el Municipio de Cartagena por estimarla improcedente. Para resolver, se considera: a). El auto que no aceptó la denuncia propuesta debió pronunciarse por la Sala y no por el sustanciador. Aunque no existe norma que así lo ordene expresamente, y por tratarse de auto que no tendría apelación ni súplica, la única posibilidad, para su control, estaría en el

Páginas

recurso de reposición. b). En el Código Administrativo de intervención de terceros no está contemplada y sólo su artículo 89 permite la intervención adhesiva o secundaria en las formas tradicionales de la coadyuvancia y de la impugnación. Estima la Sala que en cuanto a las otras formas de intervención de terceros contempladas hoy en el nuevo Código de Procedimiento Civil y concretamente frente a la denuncia del pleito, no puede hablarse propiamente de vacio, entre otras razones por cuanto en el proceso contencioso administrativo, por regla general, no existe la contestación de la demanda y porque en éste se revisa un acto administrativo legal del debido agotamiento de la vía gubernativa por la parte afectada por el mismo, quien es la única, en principio, legitimada para accionar. Se desprende del expediente que el proceso instaurado por "SU CASA LTDA." es de dos instancias, en razón de la cuantia y de la naturaleza de las partes y que su trámite se cumplia en primera. Circunstancia ésta que cerraba la posibilidad de que el auto por el cual se resolvió denegar la denuncia del pleito fuera suplicable. Basta recordar que el recurso ordinario de súplica no procede sino contra los autos que por su naturaleza serian apelables, dictados en única o segunda instancia (artículo 363 del Código de Procedimiento Civil). Para esta Sala el auto que concede o niega una apelación debe ser pronunciado por la Sala y no por el sustanciador, como sucedió en el caso concreto Esta afirmación respalda la tesis doctrinal ya reiterada de esta Corporación de que contra los autos de Sala Unitaria o mejor, del sustanciador, no cabe el recurso de apelación. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 9 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 2780. Actor: Su Casa Limitada (Alberto Martínez.). 857

86. INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA

En la industria siderúrgica. (La Ley 97 de 1938; la reforma constitucional de 1945; la Ley 45 de 1947, el Decreto Extraordinario 3123 de 1948; la Ley 95 de 1948; el Decreto 4051 de 1949, el Decreto 285 de 1965, el Decreto 261 de 1950, los Decretos 2187 de 1442 y 0323 de 1951). Financiación de la industria siderúrgica y de la Empresa de Paz de Río S. A., mediante la participación activa de la inversión estatal y particular (contribuyentes del impuesto de renta y complementarios). Intervención económica del Estado en el crédito ganadero (la Ley 29 de 1959 sobre Banco y Fondos ganaderos; la Ley 5ª de 1973). El Gobierno no solamente está habilitado para dictar las normas reglamentarias de la ley que contiene el mandato, sino también para expedir disposiciones con fuerza de ley, dentro del marco de ese mismo mandato. Las acciones provenientes de inversiones sustitutivas de impuestos (financiación en la empresa Acerías Paz de Rio, en el Banco y en los Fondos Ganaderos (Decreto Ley 4051 de 1949, Leyes 26 de 1959 y 42 de 1971, el Decreto 602 de 1976). Dos años después de la expedición del Acuerdo Legislativo de 1936, en cuyo artículo 1º se instituyó la intervención del Estado en la Economía por medio de leyes, el Congreso Nacional expidió la Ley 97 de 1938 en virtud de la cual se dispuso que el gobierno procediera "a organizar el establecimiento de fábricas para la elaboración de hierro y acero usando cualquiera de los procedimientos conocidos,

conforme a la técnica moderna, de manera que se asegure una producción suficiente y continua, teniendo en cuenta los estudios geológicos y de toda clase, ya verificados si los hubiere, respecto de las regiones donde se encuentren los respectivos yacimientos, (artículo 1º). Para tal efecto se facultó al Gobierno para gestionar la formación de empresas con el fin indicado o destinadas a la elaboración del hierro y del acero producido en dichas plantas, suscribiendo en las Compañías que al efecto se constituyan, hasta el 51% de las acciones (artículo 2º) o también mediante el establecimiento directo de fábricas o empresas por parte del gobierno (artículo 3º). El Legislador del año 38 dispuso, pues, una intervención estatal en un sector muy importante de la Economía Nacional, como es el de la industria siderúrgica, con unas características muy notorias de profundidad, en cuanto no la limitó a simples actos de estímulo, sino que le estructuró en forma tal que el Estado asumiera, por sí sólo o con la colaboración del capital privado, la formación de empresas y la explotación consiguiente. En el lapso comprendido entre 1938 y el acto legislativo de 1945, el Gobierno no creó ninguna empresa con capital puramente estatal, ni con la colaboración del capital privado, en orden a la ejecución de la Ley 97. Tal era la situación, cuando se expidió el Acto Legislativo de 1945 por el cual se le introdujo una reforma importante a la norma sobre intervención económica, a saber: Que ésta debia realizarse por mandato del legislador y no por medio de leyes como antes se tenía previsto, con lo cual se amplió la competencia gubernamental en el proceso intervencionista, según ha tenido oportunidad de explicarlo esta Sala en setencias anteriores, como la dictada el seis de mayo de 1974, expediente 1836, Consejero Ponente, doctor Alfonso Arango Henao. En sentencias de febrero 4 de 1976 y de febrero 3 de 1978 se expresó ese mismo criterio. La Ley 97 de 1938, de suyo constituye un mandato para intervenir en la industria del hierro y del acero, por manera que la reforma constitucional del año 45 sobre intervención del Estado en la Economía, no implicó su derogación sino más bien una ampliación de facultades para el Gobierno, que dispondría en adelante no sólo de atributos reglamentarios, sino de competencia para dictar normas con fuerza de ley, necesarias para la debida ejecución del mandato. Por consiguiente y en estricto rigor, el Gobierno no dispuso a partir de 1945 de los más amplios instrumentos jurídicos para intervenir en la industria siderúrgica mediante la creación y organización de empresas estatales o de economía mixta. Sinembargo el Congreso consideró conveniente disponer por medio de una ley especial, la 45 de 1947, la creación de la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río, quizás porque la trascedencia y la magnitud del empeño exigian un gran compromiso nacional. De esta suerte, se sumó al mandato amplio de la Ley 97 de 1938, el concreto y específico de la Ley 45 de 1947. En la legislatura de 1948, que dio forma de ley ordinaria al Decreto Extarordinario 3123 de 1948, se acogió el criterio expresado por el gobierno en dicho decreto, y conforme al cual la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río "responde a urgentes necesidades de orden público económico por la transformación que dicha empresa está llamada a operar en el desarrollo industrial de la Nación .....; Que con el efectivo desarrollo de la empresa Siderúrgica se lograría el inmediato mejoramiento de la balanza internacional de

pagos, actualmente afectada por el éxodo de divisas destinadas a la adquisición de artículos de hierro y acero, con detrimento de la economía nacional; que es un deber del Estado fomentar y facilitar la formación de empresas que como la Siderúrgica Nacional de Paz de Río, ofrece oportunidades propicias al capital, tanto nacional como extranjero para inversiones seguras y lucrativas y que además redunden en beneficio efectivo de la comunidad, y que los resultados favorables al país, que se derivarían del desarrollo de esta empresa, compensarán ampliamente las garantías y exenciones que se otorguen a los inversionistas nacionales y extranjeros" (Considerando del Decreto 3123 de 1948, cuyas disposiciones forman el articulado de la Ley 95 de 1948). Bajo el mismo criterio se dictó el Decreto 4051 de 1949, por medio del cual se implantó un nuevo sistema para la financiación de la industria siderúrgica sobre la base del recaudo del 50% del impuesto adicional establecido en la Ley 85 de 1946 para los contribuyentes del impuesto de renta y complementarios, que se invertiría en el pago de las acciones suscritas por el Estado en la Empresa Siderúrgica Nacional de Paz de Río S. A. (Artículos 1º y 2º del Decreto 4051). De este impuesto se exoneró a los contribuyentes que comprobarán la adquisición para sí, de acciones de la Empresa por un monto equivalente al del impuesto adicional (artículo 4º *ibidem*). Posteriormente se dispuso que la suscripción de estas acciones se atendería con las acciones del Gobierno Nacional que manejaba el Banco de la República, en calidad de fideicomisario y se elevó el impuesto adicional del 2½% al 4%. (Artículo 9º y 12 del Decreto 285 de 1955). En un principio las acciones que se adquieran para obtener la exoneración del impuesto no fueron negociables en el mercado (artículo 2º Decreto 261 de 1950), pero luego se les restituyó su negociabilidad (artículo 1º del Decreto 2187 de 1951). La finalidad de la política adoptada en los decretos precitados, era clara: Una empresa de tánta trascedencia para la economía nacional, reclamaba la participación activa del mayor número posible de colombianos, pero éstas dadas las circunstancias sólo se alcanzaría mediante el empleo de algún medio, en cierta forma compulsivo que garantizara, además, una fuente permanente de financiación. De esta manera, buena parte de la inversión estatal sería sustituida por la inversión particular de los contribuyentes que hicieran uso de la opción legal, sin perjuicio de algunas acciones que conservaría el Estado (788.069 actualmente) representativas del precio de venta del ferrocarril Sogamoso Paz de Río (Decreto 1442 de 1951) y de los títulos o acciones expedidos por concepto del impuesto adicional de la renta, en los casos en que el contribuyente no hubiera hecho uso de la opción de comprar acciones. Este volúmen de acciones del Estado se incrementará notablemente cuando se perfecciona la operación prevista en el Decreto 00323 de 1951, conforme a la cual, el Estado aportará a la Empresa los derechos que a cualquier título le pertenezcan en los yacimientos de hierro, carbón, calizas y demás sustancias minerales situados en la zona de explotación, y recibirá como precio de la cesión y de los minerales explotados hasta ahora, el equivalente en acciones de la Empresa. Es indiscutible que esta política significó una sustitución muy apreciable de la inversión pública por la privada, con el fin de vincular al mayor número de colombianos en una empresa de tanta significación nacional y de garantizar, por

este medio, la solidez de su financiación, pero de ninguna manera puede interpretarse como si el Estado hubiere dejado de considerar a la industria siderúrgica como pilar fundamental del desarrollo industrial y a Paz de Río como empresa clave para la economía nacional. Esa apertura hacia la inversión privada, a través de la sustitución del impuesto, obedeció a circunstancias especiales y se mantuvo mientras fue necesaria para impulsar el crecimiento de la empresa, como un medio, el más adecuado en ese momento para alcanzar los fines de interés público y social, vinculados a ella. Por consiguiente, no puede entenderse, ni siquiera suponerse que con ello se le había impreso un viraje absoluto a la política estatal, en el sentido de institucionalizar una privatización irreversible que impidiera o hiciera imposible en el futro, la intervención en la industria siderúrgica, dispuesta por el legislador desde 1938. Ese mandato intervencionista continúa vigente y por lo tanto el Gobierno debe ejecutarlo, utilizando los medios necesarios e idóneos, según las circunstancias del momento, en orden a procurar el desarrollo de la industria y a precaver o a conjurar situaciones que puedan poner en riesgo los altos intereses nacionales vinculados a la Empresa y, en ejercicio de esta competencia especial, el gobierno según lo expresado anteriormente, está habilitado para dictar regulaciones con fuerza equiparable a la de la ley. 2. *El Crédito Ganadero*. Desde antes de 1959 ésta modalidad de crédito ha sido objeto de intervención económica por parte del Estado pero, fue en este año cuando se le imprimió a esa intervención una forma perfectamente definida, al expedir el Congreso la Ley 29, sobre Banco y Fondos Ganaderos, entidades a las cuales se les dio la forma de Empresas de Economía Mixta. Los objetivos de esa intervención se deducen del texto de la ley y pueden sintetizarse en la necesidad de fomentar, canalizar y dirigir esta modalidad del crédito con el fin de alcanzar la financiación que requiere el desarrollo de la industria ganadera. El crédito manejado por la iniciativa privada no ha mostrado mucha apetencia hacia la agricultura y la ganadería, por razón de la amplitud de los plazos que requieren estos préstamos, la complejidad en el manejo de cartera, y los riesgos que comporta, la localización preferente de los establecimientos de crédito en los centros industriales y comerciales de mayor desarrollo y otras más, que no es menester enumerar ahora. Dadas estas circunstancias y la ineficacia del empleo de medios exclusivamente normativos para lograr una financiación suficiente de la industria, por conducto de la iniciativa privada, se hizo imperiosa la participación activa del Estado, en la organización de instituciones como el Banco y los Fondos Ganaderos, a los cuales aportó parte muy importante del capital. Este mandato legal de intervención en el crédito ganadero no sólo se mantiene vigente, sino que ha sido ampliado y profundizado por la Ley 5ª de 1973, conforme a la cual el Banco y los Fondos Ganaderos continúan siendo sociedades de economía mixta, cuyo capital se integra con acciones de la clase a (oficiales y acciones de la clase B (suscritos por particulares). Se dispone que las juntas directivas de los Fondos sean paritarias entre el sector público y el privado, a pesar de que esa proporción no corresponda con la representación de acciones en las

Asambleas Generales, con lo cual se pretende otorgarle al Estado una preeminencia en la dirección de tales instituciones. Se permite la sepración de las elecciones de los miembros del sector público y del privado en tales juntas y se prevé la aplicación del cuociente en esas elecciones, dentro de cada sector. Para que se entienda conferido el mandato de intervención no se precisa el empleo de fórmulas sacramentales como es de usanza en el otorgamiento de la representación judicial. Si el legislador dispone que el Estado asuma una función de tipo económico que antes no ejercia, bien sea en concurrencia con los particulares o ya sea desplazando a éstos y crea instituciones para ejercerla con el fin de orientar, dirigir, fomentar o canalizar la actividad económica en un determinado sentido, es indiscutible que las disposiciones correspondientes entrañan un mandato de intervención económica que habilita al Gobierno para disponer sobre los medios necesarios y adecuados en orden a la realización del propósito interventor, no sólo mediante el ejercicio de los atributos inherentes a la potestad reglamentaria sino del empleo de facultades de mayor alcance, como son las que se derivan del artículo 32 de la Carta Fundamental. Es, pues, evidente que, en relación con el crédito ganadero, existe un mandato de intervención dispuesto por el legislador para fomentarlo, dirigirlo, orientarlo y canalizarlo en orden a lograr la adecuada financiación que permita un desarrollo general de la economía nacional. También es incuestionable que el legislador instituyó al Banco y a los Fondos Ganaderos como los organismos fundamentales de esa intervención y, dentro de ese criterio, se le otorgó al Estado una preeminencia sobre el sector privado, como personero del bien común o del interés general. En estas condiciones la Sala concluye que el gobierno no solamente está habilitado para dictar las normas reglamentarias de la ley que contiene el mandato, sino también para expedir disposiciones con fuerza de ley, dentro del marco de ese mismo mandato y que el Gobierno considere necesarias para realizar los fines que el Congreso le señaló o para impedir o evitar que los organismos de intervención previstos sean desviados de sus objetivos propios. *Las Acciones provenientes de inversiones sustitutivas de impuestos.* Tanto en la empresa Acerias Paz de Río, como en el Banco y en los Fondos Ganaderos el sistema de financiación establecido en la ley y a través de la inversión sustitutiva de impuestos (Decreto Legislativo 4051 de 1949 y disposiciones posteriores -Artículo 5º Ley 26 de 1959 y Ley 42 de 1971) ha producido un fenómeno que se explica fácilmente por la naturaleza misma del sistema: Una cantidad muy apreciable de accionistas han omitido el reclamo de sus títulos y han dejado de ejercer los derechos y deberes inherentes a su condición; unos por olvido, otros por inercia, otros porque han desaparecido, bien por muerte o extinción de la persona jurídica, otros porque ignoran la existencia de los títulos. Sea cual fuere la causa, la situación real en el caso de Acerías Paz de Río es la existencia de 12'025.357 acciones sin entregar sobre un total de 60'785.230, que representa un 19,8% (inspección judicial folio 14 expediente 2462). En el Banco Ganadero la proporción es del 26% sobre el número total de acciones. Hasta el año de 1969 Acerías Paz de Río no repartió dividendos y el movimiento de títulos en el mercado no alcanzó a los 4 millones de acciones. Ya en 1970-71 ese movimiento alcanza la cifra de 15 millo-

nes y en los años 74 a 76 monta a más de 32 millones (folio 141 inspección judicial). Correlativamente se registra un incremento en los precios de las acciones que pasa de un promedio de $ 1.63 en 1969 a $6.39 en 1975, a $ 12.65 en 1976 y a $ 18.5 en 1977 (Inspección Judicial folio 141 y certificados de la Bolsa folio 159 expediente 2462). En las Actas de Asambleas General se advierte que hasta 1968 el organismo máximo de Acerías mantuvo una severa política orientada en el sentido de destinar la totalidad de las utilidades a incrementar la reserva legal y la reserva para agotamiento de minas. Desde el año 69 la Junta Directiva propuso destinar una parte moderada, pero racional de la utilidad para la distribución de dividendos y la Asamblea General respaldó esa política con una mayoría considerable. Hasta entonces prevaleció entre los accionistas el criterio de mantener y aumentar la capacidad de endeudamiento externo de la empresa a base de incrementar las reservas con miras a asegurar la financiación de los ensanches industriales. Pero a partir de los años 71 y 72 hace su aparición en la Asamblea una tendencia cada vez mayor que persigue el aumento de los dividendos mediante un castigo de los incrementos para reservas. Esta tendencia adquiere una fuerza numérica muy apreciable en las Asambleas Generales de 1975 y de 1976 que, si bien no alcanzó a quebrantar del todo la política previsora de garantizar, ante todo, los futuros desarrollos de la Empresa, sí se tradujo en castigos a las reservas, con el fin de aumentar los dividendos. En el año 76 esas fuerzas casi alcanzan a equipararse con la tendencia tradicional (19 millones de acciones frente a 22 millones. Veáase fotocopia de actas que hacen parte de la diligencia de inspección judicial -Cuaderno Nº 4). Todos estos hechos, debidamente registrados en el expediente indican que en los últimos años, algunos grupos poderosos de inversionistas particulares han venido adquiriendo acciones que cada día se valorizan más y que adquirirán aún mayor valor si la distribución de dividendos fuese mayor. Por ello, el interés de éste tipo de inversionistas se ha expresado dentro de las Asambleas Generales, en la forma anotada anteriormente. En una empresa puramente privada, cuya actividad se determina por el incentivo de la ganacia o del lucro y a cuyo buen o mal suceso no esté ligado el interés de la Nación, no resultaría extraño ni insólito así fuese equivocado, que prevaleciera en la voluntad social el criterio de sacrificar el porvenir mismo de la sociedad en aras de un aumento de la utilidad distribuible en dividendos. Pero en una Empresa como Acerías Paz de Río el predominio de una orientación en ese sentido, no sólo pugna con las finalidades de interés social que determinaron su creación, sino que, eventualmente y por las características de la industria siderúrgica, podría significar su fracaso, con el consiguiente impacto catastrófico sobre toda la economía nacional. Un gran esfuerzo del Estado Colombiano y de la Nación en general, realizado a lo largo de treinta años, podría quedar arruinado de un momento a otro por la voluntad de un grupo que podría llegar a ser mayoritario no por virtud de su propia fuerza, sino porque existe un alto porcentaje de acciones (19.8% con Acerías y 26% con el Banco Ganadero) que no cuenta para nada en las decisiones de la Asamblea por las razones descritas en párrafos precedentes. Significa lo anterior que ese fenómeno de ausentismo *"sui generis"*, que se deriva del sistema fi-

nánciación adoptado en la ley, a través de la inversiones sustitutivas de un impuesto, se ha traducido en una alteración de la representabilidad real de las fuerzas que actúen Asambleas Generales, con grave riesgo, en el caso de Paz de Río, para los fines de interés social que debe atender la Empresa y en eventual detrimento de la orientación estatal en materia de crédito a la Ganadería. El Decreto 602 de 1976 constituye el objeto de la pretensión de nulidad; para dictarlo el Gobierno Nacional invocó sus facultades constitucionales y legales, sin ninguna especificación. Por medio de tal acto se dispuso que las acciones suscritas por los contribuyentes como inversión sustitutiva de los impuestos para fomento siderúrgico y ganadero en Acerías Paz de Río S. A., en el Banco y en los Fondos Ganaderos que no hubieren sido reclamadas por los contribuyentes en las fechas en que se celebren las Asambleas Generales deberán ser representados en las mismas, por el Gerente General del Banco de la República o de un delegado suyo, por un representante del Superintendente Bancario y por el Ministro de Agricultura o su delegado, respectivamente. Dado, el tenor mismo de la disposición, sus implicaciones en la Dirección y Orientación de las entidades en mención y la naturaleza económica de éstas, es indiscutible que la norma constituye un típico acto de intervención del Estado en la economía. El efecto previsto en la norma recae exclusivamente sobre las acciones provenientes de la inversión sustitutiva de un impuesto que no hubieren sido reclamadas por sus titulares al momento de celebrarse la correspondiente Asamblea General; ello significa que el ámbito de incidencia de la disposición se restringe a una franja de accionistas contribuyentes que no han realizado siquiera el mínimo acto de dueños, de reclamar el título y que han permanecido absolutamente al margen de las respectivas entidades. En apartes anteriores de esta providencia se dejó demostrado cómo en relación con la industria Siderúrgica y con el crédito ganadero existe un mandato de intervención económica que, precisamente, se realiza a través de Acerías Paz del Río, el Banco y los Fondos Ganaderos, entidades de Economía Mixta que emanan de la propia voluntad legislativa. También quedó demostrado que de conformidad con el artículo 32 de la Constitución Nacional ese mandato habilita al Gobierno para dictar las disposiciones con fuerza de ley que sean necesarias para la ejecución de dicho mandato, mediante la adopción de los medios que el Gobierno considere idóneos, dentro del marco del referido mandato y para los fines del mismo. Por consiguiente, si el Gobierno advirtió que la proporcionalidad de las fuerzas actuantes dentro de las respectivas Asambleas Generales, no correspondía a la real distribución de los accionistas, de lo cual se derivaba una preeminencia de sectores que, en otras condiciones, tendrían una representación muy inferior y si, además, esa preeminencia amenazaba con traducirse en orientaciones en las cuales eventualmente pudiera predominar el beneficio exclusivo de los accionistas, en detrimento del interés general vinculado a tales empresas, estaba en la obligación de proveer lo conveniente para hacer prevalecer éste (artículo 30 Constitución Nacional) y para preservar en esas entidades sus perfiles legales, como instrumentos de intervención económica, sin desconocer los legítimos derechos de los accionistas, como en efecto no los desconoció, pues, en todo caso queda a la decisión de quienes

Páginas

no hayan retirado sus títulos el ejercicio de la plenitud de sus atributos, ejecutando el acto único y elemental de reclamarlos. En cuanto tal hicieren, la norma contenida en el Decreto que se impugna, deja de tener aplicación. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Pablo Cárdenas Pérez. Expediente 2462/67 y 2476. Acción de nulidad contra el Decreto 602 de 1966 del Gobierno Nacional). 58

L

87. LEGALIZACION DE FACTURAS CONSULARES

Si esta no ocurre, no hay causación del impuesto y debe devolverse lo pagado en caso de que el impuesto se hubiere cancelado con anticipación. Si el impuesto se causa sólo en el momento de la legalización de la facutra consular, el dinero que se deposita previamente al registro o a la licencia es eso, un depósito. Nulidad del Acto administrativo contenido en el oficio Nº. 01688 O. F. J. Nº 034 del 3 de febrero de 1978 suscrito por el Director del Incomex.— El Decreto 444 de 1967 en su artículo 232 dijo: "El Banco de la República recaudará el impuesto del 1% sobre legalización de facutras consulares, el cual se causará en el momento de otorgarse el registro de importación, y será liquidado en moneda legal colombiana a la tasa de cambio del mercado de capitales". En este texto literal se basó el Incomex para negar la devolución de los impuestos cancelados, pues dice la norma que "el impuesto se causa con *el registro de importación*. Como dijo el Consejo" "por la misma letra de la ley que así lo dice, que a la solicitud de registro debe acompañarse el recibo de la consignación hecha en el Banco de la República, consignación y recibo que son independientes de que se obtenga o no la licencia de importación". Sinembargo, el Decreto Ley 284 de 1973 subrogó el artículo 232 del Decreto 444 de 1967 cuando dijo en su artículo 26: "el impuesto de timbre nacional deberá pagarse en el momento *en que se realice el hecho gravado*, salvo las excepciones indicadas en el mismo. Y el hecho gravado es "la legalización de una facutra consular", (artículo 5º numeral 43 Decreto Extraordinario 284 de 1973), hecho que no pudo tener ocurrencia por cuanto la factura consular ordinariamente se legaliza con posterioridad al otorgamiento de la licencia de importación. Como no se otorgó la licencia, *a fortiori* se colige que no hubo hecho imponible y desaparecida la causa del impuesto no hay hecho gravable y no hay impuesto. El hecho generador causa de la obligación tributaria es condición necesaria para que la obligación surja a la vida jurídica. La inexistencia de la causa implica inexistencia de la obligación. Por ello, al tenor de lo dispuesto por el Decreto Ley 284 de 1973 la causa de la obligación o hecho generador en el caso *sub lite* es la legalización de una factura consular. Si tal legalización no ocurre, no hay causación del impuesto y debe devolverse lo pagado en caso de que el impuesto se hubiere cancelado con anticipación. En esta ocasión la Sala considera aplicable la anotado y agrega que si el impuesto se causa sólo en el momento de legalización de la facutra consular, el dinero que se deposita previamente al registro o a la licencia es eso, un depósito, tal como lo reconoce el mismo Banco de la República con acertada

Páginas

interpretación legal porque en sus recibos para la consignación impresos, se lee arriba en el encabezamiento en letra muy grande: DEPOSITOS POR DERECHOS CONSULARES. Pueden verse al efecto y como ejemplo los folios 54 y 57. Es pues un depósito encaminado a garantizar el pago oportuno de un impuesto que está por causarse y el depositario tiene todas las responsabilidades que las leyes han establecido para proteger al depositante de los abusos del depositario, incluida la responsabilidad penal. Esta circunstancia explica también no sólo el sistema legal especial sino la razón por la cual es imposible en estos casos dar el trámite propio del juicio de revisión de impuestos. No habiéndose causado el impuesto, la suma depositada debe ser devuelta instantáneamente y en este caso la obligación es más acuciante puesto que los bienes que han debido importarse no se importaron porque la licencia fue revocada por acto unilateral del INCOMEX. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 27 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 5613. Actor: Grasco, Progral y Gracetales Limitada). 256

88. LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Se manifiesta bajo formas y modalidades diversas. El artículo 41 de la Constitución Nacional estatuye como expresión cardinal de esa libertad, la coexistencia de institutos docentes, públicos y privados; por manera que, si la norma constitucional reconoce a éstos últimos, resulta incuestionable que sólo el legislador ordinario puede dictar las disposiciones fundamentales sobre su constitución o existencia, o las que regulen en lo esencial su funcionamiento o actividad como personas, lo cual, además concuerda con lo preceptuado en los artículos 44 y 50 de la misma Constitución Nacional, que atribuyen a la competencia de la ley lo relativo al régimen de las personas jurídicas y naturales. Nulidad del artículo 5º, incluido su parágrafo del Decreto 1543 del 27 de julio de 1978.— Dentro de la teoría del derecho constitucional es principio general, consagrado en nuestra Carta a lo largo del título III, la regulación y las limitaciones fundamentales de las libertades públicas, de los derechos civiles y de las garantías sociales, todo lo cual sólo puede ser decretado por el Legislador y casos especiales, previstos en la misma Carta, por el Gobierno, dice: "La libertad de enseñanza se manifiesta bajo formas y modalidades diversas, que no es del caso examinar en detalle, ahora. Basta con indicar, por lo pronto, que el propio artículo 41 estatuye como expresión cardinal de esa libertad, la coexistencia de institutos docentes, *públicos* y *privados*"; por manera que, si la norma constitucional reconoce a éstos últimos, resulta incuestionable que solo el legislador ordinario puede dictar las disposiciones fundamentales sobre su constitución o existencia, o las que regulen en lo esencial su funcionamiento o actividad como personas, lo cual, además concuerda con lo preceptuado en los artículos 44 y 50 de la misma Constitución, que atribuyen a la competencia de la ley lo relativo al régimen de las personas jurídicas y naturales. "El artículo 5º del Decreto prescribe que sólo bajo determinado tipo de personas jurídicas (fundaciones, asociaciones o Corporaciones civiles, instituciones de utilidad común y Cooperativas) pueden establecerse y funcionar los establecimientos docentes del orden privado. Se

Páginas

no hayan retirado sus títulos el ejercicio de la plenitud de sus atributos, ejecutando el acto único y elemental de reclamarlos. En cuanto tal hicieren, la norma contenida en el Decreto que se impugna, deja de tener aplicación. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Pablo Cárdenas Pérez. Expediente 2462/67 y 2476. Acción de nulidad contra el Decreto 602 de 1966 del Gobierno Nacional). 58

L

87. LEGALIZACION DE FACTURAS CONSULARES

Si esta no ocurre, no hay causación del impuesto y debe devolverse lo pagado en caso de que el impuesto se hubiere cancelado con anticipación. Si el impuesto se causa sólo en el momento de la legalización de la facutra consular, el dinero que se deposita previamente al registro o a la licencia es eso, un depósito. Nulidad del Acto administrativo contenido en el oficio Nº. 01688 O. F. J. Nº 034 del 3 de febrero de 1978 suscrito por el Director del Incomex.— El Decreto 444 de 1967 en su artículo 232 dijo: "El Banco de la República recaudará el impuesto del 1% sobre legalización de facutras consulares, el cual se causará en el momento de otorgarse el registro de importación, y será liquidado en moneda legal colombiana a la tasa de cambio del mercado de capitales". En este texto literal se basó el Incomex para negar la devolución de los impuestos cancelados, pues dice la norma que "el impuesto se causa con *el registro de importación.* Como dijo el Consejo" "por la misma letra de la ley que así lo dice, que a la solicitud de registro debe acompañarse el recibo de la consignación hecha en el Banco de la República, consignación y recibo que son independientes de que se obtenga o no la licencia de importación". Sinembargo, el Decreto Ley 284 de 1973 subrogó el artículo 232 del Decreto 444 de 1967 cuando dijo en su artículo 26: "el impuesto de timbre nacional deberá pagarse en el momento *en que se realice el hecho gravado,* salvo las excepciones indicadas en el mismo. Y el hecho gravado es "la legalización de una facutra consular", (artículo 5º numeral 43 Decreto Extraordinario 284 de 1973), hecho que no pudo tener ocurrencia por cuanto la factura consular ordinariamente se legaliza con posterioridad al otorgamiento de la licencia de importación. Como no se otorgó la licencia, *a fortiori* se colige que no hubo hecho imponible y desaparecida la causa del impuesto no hay hecho gravable y no hay impuesto. El hecho generador causa de la obligación tributaria es condición necesaria para que la obligación surja a la vida jurídica. La inexistencia de la causa implica inexistencia de la obligación. Por ello, al tenor de lo dispuesto por el Decreto Ley 284 de 1973 la causa de la obligación o hecho generador en el caso *sub lite* es la legalización de una factura consular. Si tal legalización no ocurre, no hay causación del impuesto y debe devolverse lo pagado en caso de que el impuesto se hubiere cancelado con anticipación. En esta ocasión la Sala considera aplicable la anotado y agrega que si el impuesto se causa sólo en el momento de legalización de la facutra consular, el dinero que se deposita previamente al registro o a la licencia es eso, un depósito, tal como lo reconoce el mismo Banco de la República con acertada

Páginas

interpretación legal porque en sus recibos para la consignación impresos, se lee arriba en el encabezamiento en letra muy grande: DEPOSITOS POR DERECHOS CONSULARES. Pueden verse al efecto y como ejemplo los folios 54 y 57. Es pues un depósito encaminado a garantizar el pago oportuno de un impuesto que está por causarse y el depositario tiene todas las responsabilidades que las leyes han establecido para proteger al depositante de los abusos del depositario, incluida la responsabilidad penal. Esta circunstancia explica también no sólo el sistema legal especial sino la razón por la cual es imposible en estos casos dar el trámite propio del juicio de revisión de impuestos. No habiéndose causado el impuesto, la suma depositada debe ser devuelta instantáneamente y en este caso la obligación es más acuciante puesto que los bienes que han debido importarse no se importaron porque la licencia fue revocada por acto unilateral del INCOMEX. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 27 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 5613. Actor: Grasco, Progral y Gracetales Limitada). 256

88. LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Se manifiesta bajo formas y modalidades diversas. El artículo 41 de la Constitución Nacional estatuye como expresión cardinal de esa libertad, la coexistencia de institutos docentes, públicos y privados; por manera que, si la norma constitucional reconoce a éstos últimos, resulta incuestionable que sólo el legislador ordinario puede dictar las disposiciones fundamentales sobre su constitución o existencia, o las que regulen en lo esencial su funcionamiento o actividad como personas, lo cual, además concuerda con lo preceptuado en los artículos 44 y 50 de la misma Constitución Nacional, que atribuyen a la competencia de la ley lo relativo al régimen de las personas jurídicas y naturales. Nulidad del artículo 5º, incluido su parágrafo del Decreto 1543 del 27 de julio de 1978.— Dentro de la teoría del derecho constitucional es principio general, consagrado en nuestra Carta a lo largo del título III, la regulación y las limitaciones fundamentales de las libertades públicas, de los derechos civiles y de las garantías sociales, todo lo cual sólo puede ser decretado por el Legislador y casos especiales, previstos en la misma Carta, por el Gobierno, dice: "La libertad de enseñanza se manifiesta bajo formas y modalidades diversas, que no es del caso examinar en detalle, ahora. Basta con indicar, por lo pronto, que el propio artículo 41 estatuye como expresión cardinal de esa libertad, la coexistencia de institutos docentes, *públicos* y *privados*"; por manera que, si la norma constitucional reconoce a éstos últimos, resulta incuestionable que solo el legislador ordinario puede dictar las disposiciones fundamentales sobre su constitución o existencia, o las que regulen en lo esencial su funcionamiento o actividad como personas, lo cual, además concuerda con lo preceptuado en los artículos 44 y 50 de la misma Constitución, que atribuyen a la competencia de la ley lo relativo al régimen de las personas jurídicas y naturales. "El artículo 5º del Decreto prescribe que sólo bajo determinado tipo de personas jurídicas (fundaciones, asociaciones o Corporaciones civiles, instituciones de utilidad común y Cooperativas) pueden establecerse y funcionar los establecimientos docentes del orden privado. Se

trata, pues de un condicionamiento sustancial, que se traduce en una limitación de tan profundo calado en el ejercicio de la enseñanza que sólo podría dictar el legislador y, de ninguna manera el Gobierno, en ejercicio de sus atribuciones ordinarias, por las razones ya expuestas". "Si se examina la legislación vigente sobre la materia no se encuentra en ella ningún precepto que permita suponer siquiera que la disposición del artículo 5º en relación con los niveles de enseñanza preescolar, básica, primaria, básica secundaria, media vocacional e intermedia profesional pudiera ser una reglamentación de una ley anterior. El enunciado del artículo 14 del Decreto Ley 088 de 1976 según el cual "la educación es un servicio público y cumple una función social", no sólo adolece de vaguedad e imprecisión, sino que su alcance no puede ser distinto al del propio artículo 41 de la Constitución, según el cual la enseñanza, tanto pública como privada, debe subordinarse "al cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos, "para lo cual no es menester *"per se"*, que los establecimientos privados deban organizarse bajo determinadas formas de personería jurídica". "Las consideraciones precedentes le permiten concluir a la Sala que el Gobierno, al dictar la norma contenida en el artículo 5º del decreto, impugnado, desbordó de manera manifiesta su órbita administrativa, e invadió la que es propia del Congreso en su función ordinaria de legislador. Al margen del problema atinente a la competencia constitucional para expedir una norma como la contenida en el artículo 5º, se plantea también una cuestión de derecho sustantivo. En efecto, se obliga a los establecimientos educativos no oficiales a constituirse como personas jurídicas de la naturaleza de las indicadas, dentro de los plazos allí mismo señalados; ello puede implicar en la práctica que, en algunos casos, las personas naturales o jurídicas no comprendidas dentro del enunciado del precepto resulten privadas o al menos restringidas en su actividad, ejercida hasta entonces bajo formas perfectamente lícitas, sin que la norma haya previsto la manera o los medios para compensar o resarcir el perjuicio derivado de la privación o de la restricción impuestas. Ello implica quebranto del artículo 30 de la Constitución Nacional porque cuando haya lugar al sacrificio de un derecho de particulares, por razón de la primacía del interés social o de la utilidad pública, de ninguna manera se puede prescindir de una previa reparación o reconocimiento, según se infiere del principio constitucional, contenido en los artículos 30 y 31 de la Carta. "La validez de los actos de la administración no sólo deriva de la legitimidad o de la bondad de los fines que se persigan, sino también de la legitimidad de los medios para alcanzarlos. Al parecer, en el caso propuesto se pretende impedir que la actividad educativa sea instrumento de enriquecimiento y de especulaciones indebidas; el fin se ajusta a los objetivos que la Constitución le asigna a la enseñanza y es loable; pero el medio adoptado, priva o restringe, como ya se dijo, indiscrimindamente del ejercicio de su actividad a personas que, no solamente se han dedicado a ella bajo formas jurídicas reconocidas legalmente sino que han ajustado su conducta al cumplimiento de los fines propios de la enseñanza, y pese a ello ni siquiera tienen la perspectiva de una justa reparación". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de Octubre 18 de 1979. Con-

Páginas

sejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao Expediente 2959, y 2968 y 2972). 96

89. LOTERIA OFICIAL

El artículo 3º de la Ley 19 de 1932 no impide a una Lotería Oficial la organización de rifas con premios en especie y billetes no fraccionados así tenga ésta un carácter permanente. Esta disposición hace parte del régimen legal que estableció el monopolio de las Loterías a favor de los Departamentos con el fin de obtener recursos destinados a la beneficiencia pública.— Para apreciar el alcance del artículo 3º de la Ley 19 de 1932 es preciso no olvidar que esa disposición hace parte del régimen legal que estableció el monopolio de las Loterías a favor de los Departamentos con el fin de obtener recursos destinados a la beneficencia pública. El artículo en mención dice: "Ninguna rifa establecida o que se establezca con el País puede lanzar a la circulación, ni tener, ni vender ni repartir ningún premio en dinero, en cualquier cantidad que sea, ni podrá ser de carácter permanente". Dentro del contexto indicado, el precepto transcrito viene a ser norma reiterada y complementaria del monopolio legal establecido. En efecto, la modalidad de rifa a la cual se refiere la disposición, corresponde exactamente con el concepto legal de lotería (premio en dinero, billetes fraccionados y carácter permanente). Por lo tanto, la norma no tiene sentido distinto al de prohibir la explotación, *por los particulares,* de ese tipo de rifas, equivalentes a loterías, por la sencilla razón de que tal es el objeto del monopolio. Si la prohibición dirigida a los particulares sólo comprende las rifas que tengan el carácter especifico de loterías, ello significa que los particulares están autorizados para realizar otras modalidades diferentes de rifas, en las cuales los premios no sean en dinero los billetes no sean fraccionados y que no tengan carácter permanente. Si ello es así, en relación con los particulares no habría razón válida que impida a las organizaciones públicas de beneficiencia organizar también este otro tipo de rifas, en concurrencia con los particulares, previo el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias pertinentes. Más aún: Dichas organizaciones, dado el alcance y fines que tiene la institución del monopolio estarían habilitadas para darle a estas rifas un carácter permanente, pues lo que pretende la ley es impedir a los particulares y no a las entidades de beneficiencia, la organización de negocios permanentes en función de rifas. Así las cosas, en mi concepto el artículo 3º que se comenta no impide a una lotería oficial la organización de rifas con premios en especie y billetes no fraccionados así tenga esta un carácter permanente, como es el caso de autos. Por lo tanto, el acto que es objeto de la pretensión de nulidad no es violatorio de la citada disposición y, en consecuencia, el fallo debió revocar la sentencia de primer grado y denegar las peticiones de la demanda. (Salvamento de Voto del Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla a la sentencia de 10 de octubre de 1979. Expediente Nº 2882). 439

90. LOTERIAS Y RIFAS

Diferencias. Rifa es el género y lotería es la especie. Las loterías son monopolios departamentales, pueden sortear premios en dinero, son

permanentes, con sorteos semanales, sus utilidades se destinan exclusivamente a la asistencia social y pueden lanzar a la circulación billetes numerados en serie continua, fraccionados. Las rifas no constituyen monopolio departamental, poseem destinación distinta a las loterías, carecen de carácter permanente, no pueden verificar sorteos con premios en dinero y sus boletas son unitarias. Carácter permanente de una rifa. Ley 19 *de* 1932. *Nulidad de la Resolución Nº* 03 *de* 22 *de enero de* 1975, *de la Secretaría de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá, por la que se autorizó a la Lotería de Bogotá para efectuar rifas durante los días* 15 *y* 30 *de cada uno de los meses de* 1975.— El motivo determinante de la acción lo hace consistir el demandante en que la licencia otorgada a la Lotería de Bogotá contraría la prohibición que hacen los artículos 3º de la Ley 19 de 1932 y 2º y 3º del Decreto Reglamentario 537 de 1974, en el sentido de que haya rifas permanentes y que ellas sorteen premios en dinero... *El carácter permanente de la rifa.* Fácilmente se deduce que al concedérsele licencia a la Lotería de Bogotá, que está organizada como empresa industrial y comercial del Distrito Especial de Bogotá, para realizar una rifa durante los días 15 y 30 de cada mes de 1975, fueron quebrantadas las normas que sobre el particular se citan en la demanda. El sólo cotejo de ellas con el acto impugnado pone de presente que media un franco quebranto de dichas disposiciones. A no dudarlo, la resolución acusada está en abierta oposición con la prohibición de que haya rifas permanentes, pues no otra cosa significa la licencia dada a la nombrada Lotería para verificar rifas bimensuales durante 1975. Evidentemente, el artículo 3º de la Ley 19 de 1932 preceptúa escuetamente que *"ninguna rifa"* establecida o que se establezca en el país puede ser permanente, sin que este precepto legal consagre excepción alguna al respecto. Por tanto, en consonancia con el principio de Hermenéutica jurídica de que donde la ley no distingue no le es dado hacerlo al intérprete, la prohibición comentada no admite salvedad alguna, así sea en favor de las loterías oficiales. De otra parte, el parágrafo del artículo 2º del Decreto Reglamentario ratifica la anterior prohibición absoluta, y el artículo 3º *ibídem* tiene como rifa permanente aquella que se realice "en más de una fecha del año calendario" e igualmente considera "de carácter permanente toda rifa establecida o que se establezca como empresa organizada para tales fines, cualquiera que sea el valor de los bienes a rifar y sea cual fuere el número de establecimientos de comercio por medio de los cuales la realice". *El llamado premio en dinero.* El plan de premios de la rifa comprendía uno, el mayor, por valor de $ 500.000.00, para vivienda de la persona con él favorecido. Además de la destinación especial de este premio, la resolución enjuiciada estableció en el artículo 2º que su utilización se haría bajo el control del Gerente o de la Junta Directiva de la Lotería de Bogotá. También reguló la resolución que los sorteos y la entrega de los premios se verificarían en la forma prevista en el respectivo plan, que los sorteos debían de ser presenciados por miembros de la Junta Directiva de la Lotería y por un funcionario designado por el Comité Asesor de la Secretaría de Gobierno del Distrito Especial y, finalmente, que debía remitirse el acta de la entrega de los premios a dicho Despacho. El análisis del plan de premios permite concluir que el mayor, por la suma de

$ 500.000.00, no fue propiamente un premio en dinero sino, al contrario, en especie. Esto es rigurosamente cierto, pues la persona beneficiaria no iba a recibir dinero sino una vivienda, todo bajo el régimen de supervisión a que se ha aludido, que garantizaba suficientemente la destinación habitacional. En consecuencia, como el caso de autos no registra en realidad de verdad el sorteo de un premio en dinero, sobran las consideraciones atinentes a toda transgresión de normas superiores de derecho por este motivo. Con todo, la Sala estima que no es acertada la aseveración del *a quo*, en el sentido de que las rifas que las Loterias Oficiales realicen solamente puedan consistir en premios en dinero y no en especie, pues esa conclusión no fluye de una adecuada interpretación de los artículos 3º de la Ley 19 de 1932 y 2º y 3º de su Decreto Reglamentario, según lo antes visto. *Diferencia entre loterías y rifas.* Para los efectos relacionados con esta providencia conviene establecer las caracteristicas que diferencian las loterías y las rifas. El Diccionario de la Lengua Española —décimoséptima edición— define como *rifa* el "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 ha estimado". A su vez, se refiere a *lotería* como una especie de rifa. Conforme la etimologia de estas palabras, rifas es el género y lotería es la especie. La legislación colombiana se ha referido, en forma separada, a las loterías, las rifas, las apuestas, etc. De esta manera ha distinguido, como modalidades especiales, a las loterias y a las rifas. Asi, por ejemplo se mencionan el numeral 2º del artículo 7º de la Ley 12 de 1932, que dispone: "Un impuesto del cinco por ciento (5%) sobre el valor de los billetes de rifas y del diez por ciento (10%) del valor de los billetes de lotería .....", y el ordinal d) del artículo 7º de la Ley 20 de 1979, que al hablar de las ganacias ocasionales hace la siguiente enumeración: "Las provenientes de loterais, rifas, apuestas y similares.....". Además, las leyes 64 de 1923, 133 de 1936, 93 de 1938, 44 de 1946, 24 de 1969, 9ª de 1970 y 12 de 1973; los Decretos 2067 de 1940 y 1140 de 1943, y la Resolución Nº 150 de 1946, del Departamento de Asistencia Social del entonces Ministerio de Trabajo, Higiene y Prevensión Social, entre otras disposiciones, se refieren a las loterías, como tales. En cambio, las Leyes 19 de 1932 y 2ª de 1975, también entre otras, aluden a las rifas, en esta especfica denominación. Aquí conviene, advertir que en cuanto a las rifas su única regulación radica en el artículo 3º de la Ley 19 de 1932, señalado como quebrantado en este proceso. Las loterías son monopolios de los Departamentos; pueden sortear premios en dinero; son permanentes con sorteos semanales; sus utilidades se desinan exclusivamente a la asistencia social y pueden lanzar a la circulación billetes numerados en serie continua, fraccionados. Las rifas, al contrario, no constituyen monopolio departamental, poseen destinación distinta a las loterías, earecen de carácter permanente, no pueden verificar sorteos con, premios en dinero y sus boletas son unitarias. Lo anterior es sin perjuicio de las loterías que la ley autorice, en forma no permanente, con sujeción o sin ella a las prescripciones sobre la materia, en casos especiales, tales como efemérides de ciudades, conmemoraciones varias, acontecimientos singulares y construcción de obras. En todo caso hay una distinción normativa entre loterias y rifas. Y

Páginas

no sólo normativa, sino práctica y real, pues las disinguen los adquirentes o usuarios de unas y otras. Esta diferencia es del dominio público. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 10 de octubre de 1979. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez V. Expediente 2883. Actor: Hernando López Pinilla. Con salvamento de Voto del Consejero doctor Carlos Galindo Pinilla). 431

M

91. MILITARES

Término de prescripción para reclamar los derechos prestacionales de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares.— "En esa época de 1953 estaba vigente al Decreto 3220 de ese año, que ratificó la norma de la Ley 2ª de 1945 que aprobó un término prescriptivo de ocho (8) años en cuanto a prescripción de derechos consagrados en los estatutos orgánicos de la Carrera de Oficiales de las fuerzas militares. "Actualmente el término de prescripción para reclamar los derechos prestacionales de los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares es de cuatro (4) años, de acuerdo con la Ley 126 de 1959 y el Decreto Legislativo 3208 de 1965. El mismo término de 4 años ha sido ratificado en los artículos 122 del Decreto 3071 de 1968 y 127 del Decreto 2337 de 1971, que igualmente dicen: "El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagrados en este estatuto, prescribe a los 4 años". "Habiendo transcurrido más de 19 años desde cuando el actor se desvinculó del servicio militar hasta cuando hizo su petición el 12 de diciembre de 1972, (tal como lo afirma el señor apoderado), resulta evidente que su derecho está fenecido por haberse operado el fenómeno de la prscripción. Su incuria, o descuido, o renuncia tácita, son imputables a él y no a la Administración". En efecto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 92 de 1948, " los marinos que se retiren o sean retirados antes de cumplir quince (15) años de servicio, tienen derecho a que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, un auxilio en dinero igual a un mes del último sueldo devengado, correspondiente a su grado, por cada año de servicio que haya prestado. Respecto a las fracciones de años servidos, se liquidarán proporcionalmente al auxilio de cesantía". De otro lado el Decreto Legislativo Nº 669 de 1950 en su artículo 1º dice: "El personal de clases, Marinería y Tropa de Infantería de Marina, puede ser retirado del servicio activo por voluntad del Gobierno, antes de quince (15) años con derecho a las prestaciones sociales de que trata el artículo 67 de la Ley 92 de 1948, después de ese tiempo, podrá ser llamado a calificar servicios, con derecho a sueldo de retiro". Por último, según el ordinal a) del artículo 4º del Decreto Legislativo 239 de 1952, la hoja de servicios se elabora para el reconocimiento de asignación de retiro. De forma que careciendo el actor del derecho a asignación de retiro, ya que apenas prestó sus servicios a la Armada Nacional por espacio de 12 años, 6 meses y 12 días, computando tiempos dobles (folio 45 Ant. Adm.), lógicamente podía abstenerse el Ministerio de Defensa Nacional de elaborar su Hoja de Servicios. Y en ese orden de ideas, se avidencia el fenómeno prescriptivo de la acción como lo analiza el Tribunal, siendo inexplicable que a los 19 años 23 días de des-

Páginas

vinculación del servicio, venga el demandante a formular su petición de formación de Hoja de Servicios. Tal incuria no es imputable a la Administración sino al propio interesado que debe, por lo mismo, cargar con las consecuencias de su desidia. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 11 de julio de 1979. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor, Hilario Antonio Carrero Medina. Expediente 0195. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 8399 de 1973 del Ministerio de Defensa). 137

MINAS. EXPLORACION. EXPLOTACION

Requisitos para que proceda el derecho de formular oposición. (Decreto 1275 de 1970).— De conformidad con lo preceptaudo en el artículo 192 del Decreto 1275 de 1970 se le reconoce el derecho a formular oposición a toda persona que aduzca una de estas cuatro circunstancias: 1) Licencia de exploración, concesión, aporte o permiso. 2) Título de adjudicación o sentencia judicial de reconocimiento de la propiedad del subsuelo, que conserven su validez jurídica. 3) Tener una solicitud o propuesta admitida. 4) Ser explotador de la zona respectiva con anterioridad a la fecha de la solicitud. Conforme al parágrafo 2º del mismo artículo se le niega el derecho de formular oposición al explotador de hecho de esmeraldas y demas piedras preciosas y de variedades de verilo y glucinio. En los términos de al disposición citada, está legitimado para oponerse quien aduzca uno cualquiera de los títulos que se mencionan en los literales A y B) del artículo en referencia, o la situación que contempla el literal c a quien demuestre la condición de explotador. Es evidente que esta última condición no está referida a la explotación amparada por algún título, pues entonces se estaría en las hipótesis de los literales A) y B), sino al explotador de hecho, en cuanto no se trate de esmeraldas y demás piedras preciosas y variedades de verilo y glucinio, pues sólo a los explotadores de hecho de tales minas les está vedado, en absoluto, el derecho a formular oposición. Para el simple efecto de la apertura del trámite de la oposición, es obvio que deba ser suficiente la prueba sumaria de la condición de explotador de hecho y naturalmente la eficacia de dicha prueba puede menguarse o acrecentarse a la postre, según sea las diligencias que se practiquen durante el trámite de la oposición y de ellos dependerá en gran medida que prospere o nó, en el fondo la oposición. Satisfechas las exigencias anotadas, la autoridad pública está obligada a darle trámite a la oposición y a resolver sobre su fundamento mediante una decisión de fondo. Si prospera, debe ordenar el archivo del expediente de la solicitud; si lo contrario, podrá otorgarse la licencia en el caso de cumplir con las exigencias de la ley. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Dangond Flórez. Sentencia de 13 de diciembre de 1979. Expediente 1869. Actor: Fábrica de Cementos Samper). 180

92. MINAS

Procedimiento administrativo en los asuntos mineros. Impugnación de permiso minero sólo a través de la oposición formulada legal-

Páginas

mente. Si el permiso minero se concedió para una explotación no minera o por funcionario absolutamente incompetente, pues a través de la oposición legalmente formulada se pueden hacer valer tales razones con eficacia suficiente para la garantía de los derechos patrimoniales involucrados.— Como se expuso detalladamente en el auto inadmisorio del Consejero sustanciador, los asuntos mineros tienen su procedimiento administrativo legalmente detallado, sin que puedan las partes cambiarlo o desconocerlo. Tratándose de un permiso minero, quien se crea con derecho a impugnar el concedido, no puede hacerlo sino a través de la *oposición formulada legalmente.* Cualquiera que sea la razón de la oposición, asi sea ella precisamente la incompetencia del funcionario, pues el procedimiento legalmente previsto le garantiza tanto al opositor como a la administración el control jurisdiccional de la decisión administrativa sobre la referida oposición. Pero no puede el administrado, por considerar, con razón o sin ella, que la materia objeto del permiso no es minera, cruzarse de brazos ante las oportunidades que la ley minera señala para la defensa, para intentar, luego, la acción contencioso administrativa común. No. eso significaria tanto como aceptar que además, del procedimiento completo y prolijo del Código Minero, el particular tiene, además, las acciones contenciosas comunes, lo que repugna no sólo por la duplicación de acciones y de ejercicio jurisdiccional inútil, sino por la burla que ello implica de las normas procesales señaladas por la ley. Esta Corporación ha dicho reiteradamente que los ciudadanos no pueden cambiar las acciones legalmente organizadas o escoger arbitrariamente las de su gusto, sino que les resulta imperativo atender, en cada caso a la disposición legal. Si el permiso minero se concedió para una explotación no minera o por funcinoario absolutamente incompetente, pues a través de la oposición legalmente formulada se pueden hacer valer tales razones con eficacia suficiente para la garantía de los derechos patrimoniales involucrados. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 19 de 1979. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Fernando Garbrecht y otros. Expediente 1524. Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 0257 de 1973 y 01857 de 1973 del Ministerio de Minas y Petróleos). 142

N

93. NACIONALIZACION DE MERCANCIA. INTERVENCION DE LOS FUNCIONARIOS DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Unica y exclusivamente pueden intervenir en el recaudo de los derechos de aduna, correspondientes a importación de mercancías, en ejercicio de las funciones propias de la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración.— En el aspecto de la Consulta, que es el relativo al trámite para la nacionalización de las mercancías importadas, es de importancia conocerse las normas legales que indican la intervención de la Contraloria y de los Administradores de Aduanas, veamos: La Ley 20 de 1975, orgánica de la Contraloria General de la República, en su artículo 44 expresa: "para desempeñar el cargo de Auditor Fiscal ante las Administraciones Nacionales de Aduana se requiere además de las calidades previstas en el artículo anterior,

tener conocimientos especiales en régimen aduanero, arancel de aduanas y comercio exterior. Parágrafo 1º. Las calidades exigidas serán acreditadas mediante certificado expedido por cualquiera de las de Capacitación en materia aduanera, oficialmente reconocidas. Parágrafo 2º Los revisores de documentos y demás funcionarios de la Contraloría que tenga que intervenir en el reconocimiento y aforo de mercancías de importación o exportación, antes de ser asignadas acreditarán su versión en estas materias en la forma señalada en el parágrafo anterior". Por su parte, el Gobierno Nacional, autorizado por el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971, que puede considerarse ley cuadro según el numeral 22 del artículo 76 de la Constitución Nacional en armonía con el numeral 22 del artículo 120 de la misma Carta, introdujo modificaciones al régimen de aduanas, y en especial por la autorización expresa al contenido en la Ley 79 de 1931 "Orgánica de Aduanas" y al efecto expidió el Decreto 849 de 1979, abril 17, que rige a partir del 15 de mayo último. Este decreto, en lo pertinente a la consulta, reglamenta las funciones así: Prevé los requisitos que debe llenar el importador para la presentación del manifiesto de Importación (artículo 2º); la aceptación o devolución de dicho manifiesto por parte de la Sección de Comprobación (artículo 3º), la controversia sobre el aforo o el valor de la mercancía y los trámites para su solución (artículos 10, 11, 12, 13 y 14). El decreto, asimismo, en los artículos 17, 18 y 19, atribuye a la Auditoría Fiscal la intervención en el reconocimiento y aforo de mercancías importadas, previos a la denominada entrega mediante acta, que corresponde efectuar a los Administradores de la respectiva aduana. Finalmente, cuando el indicado decreto hace en el artículo 20 derogaciones expresas de artículos de la Ley 79 de 1931 no lo hizo respecto del Capítulo LVI, titulado "Fiscalización por la Contraloría" (artículos 246, 245 y 247), en los que se atribuye al Fiscal de la Contraloría las funciones siguientes: a. Revisar cada manifiesto de aduana "inmediatamente después de que lo hagan las autoridades aduaneras"; b. Objetar la clasificación o el avalúo de cualquier mercancía, y c. Revisar las operaciones aritméticas del mismo manifiesto. Como puede observarse de lo anterior, es fácil deducir la confusión o duda del Ministerio Consultante. Porque, de una parte existen normas de la Ley 79 de 1931 que le atribuyen amplias facultades de intervención en el proceso de nacionalización de mercancías importadas, al fiscal de la Contraloría, mientras que, en el mismo aspecto, el Decreto 849 de 1979, dictado con base en la Ley 6ª de 1971, aunque se hizo derogatorias expresas de las indicadas amplias funciones, preceptúo una intervención más restringida para los Auditores Fiscales, por ejemplo, en cuanto en forma expresa no les atribuye las facultades de intervención para objetar la clasificación o el avalúo de las mercancías. 5. Conocidas la interpretación del alcance Constitucional y legal de la "gestión fiscal" de la Contraloría General de la República, (Sala de Consulta, Rad. 1159, Sección 1ª. Sentencia de 26 de abril de 1973 Expediente 1838), y las diversas actividades que aparecen en las normas legales invocadas en la Consulta, señaladas para los Auditores Fiscales y los Administradores de Aduanas, la Sala tiene elementos de juicio para emitir su concepto así: A. El reconocimiento y aforo de mercancías importadas es diligencia que hace parte del trámite consiguiente a la aceptación del manifiesto de importación,

ya que conduce precisamente a la tasación y liquidación de los derechos de aduana y a su posterior recaudo. B. En el referido proceso de nacionaliación de mercancías importadas, es preciso considerar que hay funciones de diversa naturaleza jurídica. Constituye una actuación *exclusivamente administrativa*, propia de los organismos aduaneros de la rama ejecutiva, toda la parte del trámite que atribuye funciones y crea mecanismos para que las Administraciones de Aduana determinen las bases o extremos de una relación tributaria, definan el gravamen, mediante acto reglado, creador de una situación jurídica particular. Pero en cambio, *la operación de recaudo del gravamen por partes de las Administraciones de Aduana no sería exclusivamente administrativa, sino que también es constitutiva de una gestión fiscal*, en cuanto recae sobre fondos públicos, sujetos al manejo e inversión posteriores actos que si son inherentes a la naturaleza propiamente dicha de esa gestión, de competencia de la Contraloría General de la República, mediante los mecanismos propios establecidos, como el control documental, de constatación, de revisión, de conformidad y ajuste legal; C. Desde el punto de vista constitucional, inicialmente expuesto, se evidencia, además que la delimitación del campo de acción de la Contraloria General de la República a la vigilancia de la gestión fiscal de la administración, conforme a la ley, pero con la prohibición del ejercicio de "funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización", excluye el ejercicio de funciones administrativas distintas, como son en el caso de la consulta, las atribuidas a las Administraciones de Aduana. Y puesto que la Constitución es norma reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente (artículo 9º de la Ley 153 de 1887), es de concluirse que los artículos 245, 246 y 247 de la Ley 79 de 1931, anteriores a la expedición de los Actos Legislativos Nº 1º de 1945, artículo 93, y Nº 1º de 1968, artículo 7º, quedaron derogados como contrarios a dichos ordenamientos, y no pueden subsistir por igual razón disposiciones dictadas posteriormente en desarrollo de los artículos de ley citados. Los funcionarios de la Contraloría General de la República única y exclusivamente pueden intervenir en el recaudo de los derechos de aduana, correspondientes a importación de mercancías, en ejercicio de las funciones propias de la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración. (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de agosto 2 de 1979. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Rad. 1301. Consulta formulada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Autorizada la publicación con Oficio Nº 715 de ese Ministerio). 15

94. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Exigencia de señalarlos expresamente en la demanda, luego si falta una u otra no podrá dársele curso a la demanda y por lo tanto no puede haber concepto de violación de normas que no han sido señaladas específicamente por el demandante.— Por estar de acuerdo con la decisión tomada se votó favorablemente la ponencia presentada en este negocio, pero los suscritos Consejeros se sienten en la obligación de aclarar que para fundamentar la decisión eran suficientes las consideraciones hechas en la parte motiva hasta la frase que dice: "Si se aplicara, con rigor, una antigua jurisprudencia del

Páginas

Consejo según la cual la acusación sólo se debe analizar frente a las normas expresa y precisamente citadas por el demandante, "por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción", debería concluir aquí el examen respecto de la regulación del retiro forzoso porque el actor solamente mencionó como infringidos los artículos 29 y 31 del Decreto 2400 de 1968 y 31 del Decreto 250 de 1970". En efecto, en forma reiterada se ha sostenido que las demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa señalan los límites de conocimiento del juez y por ello el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo en su numeral 4º dispone que la demanda debe contener "la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación"; igual cosa exige el literal c) del artículo 210 del Código Contencioso Administrativo al hablar de lo que debe contener la demanda en materia electoral y que textualmente dice: "Las disposiciones que se estimen violadas y el concepto de al violación". Luego si falta una u otra de las exigencias mencionadas no podrá dársele curso a la demanda y por lo tanto no puede haber concepto de violación de normas que no han sido señaladas específicamente por el demandante. (Aclaración de Voto de los Consejeros doctor Angel de la Torre y Bernardo Ortiz Amaya a la sentencia de Sala Plena de septiembre 11 de 1979. Expediente 508 y 516). 659

95. NULIDADES PROCESALES

Las normas sobre nulidades procesales son de interpretación restrictiva. CONJUEZ. Efectos de su no citación. Constituye una mera irregularidad el hecho de no estar suscrita a la sentencia por el Conjuez que no fue convocado, ya que la misma fue acogida por más de la mayoría absoluta de los interrogantes de la Sala(artículo 312 Código de Procedimiento Civil).— El mencionado Agente del Ministerio Público solicitó la nulidad proveniente de haber sido dictada la sentencia de 3 de mayo de este año sin estar integrada la Sala, toda vez que no se citó al Conjuez sorteado. 1º. El hecho en el que el Fiscal apoya la petición de nulidad no está previsto como tal en el artículo 113 del Código Contencioso Administrativo, así como tampoco en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, lo cual permite recordar el principio jurídico de que las nulidades deben estar establecidas de manera expresa en la ley y que, por consiguiente, no se pueden deducir por analogía. Por esto se ha sostenido que las normas sobre nulidades procesales son de interpretación restrictiva. 2º) Corrobora lo anterior el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, titulado "Irregularidades en la adopción de providencias", conforme al cual cuando el Tribunal que haya dictado una providencia "advierta que no fue suscrita por el número de Magistrados previstos en la ley, o que fue acordada con menor número de votos del requerido, dentro del término de ejecutoria, de oficio a solicitud de parte, ordenará subsanar la irregularidad". Como puede verse, esta norma califica la anterior omisión como *irregularidad* y no como nulidad. 3º. El artículo 1º del Decreto 2071 de 1950, "por el cual se dictan normas sobre procedimiento contencioso administrativo", estatuye que "Para toda decisión de carácter jurisdiccional o no que se tome por el Consejo de Estado, se requieren —cuando

Páginas

menos— los votos de la mayoría absoluta de la Sala o de la Corporación, según el caso". De otra parte, según el inciso 3º del artículo 11 del Decreto 1265 de 1970, orgánico de la administración de justicia, "Las providencias que profieran las Salas requieren mayoría absoluta de votos". Esto es precisamente lo que aquí acontece, pues el fallo de 3 de mayo de 1979 fue suscrito por más de la mayoría absoluta de los miembros que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, aunque no esté firmado por la Consejera doctora Aydeé Anzola Linares, por estar separada del conocimiento, ni por el Conjuez doctor Carlos Gustavo Arrieta, quien no fue citado. 4º. Se tienen que la Sala Plena quedó integrada en forma superior a la mayoría absoluta de sus miembros y que la sentencia en cuestión fue adoptada por más de los votos necesarios. De esta manera, no solamente estuvo la Sala legalmente conformada, sino también dotada de suficiente competencia. 5º. Si un determinado hecho no tiene el carácter de nulidad es obvio que de una solicitud sobre el particular, que tenga como fundamento ese hecho, no se debe dar traslado a las partes por ser inoficioso, pues no se pueden alcanzar los fines que persigue ese traslado, como —por ejemplo— allanar la nulidad. 6º. Se concluye, por tanto, que no se está en presencia de una nulidad sino de una mera irregularidad, a lo cual equivale el no estar suscrita la sentencia por el Conjuez que no fue convocado, y que la misma fue acogida por más de la mayoría absoluta de los integrantes de la Sala. Esto determina, por sí solo, el que se deba rechazar la petición de la declaratoria de nulidad. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 11 de octubre de 1979. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente 10.315. Actora: Leonor Castro de Reyes. Con salvamento de voto de los Consejeros doctores Carlos Betancur Jaramillo y Jacobo Pérez Escobar). 843

O

96. OPERACION DE REDESCUENTO

Naturaleza. La mecánica del redescuento y la utilización de cupos de crédito en el Banco de la República permiten deslindar perfectamente la decisión de un Banco Comercial de otorgar crédito a un cliente determinado y la de dicho banco de utilizar la línea de crédito que le ha señalado el Banco Central. Naturaleza de las funciones del Banco de la República.— La operación de redescuento consiste básicamente en que una institución de crédito hace descontar por otro banco los documentos que previamente éste había descontado a sus clientes. El redescuento es entonces una operación típicamente comercial en la que el Banco Central se convierte en prestamista de los prestamistas, con miras a regular en una forma más adecuada y efectiva el conjunto de relaciones patrimoniales entre la banca en general y su clientela. Por esta razón no existe relación directa entre el crédito del Banco Central o Banco de la República, y entre el préstamo que finalmente obtiene un particular del banco comercial, pues una es la provisión de recursos que en términos generales obtiene el banco comercial por la vía del redescuento en su condición de intermediario financiero y otro es el

préstamo que con esos recursos otorga a sus clientes particulares. La Junta Monetaria, como entidad reguladora de la moneda y del crédito, señala al Banco de la República cupos ordinarios o especiales de crédito para el descuento o redescuento de operaciones destinadas a determinads actividades económicas, cupos que se hacen efectivos a través del otorgamiento de crédito al sistema bancario. El Banco de la República en su doble calidad de ejecutor de la política monetaria y de crédito que le trace la Junta Monetaria, y de banquero de última instancia que provee de la liquidez necesaria al sistema bancario para sus operaciones, maneja los cupos de crédito y permite su utilización a los bancos comerciales cuando quiera que los necesiten. La operación de redescuento se materializa mediante la negociación de títulos-valores de contenido crediticio, regulada por el Código de Comercio, negociación que configura un típico acto de comercio. Sucede que, sin menoscabo de la autonomía que las normas comerciales otorgan a los títulos-valores, éstos pueden generarse como consecuencia de una operación de mutuo entre el banco comercial y su cliente. En virtud de ese contrato de mutuo en el que el cliente de un banco comercial adquiere obligaciones para con éste, el banco exige la emisión de un título-valor que respalde el monto de las obligaciones derivadas del mutuo, con el objeto de contar con la acción cambiaria directa que le otorga el artículo 781 del Código de Comercio y, además, por la agilidad que para la operación del sitema financiero representa la negociación de un título-valor con otro banco o con el Banco Central. Siendo el título-valor un documento que legitima el ejercicio del derecho literal y autonómo incorporado en él, es incuestionable que de esa autonomía se desprende que la negociación del título-valor es independiente del contrato de mutuo que lo puede haber generado y que de allí no se dá ni puede darse el caso de que al tiempo con la negociación del título-valor mediante endoso, se produzca también la cesión del crédito o mutuo al banco redescontante. Las anotaciones anteriores indican la independencia existente entre las relaciones jurídicas del banco comercial y el particular que a él acude, con las de dicho banco y el banco emisor. El Banco de la República, como banquero de bancos, es una institución de crédito, cuya actividad finenciera se desarrolla a través de los bancos del país y, por consiguiente, las relaciones jurídicas directas únicamente nacen de la función de crédito que despliega frente al sistema bancario; en contadas excepciones el banco central cumple funciones de financiamiento directo a particulares. La mecánica del redescuento y la utilización de cupos de crédito en el Banco de la República permiten deslindar perfectamente la decisión de un banco comercial de otorgar crédito a un cliente determinado y la de dicho banco de utilizar la línea de crédito que le ha señalado el Bco. Central. Finalmente es importante determinar la naturaleza de las funciones del Bco. de la República en estas materias para poder establecer si las operaciones de esta clase o las decisiones con relación a éstas puedan considerarse como actos administrativos sujetos al control jurisdiccional, o nó. Para este propósito es oportuno considerar que la Sala de Consulta del Consejo de Estado se ha pronunciado en dos oportunidades en el intento de determinar la naturaleza jurídica del Banco de la República y que asi, en concepto emitido el 6 de mayo de 1975, cuyo ponente fue el doctor Carlos

Páginas

Restrepo Piedrahita, expresó: "Atípica como fue la génesis de esta institución estatal, su evolución tenía que ser necesariamente compleja y de difícil identificación jurídica por los perfiles especiales, extraordinarios con que la institución fue configurada y por la singularidad de sus internas modificaciones. "Si han existido tendencias u opiniones para filiar al Banco de la República como categoría del derecho privado, otras, conscientes de su 'carácter casi público' han tenido a considerarlo dentro de alguna de las modalidades medianeras entre el sector público y el privado: la concesión o la sociedad de economía mixta por ejemplo". Y en concepto del 11 de febrero de 1976, cuya ponencia estuvo a cargo del doctor Luis Carlos Sáchica, se dijo: "Resulta aún más clara *su condición de ente público estatal,* que ha tenido continuadamente desde su fundación, y dentro de tal género, por el pequeño aporte particular y la forma de constitución como sociedad, *pertenece a la especie de ente mixto.* "De donde resultaría, en la tipología y nomenclatura de la constitución y la ley colombiana, (artículo 76, ords. 9 y 10, y Decreto 1050 y 3130 de 1968) que *el Banco de la República es actualmente una sociedad mixta con participación estatal mayoritaria,* aunque al mismo no se le aplique por disposición de la Ley 7ª de 1973, el régimen previsto en los Decretos acabados de citar dada la especialidad de sus funciones y el carácter único de su constitución". Ahora bien, el artículo 8º del Decreto 1050 de 1968 definió lo que entiende la ley por sociedades de economía mixta en la siguiente forma: "Artículo 8º. De las Sociedades de Economía Mixta. Son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o auotrizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley". "El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades se determinan en la ley que las crea o autoriza y en el respectivo contrato social". Armonizando las nociones técnico-jurídicas del redescuento expresadas anteriormente; el criterio autorizado de la Sala de Consulta sobre la naturaleza jurídica del Banco de la República; y la definición que dá la ley de las sociedades de economía mixta, fácil es comprender que aun cuando el Banco de la República es un ente de servicio público que en un momento dado puede realizar actos administrativos de acuerdo con disposiciones expresas de la ley, las operaciones típicas bancarias que realice están sujetas a las reglas de derecho privado y por lo tanto no pueden considerarse actos administrativos sujetos al control jurisdiccional, como es el caso del redescuento bancario comercial al que nos estamos refiriendo. (Sala de lo Contenciso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 13 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Expediente 4970. Actor: Julio Mario Santo Domingo y otros. Acción de plena jurisdicción contra el artículo 6º de la Resolución 11 de 1976 de la Junta Monetaria y otros actos del Banco de la República). 268

Páginas

P

97. PENSION DE JUBILACION

La Caja Nacional de Previsión Social, de conformidad con el artículo 2º del Decreto 3135 de 1968, puede asumir, en todo o en parte, el pago de las pensiones de jubilación de los empleados y trabajadores de los establecimientos públicos, empresas comerciales e industriales del Estado, los Departamentos y Municipios, de conformidad con las correspondientes estipulaciones contractuales, dentro de los límites señalados por el mismo precepto. El mayor costo de las pensiones por causa de convención colectiva o laudo arbitral, en defecto de estipulación en contrario debe ser pagado por el contratista y si la Caja Nacional de Previsión Social debe efectuar el reconocimiento de la pensión, tiene derecho a repetir por igual valor. Se consulta: Si de acuerdo con el Decreto 732 de 1976, las Entidades obligadas —en caso de acumulación de tiempo de servicios— deben reajustar las cuotas partes de acuerdo al porcentaje establecido en el momento de autorizarse la mesada pensional. Si esa participación se extiende a la mesada adicional que debe reconocérseles a los pensionados en el mes de diciembre de cada año. Si esa obligación se extiende aún a aquellos casos en que se han suscrito convenciones colectivas de trabajo, pactos colectivos, etc". 1º Según los artículos 1º y 5º de la Ley 4ª de 1976, 3º y 6º del Decreto Reglamentario Nº 732 del mismo año, el reajuste de la pensión de jubilación y la mesada adicional que reconocen a los pensionados en el mes de diciembre de cada año. deben ser satisfechos por la entidad que tenga a su cargo el pago de la pensión. La ley, por motivos de orden público, le impone esta obligación. 2º) Pero los mencionados ley y decreto no regulan la concurrencia de entidades de derecho público, por acumulación de tiempo de servicio, para el pago de las obligaciones que imponen la Sala considera que el vacío debe llenarse con las normas y principios generales que regulan la materia, a saber: a) El artículo 18 de la Ley 6ª de 1945 dispuso que " el Gobierno procederá a organizar la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior" que comprende, entre otras prestaciones, la pensión de jubilación. El artículo 1º del Decreto 1600 de 1945, en armonía con el artículo 19 de la Ley 6ª de 1945, organizó la Caja Nacional de Previsión Social como un establecimiento público de carácter nacional "a cuyo cargo está el reconocimiento y pago de las prestaciones oficiales indicadas en el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 —modificado sucesivamente, en cuanto a la pensión de jubilación, por los artículos 3º de la Ley 65 de 1946 y 27 del Decreto Ley 3136 de 1968— y de las adicionales a que tengan derecho los empleados y obreros nacionales que a ella estén afiliados forzosamente y los demás empleados y obreros oficiales que lleguen a afiliarse por el improcedimiento facultativo que este decreto determina". El artículo 2º *ibidem* determinó que "son afiliados forzosos a la Caja de empleados y obreros de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las ramas del Poder Público, cuyos sueldos, salarios o emolumentos se paguen exclusivamente con cargo al Tesoro Nacional" a condición de pertenecer o de

haber pertencido al servicio público nacional y de "no estar afiliados a otra institución oficial de previsión social". El artículo 4º del Decreto 1600 de 1945 además autorizó a la Caja para admitir, "como afiliados facultativos" "a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente que, hallándose afiliados a otra institución oficial de prevensión social, deseen contratar con la Caja, individual o colectivamente, la diferencia de prestaciones entre las que consagra el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y las que la respectiva institución les reconoce"; "los demás empleados y obreros nacionales que carezcan de alguno de los requisitos para ser afiliados forzosos" y éstos y los empleados y obreros, forzosos o facultativos, que contraten "las prestaciones adicionales, que la Caja decida asumir" (letra a), b) y c). De manera que, según las indicadas disposiciones, son afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social los empleados y obreros permanentes de la Nación —entendida como persona jurídica de Derecho Público, conforme al artículo 80 de la Ley 153 de 1887— que no estén afiliados a otra institución oficial de previsión social; y facultativos los empleados y obreros nacionales que, sin ser afiliados forzosos, por cualquiera de los motivos señalados por el artículo 4º del Decreto 1800 de 1945, sean admitidos en la institución. Esta distinción entre afiliados forzosos y facultativos, la reitera el artículo 10º, Ords. 1º y 2º, del Decreto Ley 434 de 1971. Además, como prescribe el artculo 7º del Decreto 1066 del año en curso, aprobatorio de los estatutos de la Caja Nacional de Previsión Social, "son afiliados adscritos aquellas personas naturales, no vinculadas al servicio público, que reciben de la Caja prestaciones asistenciales por mandato de la ley". b) Por otra parte, el artículo 2º del Decreto Ley 3135 de 1968 no comprende, entre los afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión Social, a los empleados y obreros de los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, los cuales pueden ser afiliados facultativos si, como prescribe, las correspondientes entidades celebran con ella contratos para que tome a su cargo, en todo o en parte, las prestaciones económicas y asistenciales que la ley les reconoce; exceptuada, según el inciso 2º del mismo precepto, la cesantía, que debe serles pagada, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto Ley 3118 de 1968, por el Fondo Nacional de Ahorro. El mismo precepto autoriza a la Caja Nacional de Previsión Social para asumir, por contrato, total o parcialmente, las prestaciones sociales de los empleados y obreros de los departamentos y municipios. Esto sin perjuicio de que las respectivas entidades de previsión social, creadas con fundamento en el artículo 23 de la Ley 6ª de 1945, tengan a su cargo, en todo o en parte, las prestaciones sociales de los empleados y obreros de los departamentos, intendencias comisarías y municipios. c) Pero también existen, con fundamento en la ley, instituciones especiales de previsión social de carácter nacional, encargadas de las prestaciones sociales de sus afiliados específicos, como la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, la de Retiro de las fuerzas militares, la de sueldos de retiro de la Policía Nacional o la de Previsión Social de la Universidad Nacional. d) Según los artículos 27 del Decreto Ley 3135 de 1968 y 75 del Decreto Reglamentario Nº 1848 de 1969, la pensión de jubilación debe ser pagada al empleado oficial de carácter nacional "por la entidad de previsión social o la cual estuvo

afiliado al tiempo de cumplir el tiempo (sic) de servicio requerido por la ley", si se retiró de él sin cumplir la edad necesaria, o por la institución de previsión social "a que esté afiliado al tiempo de retiro", si entonces reúne los dos requisitos concurrentes, edad y tiempo de servicio, necesarios para tener derecho a la pensión. Si el empleado oficial "no estuviere afiliado a ninguna entidad de previsión social al tiempo de retirarse del servicio oficial, al reconocimiento y pago se hará directamente por la última entidad o empresa oficial empleadora" (artículo 75, número 2, del Decreto 1848 de 1969). Lo propio disponen, *mutatis mutandi*, en relación con los empleados y obreros de los departamentos y municipios, los artículos 21 de la Ley 72 de 1947, 1º y 8º del Decreto Reglamentario Nº 2921 de 1948, y lo mismo es aplicable a los de las intendencias y comisarías (artículos 23 de la Ley 5ª de 1945, 8º del Decreto 2921 de 1948 y 8º de la Ley 153 de 1887). e) La entidad a la cual prestó sus servicios el empleado y obrero debe pagar la pensión de jubilación, directamente o por conducto de la correspondiente institución de previsión, si ahí permaneció, continúa o discontinuamente, durante el mínimo de veinte años que exige la ley. Pero si este lapso de servicio lo cumplió en diferentes instituciones, todas ellas deben concurrir proporcionalmente al pago de la pensión y, por lo mismo, la encargada de reconocerla y pagarla, conforme a lo expuesto antes, tiene derecho a que las demás le devuelvan sus respectivas cuotas o, como se suele decir, a repetir (artículos 21 de la Ley 72 de 1947, 1º, 2º, 3º y 8º del Decreto Reglamentario 2921 de 1948, 28 del Decreto Ley 3135 de 1968, 72 y 75 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969). Esta concurrencia no sólo puede ocurrir, como es frecuente, entre la Nación, los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, sino también entre entidades de carácter nacional, si ellas tienen Cajas de Previsión Social encargadas de las prestaciones sociales de sus respectivos empleados y obreros, o si éstos sirvieron los veinte años en parte como afiliados forzosos de una Caja y en otra como facultativos o directamente adscritos a un establecimiento público o empresa industrial o comercial del Estado, sin estar afiliados a una institución de previsión social (artículo 2º del Decreto Ley 3135 de 1968). f) La Ley 4ª y el Decreto Reglamentario 732 de 1976 disponen que los aumentos y la mensualidad adicional que prescriben deben ser pagados por las entidades que hayan reconocido las pensiones de jubilación. Pero la Sala entiende que no se trata de una obligación indiscriminada que les impone la ley de pagar esos mayores costos, sino que ella debe ser deducida de los principios jurídicos, antes expuestos, que rigen la institución, a saber: 1) Los aumentos de las pensiones de jubilación, dispuestos por la ley y decreto indicados, deben ser pagados por las entidades que las reconocieron, como una obligación unilateral que les impone la ley, si por causa de la vinculación y el tiempo servido, debían cubrirlos íntegramente. 2) Si las pensiones de jubilación se reconocieron en concurrencia con otras entidades, porque los beneficiarios sirvieron a dos o más de ellas, los aumentos dispuestos por la Ley 4ª de 1978, que deben ser liquidados y pagados por las que reconocieron las pensiones deben distribuirse, en proporción directa al tiempo servido, entre aquellas a las cuales prestó sus servicios el empleado oficial. En este caso, la institución que debe liquidar el aumento, previo el

Páginas

procedimiento legal y reglamentario, antes indicado, tiene derecho a repetir. 3) Lo expuesto en los dos puntos anteriores es aplicable a la asignación mensual que el artículo 5º de la Ley 4ª de 1976 reconoce, en el mes de diciembre de cada año, a los pensionados o a sus causahabientes. Así también lo ha entendido el artículo 3º del Decreto Reglamentario Nº 2567 de 1946 en relación con la Caja Nacional de Previsión Social. 4) Las instituciones de previsión social o las correspondientes entidades, según el caso, están obligadas a pagar, en todo a una parte, en proporción al tiempo servido, las pensiones de jubilación, respectivamente, de sus afiliados forzosos o empleados u obreros, *en la cuantía determinada por la ley*, en ella incluidos los aumentos que prescriba. 5) En relación con los trabajadores oficiales, al mayor valor de las pensiones de jubilación por concepto de convenciones colectivas de trabajo o laudos arbitrales, en la hipótesis anterior, debe ser pagado, en todo o en parte, en este caso en proporción al tiempo servido, por las correspondientes entidades de previsión social e instituciones, a cuyo servicio estén o hayan estado vinculadas, obligadas por las correspondientes convenciones o laudos. Por consiguiente, si hay concurrencia, y si la entidad que debe reconocer la pensión es la obligada a asumir ese mayor costo, previo el procedimiento legal y reglamentario, tiene derecho a repetir por igual valor. Este principio que se deduce para todos los casos del conjunto de la institución, así fue reconocida, en relación con la Caja Nacional de Previsión Social, por el Decreto Reglamentario Nº 2567 de 1946, a saber: Artículo 3º. "La Caja Nacional de Previsión Social, además de las prestaciones sociales consagradas en los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 11 del Decreto 1600 del mismo año, deberá atender a cualesquiera otros beneficios o prestaciones adicionales a que sus afiliados tengan derecho por razón de disposiciones especiales, convenciones colectivas o fallas arbitrales, atendibles directamente por el respectivo Ministerio, establecimiento, institución o empresa oficial, y sin perjuicio de su oportuno reembolso de su mayor costo por parte de la entidad obligada a reconocerlas". 6) La Caja Nacional de Previsión Social, de conformidad con el artículo 2º del Decreto Ley 3135 de 1968, puede asumir, en todo o en parte, el pago de las pensiones de jubilación de los empleados y trabajadores de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales del Estado, los departamentos y los municipios, de conformidad con las correspondientes estipulaciones contractuales, dentro de los límites señalados por el mismo precepto. En este caso, el mayor costo de las pensiones, por causa de convención colectiva o laudo arbitral, un defecto de estipulación en contrario, debe ser pagado por el contratista y, si la Caja Nacional de Previsión Social debe efectuar el reconocimiento de la pensión, tiene derecho a repetir, por igual valor. (Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de julio 30 de 1979. Consejero ponente, doctor Humberto Mora Osejo. Consulta formulada por el señor Ministro de Agricultura. Autorizada su publicación mediante Oficios Nº 6635 de agosto 14 de 1979) Radicación 1299. 21

98. PENSIONES

Pagos. No se requiere que se dicten reglamentos en los cuales se establezcan las modalidades de la extensión de los servicios médicos

Páginas

a los parientes de los pensionados y el monto de los aportes por cuanto la misma ley no los exige. Suspensión provisional del artículo 7º del Decreto Reglametnario Nº 782 del 22 de abril de 1976 expedido por el Gobierno Nacional.— El precepto que se impugna es del siguiente tenor: "En los reglamentos de las entidades a cuyo cargo esté el pago de las pensiones deberán estar determinadas las modalidades de la extensión de los servicios médicos a los parientes de los pensionados y la cuantía de los aportes de que trata el artículo 7º de la Ley 4ª de 1976". El precepto impugnado, señala que en los Reglamentos de las Entidades a cuyo cargo está el pago de las pensiones, deberán éstas determinar las modalidades de la extensión de los servicios médicos a los parientes de los pensionados y la cuantía de los aportes, cuando en cambio, el artículo 7º de la Ley 4ª de 1976, afirma: "según lo determinan los Reglamentos de las Entidades obligadas", es decir, que no se requiere para darle aplicación a este ordenamiento legal que se dicten reglamentos en los cuales se establezcan las modalidades de la extensión de los servicios médicos a los parientes de los pensionados y el monto de los aportes, por cuanto la misma ley no los exige, por entenderlos ya determinados con anterioridad a su expedición. Teniendo pues, en cuenta, que el artículo 7º del Decreto número 732 de 1976 ordena una reglamentación no contenida en el artículo 7º de la Ley 4ª del mismo año, en el sentido de que en los Reglamentos de las entidades a cuyo cargo esté el pago de las pensiones, deberán determinarse las modalidades de la extensión de los servicios médicos a los parientes de los pensionados y la cuantía de los aportes, lo que *prima facie* es manifiestamente violatorio de lo dispuesto en la referida ley deberá decretarse la suspensión provisional. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 2ª. Auto de 14 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 3723). Actor: Rodrigo Rojas C. (Decretos del Gobierno). 422

99. PERSONAL DOCENTE. PENSION DE JUBILACION

Decreto Ley 1713 de 1960. Artículo 1º, literal b). Interpretación. También se aplica al personal docente cuando tiene título profesional, pues la norma no establece excepciones, ni restringe el concepto de profesional con título universitario en forma que no queden comprendidos en ella quienes laboran en la docencia amparada por un título de tal naturaleza.— El artículo 64 de la Constitución Nacional al establecer la incompatibilidad para recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o Instituciones en que tenga parte principal el Estado, deja la salvedad de lo que para casos especiales determinen las leyes. En desarrollo de esta norma constitucional se dictó el Decreto Ley 1713 de 1960, que en artículo 1º establece: "Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de las Empresas o Instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo las excepciones que se determinan a continuación". "a) Las asignaciones que provenga de establecimientos docentes de carácter oficial, siempre que no se trate de profesorado de tiempo completo". "b) Las que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el ejer-

Páginas

cicio regular de tales cargos...". El Tribunal de Antioquia al analizar la norma transcrita y apoyándose en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado le da aplicación para el personal docente al numeral a) de la anterior disposición, excluyendo por lo tatno de la excepción legal que se estudia a los profesores de tiempo completo. Considera el Tribunal que la norma del literal b), relativa a los profesionales con título universitario, no es aplicable al personal docente, que encuentra su propia y específica regla en el literal a) y, por via de interpretación, decide que el literal b), relativo a los profesionales con título universitario, sólo se refiere a quienes ejercen las llamadas profesiones liberales, cómo los médicos, odontólogos, abogados, etc. Esta Sala en repetidas providencias ha decidido en sentido contrario, es decir, que el literal b) del artículo citado también se aplica al personal docente cuando tiene título profesional, pues la norma no establece excepciones, ni restringe el concepto de profesional con título universitario en forma que no queden comprendidos en ella quienes laboran en la docencia amparados por un título de tal naturaleza. Donde la norma no distingue no le es dable al interprete hacerlo. Esta interpretación no sólo corresponde a los principios generales de derecho, sino que se acomoda y recoge la tradición legislativa del país, extensamente analizada por la setencia que se revisa, en el sentido de dar a la docencia un tratramiento de excepción, para favorecer en lo posible a quienes se dedican a ella y para aprovechar los conocimientos y aptitudes de este personal en beneficio de la educación, haciendo compatible, por ejemplo, el cargo docente con el ejercicio de cualquier otro empleo público, inclusive los jurisdiccionales, buscando asi el mayor aprovechamiento de las capacidades intelectuales atentes del país. Si ello es así, todo indica que para la interpretación del Decreto Ley 1713 de 1960, a más del criterio enunciado, debe darse aplicación al principio pro-preario en virtud del cual prefiere la interpretación más favorable al trabajador. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 19 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 2098. Actor: Augusto Gilberto Ordóñez Muñoz). 367

100. PERSONAL DOCENTE CON FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

Régimen Salarial, régimen prestacional e indemnizatorio. Carácter de docentes para algunos efectos y administrativos en otros. INSPECTORES (Supervisores), constituyen un género de funcionarios docentes administrativos.— El señor Ministro de Educación Nacional formula la siguiente consulta: 1º. Qué normas les son aplicables en materia salarial, prestacional, indemnizatoria y demás, a los funcionarios dependientes del Ministerio de Educación Nacional o que presten servicios en Establecimientos Educativos adscritos a éste, que ostentan al doble carácter de docentes y administrativos en forma simultánea, siendo así que para cada uno de estos funcionarios rigen disposiciones especiales y distintas en materia de derechos sociales derivados de la prestación de sus servicios? 2º. Cómo los debe considerar la administración Pública para dichos efectos? 3º. A los Inspectores Nacionales (Supervisores) cuáles normas les son aplicables en materia prestacional y salarial, las de los funcionarios do-

centes o las de los administrativos o simultáneamente ambas, consagrando en este último caso un doble derecho social para estos funcionarios y para ciertos derechos sociales?. Es conveniente advertir también que para la consideración de esta consulta se tiene en cuenta la legislación citada en ella y dentro de esta legislación se destacan, como en seguida se hace, algunas disposiciones que sirven de marco para tratar esta materia. 1) Decreto 224 de 1972 "actualmente vigente" según se expresa en la misma consulta, según el cual se señalan las asignaciones de los Rectores o Directores, Prefectos y Profesores de enseñanza primaria etc. y se establecen estímulos para los mismos funcionarios, que establece entre otras cuestiones: "Artículo 5º. Los profesionales de la docencia en ejercicio o inscritos en el escalafón que hayan sido o que sean llamados a ocupar cargos administrativos relacionados con la enseñanza elemental, secundaria o media, capacitación, supervisión e investigación científica en el Ministerio de Educación Nacional o en organismos descentralizados del sector educativo, conservarán el carácter de docentes y disfrutarán de todos los beneficios para efectos de ascenso en el escalafón y pensión de jubilación. "Parágrafo. Al terminar en el ejercicio del cargo o cargos para los cuales hubieren sido designados conforme al presente artículo, los docentes tendrán derecho a ser reincorporados a la enseñanza". 2) El Decreto 715 de 1978 por el cual se fijan las asignaciones básicas mensuales de las distintas categorías del magisterio, determina en su artículo 1º que las escalas de remuneración que en este mismo Decreto se establecen rigen para el personal docente que depende del Ministerio de Educación Nacional, en el artículo 2º fija las escalas de remuneración y en en artículo 2º en algunos de sus literales prescribe: "Artículo 3º. De otras asignaciones. Fíjanse las siguientes asignaciones básicas mensuales para el personal que a continuación se determina: a) Para los rectores o directores de educación secundaria, media o superior no universitaria, la asignación básica que corresponda a la categoría a la cual pertenezcan de acuerdo con el escalafón nacional de secundaria, más un treinta por ciento de dicha asignación. b) Para los directores de las escuelas anexas a las normales nacionales, la asignación básica que corresponda a su respectiva categoría más un veinte por ciento de dicha asignación. "1) Para los Inspectores nacionales del Ministerio de Educación Nacional el sueldo de su categoría más un cuarenta por ciento de dicha asignación". "m) Para los supervisores de primaria y secundaria de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá la asignación básica que corresponde a su categoría y el porcentaje adicional que perciban en la actualidad. El personal docente a que se refiere el presente artículo recibirá las asignaciones básicas mensuales fijadas en los ordinales anteriores, mientras permanezca en ejercicio de las funciones correspondientes a tales cargos". 3) El Decreto 1045 de 1978 que fija las reglas generales sobre prestaciones sociales para los empleados públicos y trabajadores oficiales, del sector nacional determina en sus artículos 1º y 2º el campo de aplicación de este Decreto y en su artículo 45 señala, entre otros y como factor de salario para la liquidación de cesantía y pensiones, la prima de vacaciones. Hecho lo anterior, y con base en esa legislación, pueden hacerse las siguientes consideraciones: 1. Hay docentes que pasan a la administración pero que al

hacer ese paso conservan el carácter de docentes, que no pierden ese carácter; en esto la ley es muy clara. Por eso, ese paso del docente a la administración es por su naturaleza temporal; es decir, no importa el tiempo que el docente permanezca en la administración, puede ser por un espacio limitado de tiempo o prolongarse: al terminarse su permanencia en la administración readquiere plenamente, si puede decirse así, su carácter de docente. Entre otras cosas, por ser así, como lo especifica la ley, conserva durante su paso por la administración, sus beneficios en el escalafón, manteniendo así ese funcionario docente, su estabilidad. 2. Al pasar a la Administración, varía la remuneración, se aumenta la asignación de ese funcionario docente. Hay, si se quiere, una compensación por esa tarea administrativa que el docente va a cumplir. Esto tiene varias consecuencias: una, evidente, que ese suplemento, si se le puede dar ese nombre, sólo la recibe el docente mientras desempeña esas tareas administrativas; al regersar a la docencia, al dejar la administración, deja de percibir ese que hemos llamado suplemento, y recibe entonces solo la asignación que le corresponde como docente; en esto la ley es también muy clara. 3. Esta asignación suplementaria proviene o es un aspecto de una cuestión general que puede servir para tratar toda esta materia. El funcionario docente que pasa temporalmente y mientras dura en la administración, entra el régimen de trabajo propio de la administración, entra a quedar cobijado por un nuevo régimen y no puede ser de otra manera. El funcionario docente, temporalmente, es un funcionario administrativo y como tal queda, en ese aspecto, sometido a las reglas que regulan el trabajo administrativo. Así su horario de trabajo, su continuidad durante el año, sus vacaciones, para mencionar sólo algunos aspectos son aquellos propios de los funcionarios administrativos. No considerarlo así podría producir una verdadera desorganización en la administración. Por eso, como ya se advirtió, se le da esa compensación o suplemento en su asignación. Pero se insiste, dado que es un funcionario docente, que conserva ese carácter, mantiene los beneficios del escalafón y de la pensión de jubilación que son propias de los docentes. 4. Pero precisamente por pasar al régimen de trabajo que es propio de los funcionarios administrativos adquiere temporalmente, mientras está en la administración, otras características que son propias de ese régimen. Así, para referirse a una cuestión concreta, mientras está en la administración, tiene derecho a recibir la prima de vacaciones. Y, se considera, no puede ser de otra manera y otra solución no tendría lógica: si se adquiere el carácter de funcionario administrativo debe adquirir las obligaciones y las condiciones que son propias de quien desempeña tareas administrativas. Esto naturalmente temporalmente, mientras temporalmente se desempeñan esas funciones administrativas. En principio y en general el docente que pasa a la administración en cuanto a sus prestaciones sociales le son propias las de los docentes, en cuanto a sus asignaciones básicas están ellas determinadas por la ley, en cuanto a régimen de trabajo queda sometido o cobijado por las que son propias de la administración. En relación a las preguntas concretas se puede contestar. 1) Aquellos funcionarios que siendo docentes desempeñan funciones administrativas le son aplicables en materia salarial las normas legales que fijan ese salario y en cuanto al régimen de trabajo les es propio el de los funcionarios administrativos. En materia pres-

Páginas

tacional las que son propias de los docentes. En materia indemnizatoria se rigen por los principios que regulan esta cuestión. 2) La administración pública los debe considerar como establece la ley: continúan siendo docentes para algunos efectos y administrativos en otros, como se consideró en el curso de la consulta: 3) Los Inspectores (Supervisores) no son sino un género de estos funcionarios docentes administradores, y quedan cobijados por las mismas reglas generales que se han expresado. En este último punto cabe anotar que no puede existir "un doble derecho social" como se expresa en la consulta: sus prestaciones son las fijadas para los docentes pues no sería aceptable que se aplicaran normas de uno y otro régimen. (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de Mayo 3 de 1979. Consejero ponente: Doctor Mario Latorre Rueda. Consulta formulada por el Sr. Ministro de Educación Nacional y autorizada su publicación con Oficio Nº 3281 de julio 27 procedente de ese Ministerio. Rad. 1282). 9

101. PERSONERIA JURIDICA

Unos son los requisitos que la ley exige para la constitución de un Sindicato, y otros los necesarios para la elección de directivas sindicales no ya provisionales, sino definitivas. La elección de directiva provisional, indispensable para que realice los trámites de reconocimiento de personería, no puede entrabar de ninguna forma la voluntad libremente expresada de un grupo de personas que desean formar un sindicato. Interpretación y aplicación del artículo 391 *del Código Sustantivo del Trabajo. Nulidad de las Resoluciones número* 04203 *de* 1978 *y* 04573 *de noviembre* 3 *del mismo año, expedidas por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.*— Por medio de la Resolución Nº 4203 del 18 de octubre de 1978, el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social negó el reconocimiento de personería jurídica al sindicato de Trabajadores de la Superintedencia Bancaria, con fundamento en que la elección de la junta directiva provisional no se realizó conforme a lo ordenado en el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo que ordena que la elección se hará por votación secreta, en papeleta suscrita y aplicando el sistema del cuociente electoral, para asegurar la representación de las minorías, so pena de nulidad. Contra la providencia citada se interpuso recurso de reposición que fue negado por Resolución Nº 4574 de 3 de noviembre de 1978. Conforme consta en el acta de fundación y sus anexos (folios 18 y ss.) al Sindicato de Trabajadores de la Superintendencia Bancaria, se inscribió un número total de 31 socios fundadores y constituyeron la Junta Directiva Provisional para efectos de la consecución de la personería jurídica. No existe constancia en la misma de que se hubieran presentado diversas listas de candidatos a la Directiva Provisional y todo da a entender que la elección fue por unanimidad. Con el sistema del cuociente electoral se expresa el pensamiento de los electores en forma tal, que cada grupo, partido o tendencia, pueda tener una efectiva representación en razón directa del volúmen de sus sufragios. Naturalmente que este sistema supone la existencia de grupos, la multiplicidad de listas. Por consiguiente, cuando en una Asamblea, de Trabajadores realizada con miras a la constitución de una organización sindical no existe unanimidad, pues

es obvio que hay que dar cabal aplicación al artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo; pero si como ocurrió en el caso presente, se presentó una unanimidad en la escogencia de la Directiva Provisional con relación a una sola lista de candidatos, no podía entonces tener aplicación estricta aquella norma, por lo mismo que la elección tuvo ese carácter. Y ciertamente que es inexplicable la razón dada en las resoluciones acusadas para negar la personería jurídica al Sindicato de la superintedencia bancaria, con el expediente de que la elección de la Directiva Provisional no se realizó conforme a lo ordenado en el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo, porque ese criterio rigorista no suele ser el determinante de Resoluciones de esa índole. En efecto, en diligencia de Inspección Judicial llevada a cabo en dependencias del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social división de relaciones colectivas de trabajo se estableció en primer lugar, que de acuerdo con el informativo levantado al efecto, el Presidente y el Secretario provisionales del Sindicato de la Superintendencia Bancaria aportaron toda la documentación que la ley exige para el trámite y reconocimiento de la personería jurídica del mismo, no habiendo sido la negativa de la misma por omisión de alguno de los requisitos de ley propiamente dichos. Y en segundo lugar, se estableció de acuerdo con expedientes tomados al azar, que para el reconocimiento de la personería jurídica de un Sindicato, no es costumbre el que se deje constancia expresa de que la votación para Junta Directiva Provisional se realizó por votación secreta en papeleta escrita y aplicando el sistema del cuociente electoral, sino que simplemente se hace la afirmación de que dicha elección se hizo de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo. Además, de las actas de fundación de los sindicatos examinados se desprende que sólo se inscribió una lista de candidatos a directivos y que la elección se hizo por unanimidad, tal como ocurrió en el caso que ocupa la atención de la Sala. Ahora bien, en cuanto a los requisitos que exige el artículo 364 del mencionado Código Sustantivo del Trabajo, en los actos acusados se reconoce que la organización sindical de la Superintendencia Bancaria, en formación llenó todos los requisitos allí exigidos, para la obtención de su personería jurídica. El artículo 361 del Código Sustantivo del Trabajo, dice que "De la reunión inicial de constitución de cualquier Sindicato los iniciadores deben levantar un "Acta de Fundación" donde se expresen los nombres de todos aquellos, sus documentos de identificación, su residencia, la actividad que ejercen y que los vincule, el nombre y el objeto de la asociación". A todo ello se sometió la organización sindical de la Superinetndencia Bancaria, y no se indicó el sistema electoral aplicado para la escogencia de la Directiva Provisional, en primer lugar, porque la norma citada no lo exige, y en segundo lugar, porque la escogencia fue por unanimidad. De acuerdo con lo visto, resulta equivocado el planteamiento del Ministerio del Trabajo en los actos acusados. El sindicato no ha infringido los ordenamientos objetivos a que ha sometido la ley su constitución y la elección de sus directivos provisionales, siendo conveniente anotar, que existe una evidente falta de lógica en las actuaciones Ministeriales frente a casos semejantes que han merecido un tratamiento diferente, como se apreció en la diligencia de inspección judicial. Y es bueno destacar también, que unos son

Páginas

los requisitos que la ley exige para la constitución de un Sindicato, y otros, los necesarios para la elección de directivos sindicales no ya provisionales, sino definitivos. Para lo primero se exige un determinado número de afiliados, quienes se reúnen para manifestar su voluntad de afiliarse, levantando de ello y eligiendo una directiva provisional para que gestione el reconocimiento de la personería jurídica. Y es fundamental que un número no inferior a 25 según el artículo 359 del Código Sustantivo del Trabajo de personas, manifiesten el ánimo de asociarse. Cumplidas tales condiciones, las autoridades del Ministerio de Trabajo deben aprobar la nueva asociación sindical. "La elección de directiva provisional, indispensable para que realice los trámites de reconocimiento, no puede entrabar de ninguna forma la voluntad libremente expresada de un grupo de personas que deseen formar un sindicato. Si además, todos los fundadores, por tratarse de una directiva provisional, están de acuerdo en las personas que deben integrarla y la eligen por unanimidad, como ocurrió en el caso de autos, resulta absurdo exigir aplicación del cuociente electoral, sistema que tiene por finalidad proteger los derechos de las minorías. Obvio que cuando hay unanimidad no hay minorías. "Distinto sería si después de obtener el reconocimiento de personería jurídica se inscriben varias listas para elección de directivas y no se aplica el sistema de votación secreta y cuociente electoral; dicha elección sería nula, más no el reconocimiento de personería jurídica". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 22 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago H. Expediente 3246. Actor: Sintrasuperbancaria. (Resoluciones Ministeriales). 162

102. PERSONERIA JURIDICA. SINDICATOS. EN QUE CONSISTE. SUPRESION. CONSECUENCIAS.

La personería jurídica otorga, por ficción legal, capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, según lo dispone el artículo 633 del Código Civil, la supresión total de esa facultad no sólo viola un derecho subjetivo, sino que lo extingue.— Por Resolución 0004 del 18 de enero de 1978, proferida por el Jefe de la División de Relaciones Colectivas del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se ordenó cancelar el Registro Sindical de la Organización de primer grado y de base denominada SINDICATO DE TRABAJADORES DE ENKA DE COLOMBIA, con personería jurídica 0100 de enero 30 de 1967, dicha decisión fue revocada por el funcionario que la expidió, mediante la Resolución 0005 Bis del 1º de febrero del mismo año. Apelada esta, el Director General del Trabajo del Ministerio, por Resolución número 01505 del 17 de abril de 1978, le impartió aprobación, quedando sin efecto alguno la Resolución número 0004 citada y que había ordenado la Cancelación de la personería jurídica de la organización sindical. El mismo Director General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, según Resolución 04427 del 27 de octubre de 1978, revocó en todas sus partes las Resoluciones 00005 Bis y 01505 mencionadas, disponiendo la firmeza de la Resolución 004 del 18 de enero de 1978, que ordenó la cancelación del registro de la agremiación "Sindicato de Trabajadores de Enka de Colombia

Páginas

S. A.". La Resolución 0004 precitada, al ordenar la cancelación indicada no hizo más que decretar su muerte jurídica y dejar sin efectos la personería que le había conferido la Resolución número 0100 del 30 de enero de 1967. Al reponerse esta providencia, el Sindicato volvía a recobrar la personería jurídica. luego, es indiscutible, que las Resoluciones 0005 Bis y 01505 comentadas, crearon un derecho subjetivo para la organización sindical al impedir su disolución. Si como lo anota el memorialista la Resolución que le concedió personería jurídica al Sindicato si ostenta el carácter de acto administrativo subjetivo, con igual razón lo tiene el que garantiza y protege su subsistencia. De otra parte, es sabido, que la facultad concedida por la ley a los funcionarios públicos para revocar directamente los actos administrativos no es caprichosa ni arbitraria. Ella está limitada en interés de la ley y sin violar derechos radicados en una persona natural o jurídica. Este derecho se ha entendido como la facultad reconocida jurídicamente para hacer u omitir algo en oposición al derecho objetivo que no es más que el conjunto de normas que regulan la conducta humana desde el punto de vista jurídico. Si la personería jurídica otorga, por ficción legal, capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, según lo dispone el artículo 633 del Código Civil, la supresión total de esa facultad no sólo viola un derecho subjetivo, sino que lo extingue. Por eso la Resolución 0004 revivida señala en su artículo cuarto que "El liquidador que se designe queda en la obligación de someter la liquidación...", indicando, sin lugar a dudas, que la cancelación del registro sindical dejaba sin vida jurídica a la organización sindical, al derogar, implícitamente, la Resolución 0100 del 30 de enero de 1967 que le concedió la personería jurídica. De allí que no se necesita hacer demasiados esfuerzos dialécticos, para llegar a la conclusión de que con los actos enjuiciados no sólo se está lesionando un derecho subjetivo sino que se anulan totalmente la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones que ostenten el ente moral. El principal derecho adquirido de la persona ficticia es su propia existencia. Sin la tutela de éste no existe personalidad jurídicamente capaz. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de septiembre 15 de 1979. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Juicio número 3065. Demandante: Sindicato de Trabajadores de Enka de Colombia S. A. Recurso de Súplica). 149

104. PENSIONES

Si la Ley 171 *de* 1961 *y el Decreto* 3135 *de* 1968, *se refieren a las pensiones de jubilación e invalidez, a que se contraen tales estatutos, no es dable hacer extensivo el beneficio de la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria, etc. a las pensiones especiales, como la de Ex-Presidente de la República.*— Los artículos 10 de la Ley 171 de 1961 y el 29 del Decreto Reglamentario número 1611 de 1962, establecieron para los pensionados el derecho a los mismos servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos y hospitalarios a que tengan derecho los correspondientes trabajadores en actividad. Y disponen que "para este efecto, los pensionados oficiales aportarán un cinco por ciento (5%) mensual de la pensión a la respectiva Entidad u organización de

Páginas

Previsión Social.....". El artículo 10 citado, señala, además, que tales derechos cobijan a los pensionados por dicha ley. Igualmente, el artículo 37 del Decreto 3135 de 1968, preceptúa: "A los pensionados por invalidez, jubilación y retiro por vejez, se les prestará por la Entidad que les pague la pensión, asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria"; y agrega en su inciso 2º: "Para este efecto el pensionado cotizará mensualmente un cinco por ciento (5%) de su pensión". Norma similar contiene el artículo 90 del Decreto 1848 de 1969. Mediante Resolución número 02681 del 23 de septiembre de 1958, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se ordenó inscribir por la Dirección del Presupuesto, dependiente de esa Entidad, al Vice-Almirante Rubén Piedrahita Arango, como pensionado por el Tesoro Nacional, y quien devengaría, a partir del 7 de agosto de 1958, en adelante, una pensión mensual vitalicia, en su condición de ex-Presidente de la República. Dicha pensión especial le fue concedida con base en el artículo 2º de la Ley 22 del 17 de diciembre de 1952, que estatuye: "Los ciudadanos que a cualquier título hayan ejercido la Presidencia de la República por un término continuo o discontinuo no inferior a seis (6) meses, tendrán derecho a una pensión vitalicia.....". Como bien puede apreciarse, la pensión otorgada a demandante es de carácter especial, puesto que no se tiene en cuenta el tiempo servido, ni la edad, como ocurre con la pensión de jubilación ordinaria. Se trata de una prestación decretada de por vida, como reconocimiento al ciudadano que haya ocupado y ejercido el más elevado cargo dentro del sector público del país, como es la Presidencia de la República. De otra parte, si la Ley 171 de 1961 y el Decreto 3135 de 1968, se refieren a las pensiones de jubilación e invalidez, a que se contraen tales estatutos, no es dable, en forma alguna, hacer extensivo el beneficio de la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria, etc., a las pensiones que, como la reconocida al actor, tienen un carácter especialísimo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 5 de julio de 1979. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor, Rubén Piedrahita Arango. Expediente 2813. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 11786 de 1974 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público). 133

105. PLAZAS DE MERCADO

Son un servicio público a cargo de los municipios, siendo o debiendo ser generalmente sus usuarios los productores y consumidores del respectivo Municipio. Los vendedores de las Plazas de Mercado no son arrendatarios de los Municipios o de las entidades municipales que tengan por encargo prestar ese servicio público, sino concesionarios de los medios materiales e inmateriales que se les adjudican, debiendo pagar como contraprestación una tarifa que, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 929 de 1943, deben ser aprobados por el respectivo Gobernador, el que tiene facultad de revisarlas.— La Junta Administradora de las Empresas Públicas Municipales de Riosucio (Caldas), con fecha 20 de junio de 1977 dictó la Resolución Nº 14, mediante la cual reajustó "a partir del 1º de julio de 1977 las tasas de servicios que venían rigiendo desde el año de 1975 para los puestos, expendios y locales de la Plaza de Mercado de Riosucio en un ciento

por ciento (100%)" (artículo 1º), porque hacía dos años que no se reajustaban "a pesar del constante y permanente incremento de los artículos que allí se expenden" y por la necesidad de "adelantar una reestructuración de la Plaza de Mercado que comprenderá, redistribución, remodelación y ampliación de la misma. Sobre plazas de mercado existen las siguientes normas: Conforme al numeral 15 del artículo 169 del C. de R. P. y M., corresponde a los Concejos "señalar el día o días en que deba tener lugar el mercado público". Según el artículo 1º del Decreto 929 de 1943, los municipios deben establecer "sitios de expendio dentro del perímetro urbano, de modo que los productores encuentren siempre facilidades para vender directamente sus productos". También se dispone en el artículo 2º *ibidem*, que "los municipios no podrán exigir impuesto, contribución o derecho alguno, ni prohibir a los campesinos que expenden directamente sus productos, cuando no se les hubiere señalado sitio adecuado en los mercados de que trata el artículo anterior y vendieren los víveres en cualquier parte del perímetro urbano". El artículo 3º *ibidem establece lo siguiente: "Desde el primero (1º) de junio del* año en curso las tarifas fijadas en los Municipios para los mercados no podrán regir sin la aprobación del respectivo Gobernador. Los Gobernadores de los Departamentos quedan investidos de la facultad de revisar las tarifas de los mercados municipales, con el objeto de que no se vulneren los intereses de los productores y no se entorpezca el comercio de los artículos de primera necesidad". De acuerdo con la letra y el espíritu de las normas anteriores, las "Plazas de Mercado", que pueden ser cubiertas, al ire libre o semicubiertas, son un servicio público a cargo de los Municipios, siendo o debiendo ser generalmente sus usuarios los productores y consumidores del respectivo Municipio, o sea que la ley busca con la prestación de este servicio eliminar hasta donde sea posible la intermediación entre el productor y el consumidor. Para obtener esta finalidad los Concejos deben señalar un sitio adecuado y dotarlo de los medios materiales y de los servicios indispensables para que los usuarios, o sea la comunidad, puedan hacer uso de él *adecuadamente.* De suerte que no les basta a los Municipios señalar un sitio cubierto o cerrado, sino que además deben dotarlo de locales, expendios y puestos, así como, si ello es posible, de los servicios de agua, luz, sanitarios, aseo, vigilancia, etc. Esto quiere decir que el servicio público de mercado o de Plaza de Mercado consiste en la actividad organizada que pone a disposición de productores y consumidores, y aún de los intermediarios, un conjunto de elementos materiales e inmateriales, para satisfacer en forma regular y continua la necesidad colectiva de adquirir los artículos de primera necesidad a precios no especulativos. De lo anterior se desprende que los vendedores de las "Plazas de Mercado" no son arrendatarios de los Municipios o de las entidades municipales que tengan por encargo prestar ese servicio público, sino concesionarios de los medios materiales e inmateriales que se les adjudican, debiendo pagar como contraprestación una tarifa que fija unilateralmente la Administración Municipal, tarifas que, de acuerdo con el artículo 3º del Decreto 929 de 1943, deben ser aprobadas por el respectivo Gobernador, el que tiene facultad de revisarlas, "con el objeto de que no

Páginas

se vulneren los intereses de los productores y no se entorpezca el comercio de los artículos de primera necesidad". Precisamente por ser un servicio municipal él de "mercado público" es que está sujeto a las reglamentaciones que sobre el particular dicte el municipio, debiendo el Concejo, como lo dispone el numeral 15 del artículo 169 del C. de R. P. M., "señalar el día o días en que deba tener lugar". Lo antes expuesto bastaría para afirmar que las "Plazas de Mercado" constituyen un servicio público, ya que se trata de "actividades organizadas que tienden a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial". Pero hay algo más, el artículo 1º del Decreto 753 de 1956, del cual se acaba de transcribir lo anterior, prescribe que "constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:..... e) Las plantas de leche, plazas de mercado, mataderos y de todos los organismos de distribución de estos establecimientos, sean ellos oficiales o privados". Aunque el concepto del contrato de concesión que trae el artículo 92 del Decreto Ley 150 de 1976 pertenece al siglo XIX, puesto que se le define vinculado a la construcción, montaje, instalación, mejora, adición y conservación de una obra pública, la Sala considera que los adjudicatarios de los locales, expendios y puestos de las plazas de mercado son verdaderos concesionarios de un servicio público, en el sentido de que la vinculación jurídica entre la entidad pública propietaria o administradora y los expendedores se hace a través de una concesión, que generalmente tiene algunas formalidades, como la simple inscripción ante aquélla. Pero aquí debe entenderse por concesión el acuerdo mediante el cual la entidad pública encarga a un particular, bajo las prescripciones de un reglamento, de hacer funcionar un servicio público o de colaborar en la prestación del mismo por su cuenta y riesgo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 9 de noviembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente 3026. Actor: Héctor Emilio Hoyos Hoyos). 499

106. PODER DE POLICIA

Su reglamentación por los Gobernadores y Alcaldes.— No está en lo cierto el actor al decir que cuando el Alcalde entra a adoptar determinaciones en materia policiva está invadiendo atribuciones propias de los Concejos Municipales. Evidentemente, a partir de la sentencia de 27 de enero de 1977, expedida por la Corte Suprema de Justicia, por la cual fue declarada inexequible la frase "y de los Concejos" del artículo 9º del Código Nacional de Policía, este artículo quedó así: "Cuando las disposiciones de las Asambleas Departamentales sobre policía necesitan alguna precisión para aplicarlas, los Gobernadores y Alcaldes podrán dictar reglamentos con ese solo fin". "Por tanto no podrán expedir normas de conducta no contenidas en las ordenanzas". Se tiene que los Gobernadores y Alcaldes estén autorizados para expedir las medidas de desarrollo que necesiten las ordenanzas, pero sin poder expedir "normas de conducta" que ellas no prevean. Esta es la situación que se contempla en este proceso, en el que el Alcalde de Pereira prácticamente ha reglamentado varias regulaciones sobre establecimientos públicos en los que se consuman bebidas alcohólicas, regulaciones que se hallen contenidas

Páginas

en el Código Nacional de Policía, en el Código de Policía del Departamento de Risaralda y en otras disposiciones concretamente para los horarios y zonas el artículo 636 de este Código faculta a los alcaldes para reglamentar esta materia en particular. De otra parte, el artículo 111 del Código Nacional de Policía les permite a los reglamentos de policía local señalar zonas y horarios para el funcionamiento de esta clase de establecimientos. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 13 de 1979. Sección Primera Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Exp. 2991. Actor: José Jesús Daza Ocampo y otros. Autoridades Municiaples). 463

107. PODER DE POLICIA. REGLAMENTACION

Clases de reglamentación. Señalamientos legales. Reglamentación del Alcalde.— De conformidad con el Decreto 1355 de 1970 o Código Nacional de Policía los Reglamentos de Policía, tanto nacionales como locales son de dos clases: Unos que podrían denominarse *Autónomos* o *Principales*, a través de los cuales se estatuyen prohibiciones directas a los particulares, se configuran las contravenciones, se establecen sanciones, se determinan los órganos para imponerlas y se señalan los procedimientos correspondientes (artículo 13). En los términos del artículo 8º del expresado decreto tenían competencia para expedir reglamentos de esta clase, el Gobierno Nacional en lo no regulado por la ley, las Asambleas Departamentales en ausencia de reglamento nacional y los Concejos Municipales a falta de ley, Decreto Nacional u Ordenanza. Pero en virtud de la sentencia de inexequibilidad pronunciada el 27 de enero de 1977 la competencia para expedir este tipo de reglamento de policía quedó reservada al Congreso y a las Asambleas Departamentales. Sinembargo la reglamentación de policía no se agota con los expresados reglamentos. El artículo 9º del Decreto 1355 de 1970 prevé la posibilidad de expedir las disposiciones necesarias para precisar el alcance de los reglamentos principales o autónomos con el fin de lograr su cabal aplicación. Esta segunda modalidad del reglamento policivo que podría denominarse reglamento secundario o complementario tiene, como es obvio, un carácter y un alcance subordinado y, por lo tanto, no puede abarcar las materias propias del reglamento principal. El Decreto 1355 citado le reconoce de manera expresa competencia para dictarlos a los Gobernadores y alcaldes, lo cual no excluye que el Gobierno Nacional también pueda expedirlos, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Igualmente los Concejos Municipales en virtud de lo preceptuado en los artículos 197 Nº 1º de la Constitución Nacional y 169 Atribución 5ª del C. P. y M. Precisamente a esta segunda clase de normas reglamentarias de policía alude el artículo 111 del Decreto 1355 de 1970, cuando establece que "los reglamentos de policía local podrán señalar zonas y fijar horarios para el funcionamiento de establecimientos donde se expidan bebidas alcohólicas. El reglamento principal o autónomo de policía erige como contravención el quebranto de dichos horarios y señala la sanción correspondiente, pero defiere a una norma complementaria de carácter local la fijación del horario. Es evidente que sin este señalamiento sería inaplicable el reglamento principal, de lo cual deriva su carác-

Páginas

ter complementario. Por consiguiente la remisión que hace el artículo 111 a los reglamentos locales ha de entenderse hecha a reglamentaciones secundarias para cuya expedición están habilitados los alcaldes municipales al tenor de lo preceptuado en el artículo 9º *ibidem*. El sistema asi organizado, además de ser armónico y perfectamente lógico es el más conveniente y adecuado, porque tales horarios deben señalarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada municipio, su clima, sus hábitos y costumbres, la idiosincracia de sus agentes, etc. etc. Además tal señalamiento debe tener la versatilidad necesaria para su adecuación a los cambios circunstanciales que ocurran en la comunidad local, lo cual no sería posible, si el alcalde no dispusiera de esa competencia que le ha asignado la ley. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de diciembre 13 de 1979. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Pedro Claver Doria Durango. Expediente 3098. Autoridades Municipales). 469

108. POLITICAS SOBRE ABASTECIMIENTO DE LA DEMANDA NACIONAL

Las medidas pertinentes para realizar esta política debe dictarlas el Gobierno constituido para estos efectos por el Presidente de la República y el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente (Art. 57 Constitución Nacional). El Art. 1º del Dcto. 140 de 1975 daba competencia al Superintendente Nacional de Producción y Precios para determinar las cuotas de producción de azúcar que los Ingenios debían vender o determinadas entidades, pero, para poder afirmar que esta función le fue atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio, es necesario que una norma legal así lo disponga, porque las competencias son expresas, ya se establezcan por vía de cláusula general o en forma taxativa. Nulidad de las Resoluciones Nºs 1559 de 1977 y 1959 de 1977 expedidas por el Superintendente de Industria y Comercio.— La sociedad "Central Oriente Ltda.", con domicilios en Palmira, por intermedio de apoderado ha solicitado que, previo el trámite de rigor y por sentencia definitiva, se hagan las siguientes similares declaraciones: "Primera. Es NULA la Resolución número 1559 de 23 de septiembre de 1977, expedida por el señor Superintendente de Industria y Comercio en cuanto por medio de ella se ordenó que la sociedad "Central Oriente Ltda" debería vender mensualmente a la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan "Adepan" 207 sacos de 50 kilogramos de azúcar sulfitada; "Segunda. Es igualmente N U L A la Resolución número 1959 de 17 de noviembre de 1977, también expedida por el señor Superintendente de Industria y Comercio, por medio de la cual no se accedió a reponer la Resolución número 1559 de 1977; Mediante el Decreto Ley 149 del 27 de enero de 1976 se suprimió la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se redistribuyeron sus funciones y se revisó la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio .En relación con las funciones de esta última entidad dispuso el artículo 6º que tiene, entre otras, las siguientes: "a) Vigilar y controlar el cumplimiento de las normas que sobre producción, precios, mercadeo y márgenes de comercialización, establezcan los Ministerios y demás entidades competentes; ..... "r) Las demás que le señale la ley y el Gobierno". "Las normas transcritas, que

serían las pertinentes para dilucidar el problema planteado, no le dan a la Superintendencia de Industria y Comercio competencia para disponer que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción, en artículos escasos o de precio controlado, a ciertas entidades, como se hace en las Resoluciones acusadas. No encuentra esta Sala norma legal alguna que le de a la Superintendencia de Industria y Comercio las atribuciones que dice tener de conformidad con el Decreto 149 de 1976, que es la norma específica citada en los actos acusados, aunque también emplee la frase "en uso de las facultades legales". Si bien es cierto que el artículo 1º del Decreto 140 de 1975, tal como quedó después del fallo proferido por esta Corporación con fecha 22 de marzo de 1977, dispone lo siguiente: él da competencia al Superintendente Nacional de Producción y Precios, que ya no existe: "El Superintendente Nacional de Producción y Precios, en coordinación con el Instituto Colombiano de Comercio Exterior (Incomex) y el Instituto de Mercadeo Agropecuario (Idema) determinará las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario a las organizaciones Cooperativas, Fondos Rotatorios y similares con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores". Para poder afirmar que la función que por la norma transcrita tenía el Superintendente Nacional de Producción y Precios le fue atribuida a la Superintendencia de Industria y Comercio, es necesario que una norma legal así lo disponga, porque las competencias son expresas, ya se establezcan por vía de cláusula general o en forma taxativa, y ésta es precisamente la que no existe en opinión de la Sala. Lo expuesto es suficiente para concluir que los actos acusados están viciados de nulidad por incompetencia del funcionario que los expidió. Si bien la Superintendencia de Industria y Comercio no es en este momento la entidad competente para fijar el porcentaje que de su producción deben vender las fábricas al mismo Idema, a las organizaciones cooperativas y a entidades similares, facultad que le había dado el Gobierno a la Superintendencia Nacional de Producción y Precios mediante el artículo 2º del Decreto 2369 de 1974, dictado en ejercicio de poderes de intervención económica que le han sido concedidos por las leyes (Ley 7ª de 1943), esto no quiere decir que el Gobierno haya perdido la competencia para intervenir directamente o señalar la agencia gubernamental que lo haga. Pues encontramos que en relación con la intervención del Estado en la distribución y consumo de los bienes para racionalizar y planificar la economía, el Decreto-Ley 149 de 1976, "por el cual se suprime la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, se redistribuyen sus funciones y se revisa la organización administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio", prescribe en su artículo 2º que "el establecimiento de la política de precios, su aplicación, así como la fijación, por medio de Resolución, de los precios de los bienes y servicios sometidos a control, corresponde a las siguientes entidades: "a) Al Ministerio de Agricultura, para los productos, insumos y elementos del sector Agroindustrial y Agropecuario"; "b) Al Ministerio de Salud Pública, para las drogas, insumos de la Industria Farmacéutica, material quirúrgico y todos los productos relacionados con el sector de la salud"; "c) Al Ministerio de

Minas y Energía, para petróleo y sus derivados, carbón y demás productos mineros"; "d) Al Ministerio de Educación Nacional, para textos, útiles escolares y demás material didáctico"; "e) Al Ministerio de Obras Públicas, las tarifas del transporte terrestre"; "f) Al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, las tarifas del transporte aéreo nacional". "g) A la Corporación Nacional de Turismo, para los servicios hoteleros, restaurantes, bares y similares"; "h) Al Ministerio de Desarrollo Económico, para los espectáculos públicos, los productos de la industria nacional y los servicios que no estén señalados en los literales anteriormente citados"; e "i) A la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, las tarifas de agua, energía eléctrica, alcantarillado, recolección domiciliaria de basuras, teléfonos urbanos, larga distancia, telégrafos y correos". *"Parágrafo.* El Consejo Nacional de Política Económica y Social decidirá en casos de duda, a qué entidad corresponde establecer y aplicar la política de precios". En desarrolo de la norma anterior, el artículo 3º dispone lo siguiente: "Para el cumplimiento del artículo anterior, las mencionadas entidades tendrán las siguientes funciones en cada uno de los sectores de su competencia:" "a) Establecer y aplicar la política de precios"; "b) Elaborar estudios sobre la producción, distribución y consumos nacionales"; "c) Trazar políticas sobre abastecimientos de la demanda nacional y recomendar las medidas pertinentes"; "d) Determinar los bienes y servicios cuyos precios deben someterse a control de acuerdo con las disposiciones legales vigentes sobre la materia; "e) Fijar los precios de los bienes y servicios bajo control; "f) Fijar, cuando lo consideren conveniente, los descuentos o porcentajes que los productores, fabricantes o comerciantes tengan establecidos o establezcan en favor de sus agentes o distribuidores, determinando en cada caso los que se justifiquen, y señalando los precios correspondientes"; y "g) Las que ha venido ejerciendo el Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, y que no están asignadas a otra autoridad". Ahora bien, como conforme a las normas transcritas el Ministerio de Agricultura tiene las funciones que ejercía el Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios en cuanto al sector agroindustrial y agropecuario, es lógico que tiene las señaladas por el artículo 3º del Decreto 622 de 1974, que a su turno remite a las establecidas en el Decreto 201 de 1974, y entre las cuales están las siguientes: La de "trazar políticas sobre abastecimiento de la demanda nacional y recomendar al Gobierno las medidas pertinentes" y "la de aplicar en caso de especial gravedad el artículo 9º del Decreto 46 de 1965" literales c y g del artículo 4º). Al suprimirse la Superintendencia Nacional de Producción y Precios, sus funciones se redistribuyeron en forma expresa entre las entidades nombradas en el artículo 2º del Decreto 149 de 1976 y la Superintendencia de Industria y Comercio, pero a ésta última no se le asignó la que tenía la Superintendencia suprimida, heredada de la Superintendencia Nacional de Precios, la cual sustituyó la Superintendencia de Regulación Económica (artículo 13, Decreto Ley 2562 de 1968), consistente en poder "disponer que las fábricas vendan un determinado porcentaje de su producción en artículos escasos o de precios controlados, al INA (hoy IDEMA) o a las organizaciones cooperativas y comisariatos que la misma Superintendencia determina, con el mismo objeto de impedir el aca-

Páginas

paramiento y facilitar el adecuado aprovisionamiento de los consumidores", según lo prescrito en el literal h) del artículo 1º del Decreto 3092 de 1956, adoptado como legislación permanente por la Ley 48 de 1968. No sería correcto afirmar que porque expresamente no se le asignó la anterior atribución al Ministerio de Agricultura, se le asignó implícitamente a la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo que realmente sucede es que según el literal c) del artículo 4º del Decreto 201 de 1974 el Consejo Directivo de la Superintendencia Nacional de Producción y Precios tenia como función la de "trazar políticas sobre abastecimientos de la demanda nacional y recomendar al Gobierno las medidas pertinentes", es decir, que "las medidas, pertinentes" para realizar las "políticas sobre abastecimiento de la demanda nacional" debe dictarla el Gobierno, constituido para esos efectos por el Presidente de la República y el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente (artículo 57 de la Constitución Nacional), para la materia objeto de las Resoluciones demandadas, el Presidente de la República y el Ministro de Agricultura. De lo expuesto se desprende que de conformidad con el Decreto Ley 149 de 1976, corresponde a las diversas entidades indicadas en el artículos 2º, y de acuerdo con el artículo 3º, "establecer y aplicar la política de precios" (literal a) y "fijar los precios de los bienes y servicios bajo control" (literal e), así como "trazar políticas sobre abastecimiento de la demanda nacional y recomendar las medidas pertinentes al Gobierno (literal c), y a la Superintendencia de Industria y Comercio "vigilar y controlar el cumplimiento de las normas que sobre producción, precios mercadeo y márgenes de comercialización, establezcan los Ministerios y demás entidades competentes (artículo 6º, literal a, *ibidem)*. Y entre dichas medidas precisamente pueden estar las que dicte el Gobierno fijando "las cuotas de producción de azúcar que los ingenios estarán obligados a vender al Instituto de Mercadeo Agropecuario, a las organizaciones cooperativas, fondos rotatorios y similares con el objeto de impedir el acaparamiento, la especulación o la indebida retención de este producto y facilitar el adecuado, oportuno y suficiente aprovisionamiento de los consumidores. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 22 de octubre de 1979. Consejero Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Exp. 2856. Actor: Central Oriente Ltda. Con aclaración de Voto del doctor Mario Enrique Pérez). ... 283

109. POLITICAS SOBRE ABASTECIMIENTOS DE LA DEMANDA NACIONAL (ACLARACION DE VOTO).

Anque comparto plenamente la decisión que contiene la mencionada sentencia y la motivación de la misma en cuanto al fondo del asunto, considero que como se le notificó el auto admisorio de la demanda a la Asociación Nacional de Fabricantes de Pan —Adepán— no se hacía necesaria la transcripción que hace el fallo del auto de 3 de junio del año en curso, dictado por esta Sección en un caso análogo. De igual manera, estimo innecesario la alusión que hace el mismo, en el sentido de que no es indispensable acreditar la personería sustantiva y adjetiva de la citada Asociación, tal como lo pidió el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto, especialmente porque ella no se hizo parte en el juicio, ni la favorece la sentencia.

Páginas

Mi aclaración se limita a observar que sobran los pasajes de que he hecho referencia. (Aclaración de Voto del Consejero doctor Mario Enrique Pérez a la sentencia de 22 de octubre de 1979. Consejero ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Expediente 2856. Actor: Central Oriente Ltda.). 298

110. POTESTAD REGLAMENTARIA. LIMITACIONES.

El poder reglamentario que la Constitución Nacional concede al Presidente de la República (ordinal 3º del artículo 120), no es ilimitado, por cuanto está sujeto al contenido de la ley que pretende reglamentar, sin ampliarla ni tampoco restringirla, respetando de esa manera la competencia que le es propia al Legislador, pues lo que se debe es desarrollar lo establecido en el texto de la norma que va a reglamentarse para que ella tenga asi su cumplida ejecución, facilitando su inteligencia y haciendo operante la disposición de carácter superior que es objeto de esta postestad del Ejecutivo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de diciembre 15 de 1979. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Exp. 1344. Actor: Hugo Riaño. Decretos del Gobierno. Se declaró la nulidad de los literales c) y d) del artículo 3º del Decreto Reglamentario número 753 de 1974, expedido por el Gobierno Nacional). ... 121

111. PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL

La Asamblea a pesar de no disponer de iniciativa en relación con el proyecto de ordenanza sobre presupuesto de rentas y gastos, conserva el derecho de introducir las modificaciones que ella acuerde. Se suspende provisionalmente la norma contenida en el Ordinal 3º del artículo 46 del Decreto 2058 de 1974 que dice: "La Asamblea no podrá aumentar ninguna de las partidas del presupuesto de gastos, propuestas por el Gobeirno, ni incluir un nuevo gasto, sea por reducción o eliminación de partidas o por aumento en el cálculo de las rentas y otros recursos, sino con la aceptación escrita del secretario de Hacienda". Afirma el demandante que la disposición cuya nulidad impetra es manifiestamente violatoria del Parágrafo del artículo 187 de la Constitución Nacional que dice: "Parágrafo. En los casos de los ordinales 5º, 6º y 7º las Asambleas conservan el derecho de introducir en los proyectos y respecto a las materias especificas sobre que versan, las modificaciones que acuerde". La regla contenida en el ordinal 3º del artículo 46 del Decreto 2058 es idéntica a la contenida en el artículo 211 de la Constitución Nacional que establece iguales limitaciones al Congreso para la expedición del Presupuesto Nacional; sinembargo es evidente que, ni por ministerio de la ley ni de los reglamentos, es posible extenderla a la expedición de los presupuestos departamentales frente a disposición tan categórica y tan especifica como el parágrafo del artículo 187 de la Constitución Nacional, antes transcrito y según el cual la Asamblea, a pesar de no disponer de iniciativa en relación con el proyecto de ordenanza sobre presupuesto de rentas y gastos, conserva el derecho de introducir las modificaciones que ella acuerde. De la simple confrontación directa entre la norma constitucional y el precepto impugnado se deduce la manifiesta violación de aquella, lo cual significa que la violación es manifiesta y que, por consi-

Páginas

guiente, se configura el presupuesto señalado en el inciso segundo del numeral 1º del artículo 94 del Código Contencioso Administrativo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de diciembre 14 de 1979. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Exp. 3237, Actor: Manuel Horacio Nieves). 45

112. PRIMA DE CAPACITACION PARA LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA JUSTICIA PENAL Y DE SU MINISTERIO PUBLICO. DERECHO A DISFRUTARLA.

Tendrán derecho a disfrutar de la prima de capacitación aquellos funcionarios que desempeñan los cargos de Magistrados de Tribunal, Fiscales o Jueces de tal jurisdicción siempre y cuando se reunan los requisitos exigidos al efecto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 903 de 1969.— Solicita el demandante se ordene el reconocimiento y pago a cargo del Ministerio de Justicia, de la prima de capacitación de que habla el literal b) del artículo 3º del Decreto 903 de 1969, en cuantía del 10% liquidada sobre una asignación mensual de $ 13.736.80, por las circunstancias, de haber desempeñado el cargo de Abogado Visitador de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares. Como sustento de su petición aduce el demandante que mediante el Decreto 411 de 1971 "por el cual se fijan asignaciones para los funcionarios y empleados de la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público", en su artículo 2º dice expresamente que aquellos funcionarios tienen derecho a las primas de capacitación, ascensional y de antiguedad establecidas en los artículos 3º y 4º del Decreto 903 de 1969, en los términos y bajo las condiciones allí señaladas. Igualmente el inciso 2º del artículo 3º del mismo Decreto 411 establece para los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en servicio activo que desempeñen cargos en la citada Justicia Penal Militar y su Ministerio Público, que sus asignaciones se liquidarán y pagarán teniendo en cuenta las primas que como Militares o Miembros de la Policía Nacional les correspondan, siempre y cuando que el sueldo de los respectivos cargos sumando con las primas antes mencionadas no sobrepasen las asignaciones establecidas para el grado que ostente dentro del ramo castrense. A su vez el Decreto 903 de 1969, al cual se remite el estatuto en mención, consagra, entre otras, la prima de capacitación, solamente para los Magistrados del Tribunal, Fiscales y Jueces. De lo anterior se colige, que tendrán derecho a disfrutar de la prima de capacitación, que se está demandado, aquellos funcionarios que desempeñan los cargos de Magistrados del Tribunal, Fiscales o Jueces de tal Jurisdicción siempre y cuando reunan los requisitos exigidos al efecto en el literal b) del artículo 3º del Decreto 903 de 1969, que para el caso de autos, sería el de Fiscal, y no aparece probado que el Mayor Abogado Méndez ejerciera tales funciones, pues con vista en las constancias de folios 9 y 10, el demandante ejerció únicamente las de abogado Visitador de la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, sin que sea posible hacerle extensivo los efectos de las normas que cita como sustento de sus pretensiones, pues ella trae una enumeración dentro de las cuales no está incluido el cargo desempeñado por el actor. En los anteriores términos se pronunció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada, por lo que la Sala la encuentra ajustada a derecho y en consecuencia habrá de

Páginas

confirmarse. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 17 de octubre de 1979. Consejero Ponente: doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente número 0829. Actor: Genaro Nungo Méndez. Resoluciones Ministeriales). 152

113. PROCEDIMIENTO

Las leyes sobre procedimiento son de orden público y, por tanto de aplicación inmediata. Este principio general sobre la aplicación inmediata tiene las excepciones de los casos contemplados en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, limitados por el artículo 695 del Código de Procedimiento Civil a: 1) Recursos interpuestos, 2) práctica de pruebas decretadas, 3) incidentes en curso y 4) notificaciones que se estén surtiendo (artículo 6º Código de Procedimiento Civil, artículo 13 Ley 22 de 1977)— 1º Las leyes sobre procedimiento son de orden público y por tanto son de aplicación inmediata sin que sea procedente arguir que existen condiciones jurídicas particulares creadas para desconocerlas. Basta al efecto citar el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil que a la letra dice: "Observancia de normas procesales. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, salvo autorización expresa de la ley. "Las estipulaciones que contradigan lo dispuesto en este artículo, se tendrán por no escritas". 2º) Es cierto que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 habla de las leyes referentes a la *ritualidad* de los juicios, cosa distinta a la *competencia* como parece decir el Tribunal en el auto por medio del cual concede el recurso. No obstante, cabe anotar que la ritualidad de los procesos incluye implícitamente la designación del funcionario o funcionarios que deben estudiar cada asunto. Además el propósito de la norma de 1887 consiste en procurar la más pronta aplicación de las disposiciones en materia de procedimiento, de las cuales, parte esencial es el estatuto que regula las competencias. 3º) En ausencia de norma expresa en el Código Contencioso Administrativo es preciso acudir al artículo 699 del Código de Procedimiento Civil que reitera la tesis relativa a la vigencia inmediata de las normas de procedimiento y limita la aplicación de la vieja ley: a 1) recursos interpuestos, 2) práctica de pruebas decretadas, 3) incidentes en curso y 4) notificaciones que se estén surtiendo. Por lo tanto, sólo en estos casos se exceptúa el principio general sobre la aplicación inmediata de las reglas de procedimiento. 4º) El artículo 13 de la Ley 22 de 1977 dice claramente "esta ley rige desde su promulgación", esto es, ordena su aplicación inmediata a todos los asuntos que ella cubre, sin excepción. 5º) Finalmente, la jurisprudencia de la Corte es clara al decir: "La Corte explica estas normas así: "Tanto el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, como el 1228 del actual Código de Procedimiento Civil, contienen una misma excepción. En el principio general se establece que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad prevalecerán sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, y que, por tanto, la Ley 105 habría de aplicarse en los juicios pendientes en el instante en que entrase en vigencia. Conforme a esta regla, inmediatamente que entra a regir la nueva ley procesal, todos los procedimientos quedan afectados por ella, cualesquiera que sean las consecuencias jurídicas a que conduzca la innovación; todas las sustanciaciones y las

Páginas

ritualidades de los juicios se acomodarán sin dilación a la nueva forma establecida. Pero el principio general tiene una excepción que instituye que las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, los términos no vencidos, los recursos interpuestos y las tercerías o incidentes introducidos, se rigen por la ley aplicable al tiempo de su iniciación o en que empezó el término, se interpuso el recurso, o se promovió la tercería o el incidente. Para el establecimiento de esta excepción, la Comisión redactora del Proyecto que es la ley 105, dijo que las viejas normas no deberían sobrevivir 'sino en aquello que verdaderamente constituye un derecho adquirido'" (Jurisprudencia de la Corte, Tomo V, Nº 329). El doctor Morales dice al respecto: "La ley procesal que debe aplicarse es la vigente en el momento en que el respectivo derecho se ejercita. Si una ley procesal suprime algunos modos de actuación de la ley y algunos medios de actuarla, se *extingue al mismo tiempo el derecho de pedir su aplicación...*". *Nada más pertinente al caso* sub lite *en el cual la Ley* 22 *de* 1977 *suprimió* la opción de ejercitar la apelación. (Sala de lo Contenciso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 23 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor. Héctor Gómez Paniagua. Expediente 6395. Revisión de Impuestos). 732

114. PROCEDIMIENTO GUBERNATIVO

Hay que distinguir entre recursos y reclamaciones. Los artículos 13 *y* 14 *del Decreto* 2733 *de* 1959 *no hablan de reclamaciones sino de recursos, por lo tanto, no es correcto sostener que dichos artículos regulen la forma como deben los particulares formular sus peticiones de reclamación ante las autoridades gubernamentales. Procedimiento en asuntos departamentales, y municipales.*— La Sala destaca el argumento del libelista cuando sostiene: "Las transcritas disposiciones en ningún momento otorgan a los Concejos Municipales autorización para modificar el procedimiento gubernativo... El artículo 14 del Decreto 2733 de 1959 a la letra establece lo siguiente 'Artículo 14. De uno y otro recurso ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto o de quince días contados desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, para el caso previsto en el parágrafo primero del artículo undécimo. Transcurridos estos plazos sin que se hubiere interpuesto el recurso, la providencia quedará ejecutoriada'. Esta norma está señalando la forma como los particulares deben formular sus peticiones de reclamación ante las autoridades gubernamentales. Su observancia es obligatoria para los Municipios y mal pueden los Concejos Municipales exigir requisitos distintos para que los ciudadanos puedan formular sus peticiones y reclamaciones". Este argumento merece varias observaciones: 1º. Hay que distinguir entre recursos y reclamaciones. Es claro que el término recurso es genérico y el término reclamación es específico. Por lo tanto, cuando el artículo 6º del Acuerdo 19 de 1959 habla de reclamación está haciendo referencia a una especie que cabe dentro del término genérico de los recursos. Esto es claro, si se observa el contexto de las normas que regulan en Colombia el llamado procedimiento gubernativo en éllas existen recursos de reclamación, de apelación, de reconsideración, de reposición, etc. Los artículos 13 y 14 del Decreto 2733 de 1959 no hablan

Páginas

de reclamaciones sino de recursos. Por lo tanto, no es correcto como lo sostiene el libelista que dichos artículos regulen la forma como deben los particulares formular sus peticiones de reclamación ante las autoridades gubernamentales. Por el contrario, ellos hacen referencia a recursos que como observa González Rodríguez "pueden definirse como los medios que el derecho establece para obtener que la administración, en via gubernativa, revise su acto y lo confirme, modifique o revoque. No es por lo tanto claro que puedan asimilarse los recursos que en forma genérica establece el Decreto 2733 de 1959 con las reclamaciones del Acuerdo demandado. Unas y otras hacen referencia a cosas distintas que no se pueden asimilar por lo menos a primera vista. 2º. Tampoco es claro que exista contradicción entre el decreto 2733 de 1959 y el artículo 6º del Acuerdo demandado, por cuanto ésta última disposición se limita a establecer algunas condiciones de presentación formal de la reclamación que autoriza el mismo Acuerdo demandado en su artículo 5º. 3º. En asunto análogo, fallado el 17 de noviembre de 1977, el doctor Dangond Flores, quien ejercía a la sazón el cargo de fiscal ante el Consejo de Estado conceptuó: "La Ley 4ª de 1913 sobre régimen político y municipal, en su artículo 336, autorizó a las Asambleas para fijar las reglas de procedimiento en los asuntos departamentales y municipales, y el artículo 19 del Decreto 2733 de 1959 dispuso que en tales asuntos se deben seguir las reglas previstas por los artículos 10 a 18 *'salvo cuando las ordenanzas establezcan reglas especiales* en asuntos que sean de la competencia legislativa de las Asambleas". (Subrayado de la Sala). (Sala de lo Contenciso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 16 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 6192. Actor, Sociedad Exportadora Interamericana S. A. Expasa. Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 19 de 1959 del Consejo de Cali). 491

R

115. REGISTRO DE MARCAS

Las acciones instituidas con fundamento en el quebranto de cualquiera de las causales, que, conforme al artículo 585 *del Código de Comercio, impide no prohiben el registro de las marcas, se inspiran en motivos de orden público. En cambio la acción que se genera con base en las causales que expresamnete enumera el artículo* 586 *del mismo código y que también impiden el registro de las marcas, están instituidas en garantías de derechos de carácter particular, por lo que tiene término de caducidad.*— Según el artículo 596 del Código de Comercio, a petición de cualquier persona podrá ser anulado el registro de una marca, si en su expedición se infringieron las disposiciones de los artículos 585 y 586 del mismo Código. Con respecto al último artículo se fija el término de caducidad de cinco años, contado desde la fecha del registro de la marca cuya cancelación se solicite. En opinión de la Sala, las acciones instituidas con fundamento en el quebranto de cualquiera de las causales que, conforme al artículo 585 del Código de Comercio, impiden o prohiben el registro de las marcas, se inspiran en motivos de orden público, pues persiguen el interés general. Por consiguiente, las pretensiones de ellas no radican en la defensa de situaciones subjetivas y concretas. En cambio,

Páginas

la acción es que se generan con base en las causales que expresamente enumera el artículo 586 del citado Código y que también impiden el registro de las marcas, están instituidas en garantías de derechos de carácter particular, esto es, que tutelan situaciones jurídicas individuales y concretas. Esto explica el por qué se establece para el ejercicio de las últimas un término de caducidad. A la anterior conclusión se llega después de examinar las causales previstas, tanto en el artículo 585 como en el 586 de la citada obra, para que no puedan registrarse las marcas. La demanda fue iniciada, como ya se dijo, en ejercicio de las acciones de que tratan los artículos 66 del Código Contencioso Administrativo y 596 y 612 del Código de Comercio, y en ella se indicaron como violados los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 585 del último de los citados códigos. El análisis de los mencionados numerales admite la deducción de que se está en presencia de una acción ciudadana, en la que se alegan motivos de interés general. Como en el caso de autos los representantes legales de las sociedades Fabricato y Coltejer, debidamente prohijados por sus respectivos apoderados, manifiestan en el escrito visible al folio 113 del cuaderno número 1 que, por haber sometido sus diferencias a otra vía, desisten de las pretensiones de la acción y de la oposición, que constituyen la materia propia de este proceso, corresponde inadmitir el desistimiento, por no ser procedente en una acción de simple nulidad, como la presente, en un todo de acuerdo con la reiterada y uniforme jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Providencia de 18 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente 2902. Actora: Fabricato). 244

116. RENUNCIA

Es fundamental para el retiro del empleado cuando se acepta oportunamente; si transcurridos 30 días no se ha decidido nada sobre ella, no produce efecto alguno, esto es, se entiende por no escrita.— En forma constante esta Corporación ha reiterado la libertad de nombramiento y remoción que compete, por disposición constitucional, al Gobierno en relación con sus servidores. Tal libertad está confirmada por las distintas normas legales reguladoras de la materia entre las que es importante mencionar las contenidas en los artículos 26 y 27 del Decreto 2400 de 1968. Al propio tiempo que se ratifica la autonomía de nombramiento y remoción de los funcionarios, el artículo 27 regula lo relativo a la renuncia y la define como la manifestación escrita e inequívoca de la voluntad del empleado de separarse definitivamente del servicio, para prevenir todos aquellos medios mediante los cuales funcionarios nominadores buscan los procedimientos que ponga en sus manos la suerte del empleado. Entre tales disposiciones vale mencionar aquella contenida en el artículo 113 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, según la cual si vencido el término de 30 días sin que se haya decidido la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno. Igualmente debe recordarse que el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968 prohibe terminantemente las renuncias en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otras

circunstancias pongan con anticipación en manos del Jefe del Organismo la suerte del empleado. Es así como al propio tiempo que se consagra la autonomía de la Administración para la remoción de los funcionarios que no estén protegidos por fuero especial por pertenecer a una carrera administrativa o ser nombrados para período fijo, igualmente dicta las medidas para impedir las abusos de la Administración con respecto a los empleados. Por ello si bien es cierto que el acto de insubsistencia no requiere motivación alguna, por ser discrecional, cuando se motiva el acto administrativo que dispone el retiro del empleado, debe ajustarse a las causas reales que determinan el acto, pues de lo contrario se incurre en falsa motivación o abuso y desvío del poder que vician de nulidad el acto. Previas estas consideraciones debe entenderse que la renuncia es fundamento para el retiro del empleado cuando se acepta oportunamente; pero como queda visto, si transcurridos 30 días no ha decidio nada sobre ella, no produce efecto alguno, esto es, se entiende por no escrita. En tales condiciones la aceptación de una renuncia presentada con muchos meses de anticipación sin que se hubiera decidido nada sobre ella, vale tanto como la aceptación de una renuncia no presentada u obtenida o provocada mediante coacción. En cualesquiera de estos casos el acto administrativo constituye un clásico abuso o desviación del poder que lleva implicita la causa de su anulación. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 6 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 3697. Actor: Manuel Piedrahita Plata). 250

117. RENUNCIA NO PRESENTADA. ERROR DE LA ADMINISTRACION. FALSA MOTIVACION.

No puede enmendarse un error convalidando la actuación viciada y dejando vivas sus consecuencias agraviantes de derechos individuales, pues ella no es otra cosa que reconocer el error sin repararle y por lo contrario persistiendo en él y en sus consecuencias dañinas.— Se acusa en primer término en el presente proceso de nulidad de la Resolución 1731 del 22 de marzo de 1974 dictada por el Gerente del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE, bajo el cargo de falsa motivación, pues en ella se aceptó una renuncia del demandante que en realidad nunca había presentado. Como fundamento de su fallo razona así el Tribunal: "Es cierto, estima la Sala, que la dicha renuncia no existió, como se deduce del oficio del Instituto mencionado que obra al folio 26 del expediente, en donde se informa que la Resolución 1781 del 22 de marzo de 1974, en forma equivocada, la aceptó. Pero también es cierto que ese error en que incurrió la Administración fue corregido mediante la Resolución 2092 del 30 de abril del mismo año, que modificó la Resolución 1781 con la aclaración de que de lo que se trataba era de declarar insubsistente el nombramiento del actor, no de aceptarle la renuncia del cargo que ejercía". "Considera el Tribunal que si bien el Instituto Colombiano de Construcciones Escolares incurrió en el yerro anotado, éste fue corregido, como bien podía hacerlo la Administración, pues ella no le está vedado, luego con base en ese error no puede edificarse un cargo de falsa motivación, que, aunque puede haber existido, como realmente existió, desapareció de la vida jurídica al ser enmendado el

acto que le dio origen". "Para aún considerando, como lo pretende el demandante, que fue la Resolución 1781 la que ocasionó su separación del servicio, el alcance y efectos de esa resolución dejaron de tener vigencia al ser proferida la Nº 2092 del 30 de abril de 1974, puesto que ésta, al igual que lo hizo aquella aceptando la renuncia, entró a regir a partir del 22 de marzo de ese año". Por estas consideraciones el Tribunal denegó las peticiones de la demanda. El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación, al producir su vista de fondo, solicita la confirmación del fallo apelado y trae en apoyo de su concepto la sentencia dictada por el Consejo de Estado el 14 de septiembre de 1961, visible en la página 308 y ss. del Tomo LXIII, Nºs 392 a 396. En concepto de la Sala la jurisprudencia citada por el señor Fiscal no es exactamente aplicable al caso de autos para defender la validez de los actos acusados, pues si bien es cierto que en la "hipótesis de la inexactitud material cabe a la Administración demostrar que el motivo inexacto fue expresado por explicable error y que existia para justificar el acto un motivo suficiente que no expresó en su oportunidad", en el presente caso la Administración no ha explicado cómo se produjo el error o que motivo suficiente puede explicarlo. Por el contrario la jurisprudencia citada confirma que "la motivación materialmente inexacta puede por si sola constituir una desviación de las atribuciones propias del agente u órgano administrativo, puesto que si el acto se dicta por motivos inexistentes, en realidad carece de motivos. Y esto querría decir que quién lo profirió no obró en función de servicio público, sino caprichosamente, lo cual es inaceptable". Adelante la misma sentencia ratifica que en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, se encuentra el fundamento legal para accionar contra los actos administrativos por desviación de las atribuciones propias del agente, pues entre nosotros la llamada falsa motivación no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir "la desviación de las atribuciones propias" de quien profiere un acto administrativo. De tal forma que la jurisprudencia citada por el señor fiscal, lejos de servir como fundamento a una decisión favorable a la Administración Pública, lo es, por el contrario, para configurar la nulidad de actos proferidos con fundamento falso como en el presente caso. Estudiado el negocio con todo detenimiento por la Sala se encuentra que los razonamientos del Tribunal, que condujeron a la denegación de las súplicas de la demanda, no se ajustan a una correcta interpretación de las disposiciones legales del caso. En efecto, el actor acusa los actos demandados por desviación de las atribuciones propias del Gerente del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares —ICCE— en la modalidad de falsa motivación, con apoyo en lo previsto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. Es evidente que la Resolución 1781 de 22 de marzo de 1974, expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares, ICCE, dice aceptar la renuncia presentada por el doctor José Manuel Díaz Granados Goenaga para separarse del cargo de Gerente Seccional de dicho Instituto en el Magdalena —Santa Marta— y le nombró reemplazo, la cual le fue comunicada al actor mediante el oficio 05967 de 16 de abril de 1974 y que en virtud de la misma el actor hizo entrega del cargo el día 30 de abril de 1974 para reemplazarlo. Con posterioridad a estos hechos el mismo Gerente General del ICCE dicta la Resolución Nº 2092

Páginas

de 30 de abril de 1974 mediante la cual se dice "aclarar el artículo 1º de la Resolución Nº 1781 del 22 de marzo de 1974 en el sentido de que no se trata de acetpar una renuncia sino de declarar insubsistente el nombramiento hecho al doctor José Manuel Díaz Granados G. como Gerente Seccional del ICCE en el Departamento del Magdalena". Esta resolución le fue comunicada al actor mediante el oficio Nº 06194 del 2 de mayo de 1974, cuando ya los efectos de la Resolución Nº 1781 se habían cumplido. Es evidente que la Administración Pública puede en cualquier momento corregir directamente los errores en que hubiere podido incurrir, pero si el acto administrativo equivocado, bien por adolecer de una falsa motivación o por otra razón evidente afecta derechos individuales ha sido ejecutado, esto es, si se ha cumplido lo ordenado en el acto viciado, la única forma de corregir el error es volver las cosas a su estado anterior, restableciendo en consecuencia los derechos individuales vulnerados. En el presente caso, en que se trata de la aceptación de una renuncia no presentada, cuyos efectos se cumplieron al posesionarse el reemplazo y quedar cesante el funcionario afectado, la forma de corregir el error habría sido la reinstalación del trabajador en el empleo, con el pago de los salarios dejados de devengar mientras estuviere cesante. No procedió así la Administración en este evento sino que se dictó una resolución aclaratoria en que se dice que en la Resolución Nº 1781 del 22 de marzo no se trata de aceptar una renuncia sino de declarar insubsistente un nombramiento. Y más aún, se le da a esta segunda resolución un carácter retroactivo, al ordenar que rige a partir del 22 de marzo de 1974, o sea, la fecha de la resolución acusada. No puede enmendarse un error convalidando la actuación viciada y dejando vivas sus consecuencias agraviantes de derechos individuales, pues ello no es otra cosa que reconocer el error sin repararlo y por el contrario persistiendo en él y en sus consecuencias dañinas. Por las anteriores razones habrá de revocarse la sentencia apelada para en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de octubre 9 de 1979. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente número 0218. Autoridades Nacionales. Actor: José Manuel Díaz Granados Goenaga). 306

118. REQUISITOS PARA SER SENADOR

El artículo 94 de la Carta no especifica si el ejercicio de los cargos allí enumerados debe ser en propiedad, interinidad o encargo, y donde la norma no distingue no le es dable hacerlo al intérprete. El artículo 7º del Acto Legislativo Nº 1 de 1936 subrogó los artículos 16 y 17 de la Constitución de 1886, adoptando el texto que figura hoy como artículo 14 de la Carta, con la salvedad de la edad requerida para adquirir la ciudadanía que fue modificada por el Acto Legislativo Nº 1 de 1975. Por otra parte, el artículo 34 del mismo Acto Legislativo primeramente mencionado declaró expresamente derogados, entre otros, los artículos 16 y 17 de la Carta de 1886 que se han venido analizando. De suerte que las causales enumeradas taxativamente en estos artículos de la Constitución de 1886, han desaparecido y, de acuerdo con la norma vigente, la pérdida o suspensión de la ciudadana sólo se produce "en virtud de decisión

Páginas

judicial, en los casos que determinen las leyes". En consecuencia, el artículo 4º de la Ley 85 de 1916, que como se ha visto era transcripción fiel de los artículos 16 y 17 de la Constitución vigente en aquélla época, quedó sin vida jurídica al ser derogados por el Acto Legislativo Nº 1 de 1936 los textos constitucionales que le servían de fuente. "Si de acuerdo con el artículo 14 de la actual Constitución la ciudadanía se pierde al perderse la nacionalidad y también se pierde o se suspende" en virtud de decisión judicial" es evidente que tal decisión debe ser expresa, esto es, que se fulmine como pena o surja de la condena o como consecuencia de interdicción contra un ciudadano determinado y en virtud de legislación preexistente. En frente de esta norma la ciudadanía no se pierde como consecuencia de la simple pérdida de la libertad como medida precautelativa, antes o después de iniciado el proceso, ni por beodez habitual, ni por notoria enajenación mental, si no existe decisión judicial en tal sentido. En los autos no aparece prueba alguna que acredite que contra el doctor Alberto Santofimio Botero se haya proferido decisión judicial que decrete la pérdida o suspensión de la ciudadanía ni acto condenatorio de donde surja tal consecuencia, luego las súplicas de la demanda en cuanto conciernen a la nulidad de la elección de dicho Senador no habrán de prosperar, siendo en consecuencia superfluo entrar a analizar los extensos argumentos de las partes en lo referente al contenido de la detención precautelativa o del auto de proceder para efectos de la decisión que ha de tomarse. Observa la Sala que tanto el doctor Gregorio Rudas Chinchilla, como el doctor Augusto Trujillo Muñoz, probaron haber desempeñado el cargo de Gobernador del Tolima como encargados, en varias oportunidades y ambos también fueron designados Gobernadores *ad hoc* para el cumplimiento de funciones específicas, propias de tal cargo; que en ejercicio del mismo ambos dictaron decretos, resoluciones y otros actos inherentes a la condición de Gobernador de Departamento. El artículo 94 de la Carta no especifica si el ejercicio de los cargos allí enumerados debe ser en propiedad, interinidad o encargo, y donde la norma no distingue no le es dable hacerlo al interprete, luego la prueba aportada al presente juicio por los doctores Rudas y Trujillo es suficiente, a juicio de la Sala, para demostrar el cumplimiento de los requisitos constitucionales para ser elegidos Senadores de la República, sin que sea del caso analizar si han ejercido la profesión por más de cinco años, o la cátedra universitaria por igual tiempo, pues el cumplimiento de cualquiera de los tres requisitos es suficiente para comprobar la elegibilidad al mencionado cargo. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 11 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 435 Electoral. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya). 626

119. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. PERJUICIOS.

Indemnización debida o consolidada y futura. Para determinar la indemnización debida se aplican las tablas de matemáticas financieras sobre la base de una devolución anual del 18% *o del* 1-½ *mensual y un*

interés técnico del ½% mensual. PERJUICIOS MORLES SUBJETIVOS. Las probanzas reseñadas llevan a la Sala a la convicción de que por órdenes del Departamento B-2, de la Cuarta Brigada, el Teniente del Ejército HORACIO RIVERA ZAMBRANO y el soldado OTILIO GAVIRIA BETANCOURT, vestidos de civiles, se ignora si con orden escrita o verbal y en virtud de qué proceso, se dedicaron durante varias horas del dia quince de octubre de 1973, a espiar personal y telefónicamente a Luis Carlos Cárdenas Arbeláez en inmediaciones de las oficinas del sindicato de obras Públicas, hasta que minutos antes de las 6 p.m. cuando el occiso abandonaba a pié sus oficinas y se dirigía a cumplir una cita, presumiblemente con sus captores, le fue intimada captura por los citados militares y conducido, primeramente a pié y luego en su desvencijado taxi, hasta el puente Colombia, donde el vehículo se varó. En tal sitio y según numerosa y reiterativa declaración de quienes fueron testigos presenciales, Cárdenas empujó al teniente Rivera contra un Jeep que avanzaba en sentido contrario y arrancó a correr tratando de eludir a sus captores. Estos, le persiguieron por ambas calzadas, el soldado hace dos disparos que no dan en el blanco; el Teniente Rivera, según los numerosos testigos "el de azul" o el soldado Gaviria, según su sospechosa confesión, hace un tercer disparo que hiere a Cárdenas quien cae a la puerta del garaje "Auto Aristi" y el Teniente (según los testigos) o el soldado (según su confesión amañada) rodea al herido —quien hacia gestos de dolor y de súplica e intentaba evitar el ataque final, moviéndose en el suelo— en distintas direcciones, mientras el Teniente trataba de precisar la puntería hasta que dispara sobre la frente de Cárdenas, herido, vencido, yacente en el suelo, suplicante e indefenso, rematándolo. Obvio que la estratagema de que el muerto, capturado y necesariamente requisado amenazaba desde su lecho de agonía a los armados militares, no resiste el menor análisis y así lo corroboran todos los testigos presenciales. La investigación penal militar, como casi siempre sucede para desgracia de la sociedad colombiana, terminó en la primera instancia con sobreseimiento definitivo para el soldado Gaviria Betancourt, pues el Teniente ni siquiera se le vinculó al sumario, con la peregrina razón de la legítima defensa de los jovenes militares, armados, frente al desventurado, inerme y agonizante ciudadano. A los autos se trajeron los boletines oficiales de la Cuarta Brigada con los que se quiso desorientar a la opinión pública sobre la peligrosidad de la victima, su injustificada agresión y la correcta actuación de los miembros de las fuerzas armadas, pero, afortunadamente, no impiden que se haga justicia en este proceso en el cual la *"falla del servicio"* aparece ostensible y siniestra, agravada con la seguridad de que el Teniente Rivera Zambrano, el soldado Gaviria Betancourt y el Coronel Alvaro Riveros Avella, entonces Comandante de la Cuarta Brigada, continúan en servicio activo, para zozobra de sus conciudadanos. *Los perjuicios.* 1º. La cónyuge sobreviviente, nació el 14 de octubre de 1946, mientras el occiso habia nacido el 2 de mayo de 1940, por lo que se tomará la supervivencia de éste último, calculada por la Oficina de Medicina Legal, en 34 años (folio 6). 2º. Los hijos nacieron en las siguientes fechas: a) Vilma Aide, el 17 de febrero de 1966 y cumplirá la mayor edad (18 años) el 17 de febrero de 1984, (folio 184). b) Jaime Yuri (folio 183) el 26 de marzo de 1967 y cumplirá la mayor edad el 26 de marzo de 1985. c) Fabio Camilo, el 10

de mayo de 1972 y cumplirá la mayor edad el 10 de mayo de 1990. 3º Conforme al certificado visible a folio 29 del cuaderno Nº 3, los ingresos laborales del occiso para los efectos de este juicio, eran los siguientes:

Salario Diario	$ 53.90
Mensual	1.617.00
Por vacaciones por mes	67.38
Primas vacacionales (por mes)	179.76
Cesantía (por mes)	143.00
Total ingresos laborales por mes	$ 2.007.14

4º. Descontado un 25%, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala como parte de los ingresos dedicada a la propia supervivencia y a los gastos personales del occiso, queda la suma de $ 1. 505.36 mensuales como la dedicada por la víctima al sostenimiento de su familia. Se distribuirá, según reiterado criterio de la Corporación, así: 50% para la viuda y el 50% restante, por iguales partes, para los 3 hijos. Es decir, $ 752.68 para viudad y $ 250.89 mensuales para cada uno de los hijos demandantes. 5º. La indemnización se dividirá en "debida o consolidada" desde el 15 de octubre de 1973 hasta el 15 de octubre de 1979 y "la futura" desde el 16 de octubre de 1979 hasta la mayoría de edad de cada uno de los hijos o hasta el 15 de octubre del año 2007, en lo referente a la viudad. 6º. *Los perjuicios materiales*: A. *Indemnización debida*: a) *Para la Viudad.* Del 15 de octubre de 1973 al 15 de octubre de 1979 (6 años) a razón de $ 752.68 mensuales. Para determinarla se aplican las tablas de matemáticas financieras sobre la base de una devaluación anual del 18% o del 1-½% mensual y un interés técnico del ½% mensual.

Se aplica la fórmula $S = R \frac{(1 + i)^{n-1}}{1}$

En donde:

S = Monto o capital por averiguar.

R = La renta conocida (mensual o anual) que se toma como base de la indemnización.

i = Al 24% anual, descompuesto en 18% anual de devaluación monetaria y 6% de interés anual, o sea, en total 1.8% mensual de interés técnico.

N = Número de meses que se liquidan (72) meses).

$$S = 752.68 \frac{(1 + 0.018)^{72-1}}{0.018} = 752.68 \times 2.6127 - 1$$

$$\doteq 752.68 \times \frac{2.6127}{0.018}$$

$$= 752.68 \times 145.15$$

0.018 Factor: 1.45.15

Páginas

$S = 752.68 \times 145.15$ $ 109.251.50

El Factor 145.15 que resulta de la operación anterior, también se encuentra en las Tablas de Matemáticas Financieras. b) *Vilma Aydé* n y i son iguales a la anterior. La renta mensual es de $ 250.89.

$$S = 250.89 \times \frac{(1 + 0.018)^{72} - 1}{0.018}$$

$$S = 250.89 \times 145.15 = \$ 36.416.68$$

c) *Jaime Yuri*

$$S = 250.89 \times 145.15 = \$ 36.416.68$$

d) *Fabio Camilo*

$$S = 250.89 \times 145.15 = \$ 36.416.68$$

B. *Indemnización futura.* Para calcularla dividimos la suma de $ 109.251.50 por 72 meses para determinar el salario mensual prometido revaluado, lo que da $ 1.517.38. Se aplica la fórmula:

$$P = R \frac{(1 + I)^{n-1}}{I (1 + i)^{n}}$$

En donde:

P = El valor presente, es decir la suma que se debe pagar hoy, como anticipo de los perjuicios futuros, atendiendo al mismo interés técnico del 6% anual, con que se castiga al capital por razón de que se paga anticipadamente.

R = La renta mensual o anual.

i = El interés técnico.

n = El número de meses o de años que se toman para la liquidación.

a) *La viuda.* Tomada la supervivencia calculada del occiso, ella iba hasta el año 2007, que es el lapso total que se toma para calcular la indemnización de la viuda, menor que la del cónyuge muerto. En total para este periodo (octubre 15 de 1979 a octubre 15 de 2007, 28 años, y la renta de 1.517.38 mensuales o 18.208.56 anual.

$$P = 18.208.56 \quad \frac{(1 + 0.060)^{28} - 1}{0.06. \times (1 + 0.06)^{28}}$$

$$P = 18.208.56 \quad \frac{(4.1117)}{0.3067} = 13.4062 \times 18.208.56$$

El Factor es = 13.4062

Total P = $ 244.107.60

b) *Vilma Aidé.* Renta mensual promedio, actualizada ($ 36.416. 68 ÷ 72) = 505.78, hasta el 17 de febrero de 1984, desde el 15 de

octubre de 1979, 4 años, 4 meses, es decir 52 meses. Aplicada la fórmula anterior, resulta un factor de 45.69.

P = 505.78 × 45.69 = 23.109.08

c) *Jaime Yuri.* Renta actualizada = 505.78 del 15 de octubre de 1979 al 26 de marzo de 1985, es decir, 5 años, 5 meses 11 dias aproximadamente 65 meses. Aplicada la fórmula, el factor resulta igual a 55.49.

P = 505.78 × 55.49 = $ 28.065.73

d) *Fabio Camilo.* La misma renta acutalizada, del 15 de octubre de 1979 al 10 de mayo de 1990, 10 años, 7 meses 127 meses. Aplicada la fórmula, el factor resulta igual a 94.04

P = 505.78 × 94.04 = $ 47.563.55.

Perjuicios Morales Subjetivos. Al respecto, esta Corporación ha dicho: "a) Tanto en materia civil como en la penal y la administrativa, cuando quiera que surge la obligación de indemnizar perjuicios, ella es plena. es decir, implica la necesidad de indemnizar la totalidad del perjuicio causado, de restablecer el derecho, de regresar, hasta donde sea posible, a la victima, al estado anterior al daño (Código Civil artículos 1546, 1613, 1614, 1616 sobre materia contractual, entre otros y 2341, sobre responsabilidad por delitos o culpas, materia extracontractual y expresamente contemplada la compatibilidad con la pena que le corresponda por el delito o la culpa; el artículo 92 del Código Penal, en concordancia con las normas civiles sobre responsabilidad extracontractual, prevé la condena solidaria, a los responsables, a la indemnización de *"todos los perjuicios que se hayan causado"*. "Y el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 67, 68, habla del restablecimiento del derecho, en el primero y de "indemnización o prestación correspondientes" por lo que puede sostenerse como regla general la de que la obligación de indemnizar perjuicios, comprende la totalidad de los causados, en todas las ramas del derecho. "b) Solo excepcionalmente, en asuntos civiles, tal obligación puede resultar restringida, en materia contractual, a los daños previsibles y en materia extracontractual tanto civil como administrativa, en casos de concausalidad frente al hecho perjudicial, para mantener la equidad y no imponer el responsable mas que las cargas que le corresponden. Lo mismo puede decirse en los casos de responsabilidad objetiva en materia laboral, en la cual se predetermina legalmente la extensión de la indemnización, por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, sin perjuicio de la plena indemnización cuando ella se fundamenta en la culpa patronal. "c). Por tanto, no es extraño el artículo 95 del Código Penal, a la materia de la extensión de la indemnización debida, menos aún para el derecho civil, cuando del delito o de la culpa, surgen comunmente, en forma simultánea, la acción penal tendiente a ejercer la función punitiva del Estado y la acción civil, tendiente a obtener, para la víctima la plena indemnización del perjuicio sufrido. "d). Y siendo, sin consideración a la naturaleza de la disciplina jurídica, una misma la concepción de la responsabilidad y una misma la extensión de la

obligación indemnizatoria, resulta la norma del comentado artículo 95 del estatuto penal, bien propia en todos los casos o bien por aplicación extensiva o simplemente aplicable por analogía legal pues está dirigida a regular subsidiariamente, el monto de la indemnización proveniente de los delitos y de las culpas, trátese de proceso penal, civil o administrativo. "e) La razón de que las personas morales no pueden delinquir, no es obice para la aplicación de dicha norma, puesiello quiere decir, únicamente, que no pueden ser sujetos activos de delito ni pasivos de la pena, sin que a *priori*, puede excluirse su responsabilidad civil nacida por el delito o la culpa delictual de quienes la personalizan o representan y el comentado artículo se refiere a los efectos de la acción civil indemnizatoria y no a la punibilidad por el reato. "No sobra advertir que la Sala considera vigente el aludido artículo 95, pues las normas sobre libertad probatoria del nuevo estatuto Procesal Civil no contradicen su contenido, dirigido precisamente a regular el monto de los perjuicios morales cuando su cuantía resulta de difícil o imposible prueba. "Establecida la aplicabilidad del artículo 95 del Código Penal para los casos de indemnización de perjuicios morales, conviene, sinembargo, hacer algunas precisiones sobre su contenido. 1) El citado artículo, parte de un supuesto práctico; *"Que no sea fácil o posible avaluar pecuniariamente, el daño moral"*. "Por tanto, si se dio la prueba del valor pecuniario del daño moral, el artículo 95 no puede ser aplicado. "Y, si no obstante ser *fácil o posible* no se dio la prueba del valor pecuniario del daño moral, como sucede en muchos casos, de perjuicios objetivados, la negligencia probatoria del litigante no podrá ser protegida por el artículo 95 del Código Penal." "2) Queda a criterio del Juez, atendidas las circunstancias concretas de cada caso, fijar la suma indemnizatoria, sin pasar de dos mil pesos. "3) Establecido el alcance preciso del artículo 95 del Código Penal y su aplicabilidad a la materia de indemnización de perjuicios en derecho administrativo vale la pena examinar, si basta tomar la cantidad nominal de pesos contemplados en la norma, 40 años después de su expedición, para afirmar que se mantiene la equidad en la indemnización de perjuicios, en otros términos, si tal conclusión permite decir que efectivamente se immparte un reconocimiento pleno de los perjuicios causados. "La doctrina se ha ocupado de que el valor de la indemnización del perjuicio debe tomarse sobre el que aparezca en la fecha del fallo, es decir, teniendo en cuenta que aunque el perjuicio causado no se modifique intrinsecamente, su valor puede variar entre la fecha de causación y la fecha de la sentencia, primordialmente, por desvalorización de la moneda o pérdida de su poder adquisitivo (Mazeaud Tunc. Responsabilidad Civil, Ejea, Buenose Aires, 1961, Tomo III, Pág. 613 y ss.), Tomo IV pág. 246. Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, Imprenta Universitaria, Santiago 1943. Pág. 219". "Y la Sala encuentra equitativo y jurídico que en materia de perjuicios en el campo extracontractual, se atienda a la desvalorización de la moneda nacional para mantener el poder reparador de la suma reconocida como indemnización, conforme lo predica la moderna doctrina sobre la materia y lo exige la equidad". "Empero, en la aplicación del artículo 95 del Código Penal el problema es mas complejo". "En efecto, el actual Código Penal fue expedido mediante la Ley 95 de 24 de abril

de 1936, es decir, hace más de 40 años'. "Para tal época, el peso colombiano estaba en relación con el dólar americano en proporción de US 1.00 = $ 1.788, según datos del Banco de la República, y en realidad, dos mil pesos en aquellos tiempos, era una suma respetable, grande, permitía adquirir bienes que hoy requieren inversiones 40 o 50 veces superiores a aquéllas. Las estadísticas sobre costo de vida, datan de 1938, y por ello hoy sería difícil establecer los términos reales del poder adquisitivo interno de los dos mil pesos de 1936 o, mejor, establecer la suma actual que tiene el poder adquisitivo de los dos mil pesos de 1936". "Pero, existiendo la relación diaria oficial, del valor del certificado de cambio o dólar oficial, en relación con la moneda nacional, puede determinarse, por este medio, la suma que actualmente equivale a aquella de 1936, con lo que se atiende, en gran parte, a la desvalorización interna o nominal del peso colombiano y se mantiene, hasta donde es posible, el valor externo o internacional de dicha suma descontando que no sería fácil cuantificar, a su vez, la desvalorización de la moneda norteamericana en esos 40 años". "Conocida la relación dolar-peso en 1938, para determinar la relación actual basta la aplicación de una simple operación de regla de tres". "Sin embargo, esta fórmula carece de todo antecedente legislativo en Colombia y su aplicación resulta poco defensable". "Empero, conocido el valor oficial del oro, patrón monetario internacional, que en 1937 era de $ 2.00 el gramo y hoy es de $ 49.98, según datos del Banco de la República, resulta fácil deducir al valor actual de los $ 2.000.00 pesos de que habla el artículo 95 del Código Penal, en términos de equivalencia con el valor actual del oro". "En efecto, la indemnización máxima comentada, equivalía en 1937 a 1.000 gramos de oro, hoy esos 1.000 gramos de oro al precio oficial, valen $ 49.980.00, que sería la suma total que podría reconocerse por perjuicios morales". "Ahora bien, la referencia al oro, como patrón monetario, atendible para liquidar la indemnización de perjuicios, tiene antecedentes legales que ahora se aplicarán en este caso". "Así el Art. 1835 del C. de Comercio fija el límite de la indemnización de daños a terceros en la superficie, por razón de las aeronaves, en distintas cantidades de gramos de oro, pero, según los casos, en forma similar a como lo hacen los artículos 1881, 1887 y 1889 del mismo estatuto para la indemnización a cargo del transportador de cosas". "Las cifras o cantidades monetarias, incluidas en las leyes, tienen, en el momento de su expedición, un doble valor: a) El nominal en cuanto expresan una, cantidad determinada de unidades monetarias; y b) El valor real, de decir, el poder adquisitivo de tales unidades monetarias en la fecha de expedición de la ley". "Con el transcurso del tiempo, el valor nominal no se modifica, más el valor real o poder adquisitivo sufre permanentes modificaciones, en teoría, en diversas direcciones, pero es la práctica, en países subdesarrollados, siempre en continuo y permanente movimiento de desvalorización". "Si el interprete, no atiende en el campo de indemnización de perjuicios en materia extracontractual a tales variaciones, implícitas en la conciencia del legislador a quien hay que presumir sabio, torna la ley justa en injusta, las normas sabia en absurda y la equidad deviene en iniquidad". "Es deber de la jurisprudencia, el desentrañar el sentido de la norma y mantenerla, mediante esfuerzos de interpretación, tan nueva y actual como lo exigen las cambiantes circunstancias sociales a que ella debe

Páginas

aplicarse". "Doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, están de acuerdo en que el dolor experimentado por los padres frente a la muerte del hijo, y por la esposa frente a la muerte del conyuge, es evidente, no requiere prueba, lo que hace plenamente viable el reconocimiento de la indemnización por el dolor (daño moral subjetivo) sufrido por la señora Agripina González Vda. de Córdoba, con ocasión de la muerte de su cónyuge Fidiberto Córdoba Mena, dentro de las cifras legales, en la suma de $ 24.990.00". (Sentencia del Consejo de Estado febrero 9 de 1978, Expediente. 1632. Actor: Agripina González Vda. de Córdoba, ponente: doctor Jorge Valencia Arango). Como el demandante limitó esta pretensión a la suma de $ 50. 000.00 para cada uno de sus poderdantes, se reconocerá tal suma, pues de otra manera se caería en fallo *ultra petita*. Se reconocerán los intereses moratorios comerciales del (24%) anual, a partir del vencimiento de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y no como los pide el libelo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 22 de 1979. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2155. Actor: Marina de Socorro Vda. de Cárdenas. Rad. Relatoría Nº 4722. Responsabilidad Extracontractual). 579

120. REVOCACION DE ACTOS ACUSADOS

Fallo inhibitorio en tratándose de acción de simple nulidad y fallo de fondo frente a actos que crean situaciones jurídicas individuales que se ventilen mediante acciones de plena jurisdicción.— En el caso de autos la providencia acusada carece de existencia jurídica, en atención a que al ser resuelto el recurso de reposición que contra ella se interpuso durante la vía gubernativa fue revocada en todas sus partes por la Resolución número 002 de 19 de febrero de 1979, originaria de la Seccional Magdalena del Instituto Nacional de los Recursos Naturales y del Ambiente. En tratándose de una acción de simple nulidad, lo anterior daría lugar a que se profiera un fallo inhibitorio, por la potísima razón de que, al sobrevenir la revocación, se restablece el orden jurídico que en abstracto se estimó vulnerado. Evidentemente, si lo que se persigue a través de una acción de nulidad contra determinado acto es la defensa del orden legal y ese acto resulta revocado por la Administración, sobra toda decisión jurisdiccional, sin necesidad de estimar los efectos que haya podido producir. Muy distinto es el caso de los actos que crean situaciones jurídicas de carácter individual, que se ventilen mediante acciones de plena jurisdicción, frente a los cuales la revocación que sobre ellos recaiga, desde luego con efectos hacia el provenir, reclama el pronunciamiento de fondo y el consiguiente restablecimiento del derecho violado. Sin embargo, sucede en la presente acción de plena jurisdicción que la Resolución que inicialmente dictó la Seccional Magdalena del Inderena no fue un acto ejecutorio. Primero, porque oportunamente se interpusieron contra ella los recursos procedentes en la etapa gubernativa. Y, en segundo término, porque fue revocada al resolver uno de los recursos. Esta circunstancia especialísima impidió que la Resolución tuviera eficacia y hace que su existencia solamente se la pueda aceptar como necesaria para, que mediante el silencio administrativo, poder instaurar la acción. En este sentido se considera que el acto re-

Páginas

vocado no existió y que, por lo mismo, no pudo generar ningún efecto. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 8 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Exp. 2980. Actora, Sociedad Holanda Ltda. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 001 de 1977 de la Seccional Magdalena del Inderena). 229

S

121. SANCIONES DISCIPLINARIAS. EXCESO DE PODER.

La entidad nominadora a la cual la Procuraduría General de la Nación o la delegada según el caso, le haya solicitado la aplicación de sanción disciplinaria a individuo determinado, no puede imponer la destitución (sanción máxima) sino cuando ella en forma expresa lo haya manifestado.— No se discute en el presente negocio el aspecto procedimental, que en otros fallos ha examinado la Corporación, por cuanto la investigación que dio origen a la sanción disciplinaria cuya legalidad se discute fue adelantada por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial con el lleno de todas las formalidades legales, y en cumplimiento de las funciones que le son propias de acuerdo con el Título XI del Decreto 1950 de 1973. Objeta el señor Fiscal la forma en que el Ministerio de Justicia interpretó la solicitud de sanción disciplinaria formulada por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial que, evidentemente, fue mucho más allá de lo que en forma clara y ostensible esperaba dicha agencia del Estado. En efecto, en la solicitud de la Procuraduría se dice que el Ministerio de Justicia debe intervenir para que aplique los correctivos que estime convenientes haciendo resaltar la existencia de factores *"que aminoran la responsabilidad de los acusados"*. El Ministerio de Justicia, lejos de tener en cuenta los factores atenuantes de responsabilidad, hizo caso omiso de ellos al aplicar la máxima sanción disciplinaria y por tanto violó el artículo 271 del Decreto 1950 de 1973 según el cual "el nominador está en la obligación de satisfacer, dentro del término de diez días, la solicitud de suspensión o de destitución que le haga el Procurador General de la Nación o el Procurador Delegado para Vigilancia Administrativa". En el presente caso se había solicitado del Ministerio una sanción disciplinaria, pero en todo caso teniendo en cuenta los factores que aminoran la responsabilidad de los acusados, luego el Ministerio al imponer la máxima sanción dejó de satisfacer la solicitud del Procurador. No hay duda de que la justicia se encuentra en el equilibrio entre la falta cometida, teniendo en cuenta sus carcterísticas, motivación, agravantes y atenuantes y la sanción impuesta. La sanción exorbitante no satisface los requerimientos de la justicia, sino que la agravia y vulnera. Por eso en el caso de autos la Sala considera que hubo exceso en la determinación del Ministerio y por lo tanto violación de los artículos 134 y 271 del Decreto 1950 de 1973 lo que determina la revocatoria de la sentencia apelada y en su lugar la solución favorable a las súplicas de la demanda. (Sentencia de 11 de diciembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 0354. Actor: Manuel José Díaz Flórez. Resoluciones Ministeriales). 167

Páginas

122. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Cuándo comienza y cuándo termina el periodo de los dos años a que se refiere el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 (Cuando el reclamo se presenta ante un notario, y cuando el contribuyente reclama dos veces, una contra la liquidación oficial y otra contra la liquidación de revisión).— Se entiende que el plazo debe contarse desde que se interpone el recurso. Esto que es tan simple y claro en reclamaciones sencillas, puede presentarse a confusiones en casos excepcionales. Suelen ocurrir dos casos especiales: a) El primer caso se da cuando el reclamo se presenta ante un notario como lo permite el Decreto 1651 de 1961. El Consejo ha dicho que en tal situación el periodo empieza a contar desde el momento en que llega a conocimiento de la autoridad tributaria. b) El segundo caso se da cuando el contribuyente reclama dos veces, como en la situación *sub lite*, una ante un primer acto de la administración (la liquidación oficial(y otro, ante un segundo acto administrativo, la liquidación de revisión). Y como es de ley, se acumulan las reclamaciones bajo una misma decisión. El periodo de los dos años se empieza a contar desde que se presentó el segundo reclamo. Ello es así porque la liquidación oficial, como lo ha sostenido el Consejo de Estado reiteradamente, se fusiona con la liquidación de revisión, esto es, una y otra se integran en una nueva liquidación, que reemplaza para todos los efectos jurídicos la liquidación inicial. Por lo tanto, debe utilizarse como fecha para determinar la iniciación del período de los dos años la que corresponde al reclamo contra la liquidación de revisión. De otro lado, ha sido reiterada la doctrina del Consejo que establece que el recurso se resuelve con la notificación del último acto administrativo que agota la vía gubernativa. Por lo tanto, es indispensable para que no se produzca el silencio administrativo positivo, que la providencia *se notifique* dentro de los dos años que fija la Ley 8ª de 1970, no que se *ejecutorie*. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 9 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra Exp. 6199. Actor, Alvaro Garrido Gómez. Revisión de Impuestos). 777

123. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

El de los dos años, según los artículos 36 de la Ley 63 de 1967 y 9 de Ley 8ª de 1970, deberá contarse desde la fecha de presentación de la respectiva reclamación sin tener en cuenta la fecha de los escritos adicionales que el contribuyente puede allegar para sustentar los recursos ya presentados conforme con el artículo 48 del Decreto 1651 de 1961. La disposición del artículo 47 del Decreto 1961 no puede llevar hasta la conclusión de variar la fecha de interpretación del recurso.— Según los artículos 36 de la Ley 63 de 1967 y 9º de la 8ª de 1970, como bien lo anota la parte demandante, el término de los dos años para entender falladas las reclamaciones tributarias en favor de los contribuyentes cuando éstas no hubieren sido decididas en forma definitiva, deberá contarse "desde la fecha de su presentación" (artículo 36) o, lo que es lo mismo, "a partir de la fecha de presentación de la respectiva reclamación" (artículo 9º), ordenamientos que por su manifiesta claridad literal no pueden ser desatendidos "a

pretexto de consultar su espíritu", de conformidad con la norma de interpretación contenida en el artículo 27 del Código Civil. Ahora bien. Si en el caso de autos, como está demostrado a folios 3, 17 vuelto y 100, la reclamación se interpuso el 17 de agosto de 1973 y sólo vino a quedar notificada el 26 del mismo mes del año de 1975 por haberse desfijado el respectivo edicto el día 27 inmediatamente siguiente a las 8 a.m. con violación por parte de las dependencias administrativas, dicho sea como anotación marginal, de lo dispuesto en el artículo 324 del Código de Procedimiento Civil, que ordena su desfijación "al finalizar la última hora de trabajo de aquel en que termina la notificación", es evidente y de claridad meridiana que la susodicha notificación que puso fin a la etapa gubernativa y que consolidó el hecho de considerar resulta favorablemente la reclamación administrativa, se surtió después de los dos años de que habla el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, sin que para ello haya necesidad de recurrir a elucubraciones interpretativas de ninguna clase. La argumentación del Tribunal (folio 162) y de la representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que la prohija ampliándola, de que el término de los dos años para considerar ocurrido el silencio administrativo positivo, debe contarse a partir del 30 de octubre de 1973 en que la sociedad actora adicionó su reclamación presentada el 17 de agosto anterior o, más aún del 29 de noviembre de 1974 (folio 117) en que se adicionó la reclamación para impugnar la resolución que había decidido el incidente previo de aprobación de regalías, es a todas luces inaceptable, por cuanto una cosa es la fecha de presentación del recurso que es la que sirve de referencia para empezar a contar el término de los dos años de caducidad para que la administración pueda pronunciarse y otra muy distinta, la de los escritos adicionales que el contribuyente puede allegar para sustentar los recursos ya presentados, de conformidad con lo autorizado en el artículo 48 del Decreto 1651 de 1961, que textualmente dice: *"Artículo* 48. Dentro de los dos meses siguientes a la interposición de los recursos, los interesados deberán sustentarlos y pedir y presentar pruebas. En el caso de que sea necesario obtener pruebas fuera del país, el término podrá prorrogarse hasta por cuatro meses más. Vencidos estos términos, el negocio debe fallarse teniendo en cuenta los elementos probatorios allegados; no obstante, el contribuyente podrá pedir y presentar pruebas y alegatos hasta el día anterior a aquel en que se reparta el expediente para proyectar el fallo de fondo". "No podrá fallarse el recurso mientras no se haya vencido el término probatorio de que disponga el contribuyente, a menos que éste lo renuncie expresamente". La disposición del artículo 47 del Decreto 1651 de 1961, que señala que "Cuando la liquidación se practique antes de haberse fallado materias incidentales, el término para reclamar se cuenta desde la notificación de estas providencias", que amparaba el caso de autos en que la liquidación impugnada se practicó antes de haberse fallado una materia incidental, como era la solicitud del reconocimiento como deducción de regalías abonadas en cuenta por concepto de asistencia técnica no puede llevar hasta la conclusión de variar la fecha de interposición del recurso, sino, a desecharlo si éste fue inoportuno, cosa que no hizo la Dirección General de Impuestos Nacionales que, por el contrario, procedió a aceptarlo, con la aclaración de estimar variada la fecha de presentación, concepción que

Páginas

no puede ser aceptable jurídicamente, porque los hechos que se encuentren plenamente demostrados jamás pueden hacrse desaparecr por meros procesos interpretativos. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de julio 12 de 1979. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Actor, Eternit Colombiana S. A. Exp. 4402. Revisión de Impuestos. Con Salvamento de Voto del Consejero doctor Jorge Dávila Hernández y doctor Bernardo Ortiz Amaya). 709

124. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Declaración oficiosa.— En atención al hecho de haber transcurrido más de dos años entra la presentación de la reclamación y su decisión final, el mismo fallador declaró la operancia del silencio administrativo positivo, de manera oficiosa, por no haber sido invocado éste en la demanda ante la jurisdicción contenciosa, no obstante haberlo pedido oportunamente ante la propia Dirección General de Impuestos (folios 29 y 30, cuaderno de antecedentes). Como el criterio anterior también se encuentra de acuerdo con la doctrina de la Sala, expuesta entre otras, en sentencia de 15 de mayo de 1975, igualmente debe confirmarse. En efecto, en dicha sentencia se dijo lo siguiente: "... En estas condiciones es deber del fallador declarar oficiosamente, aun cuando ello no haya sido alegado por el reclamante, que se entiendan resueltos a favor del contribuyente sus reclamos ante la Administración y por lo tanto es inútil entrar a estudiar las razones en derecho que pueda tener el apelante para pedir la revocatoria del fallo, ya que se ha creado un "status" a su favor que es forzoso reconocer y aceptar sin mayor análisis...". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 27 de septiembre de 1979. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Expediente 6372. Consulta de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: Owens Illinois. Inc. Con salvamento de Voto del doctor Enrique Low Murtra). 795

125. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO (SALVAMENTO DE VOTO)

No es procedente la declaratoria oficiosa. Definición. La jurisdicción Contencioso Administrativa es rogada. Teoría de la Inexistencia del acto administrativo no es válido para sostener la aplicación oficiosa del silencio administrativo positivo. Fallo extra petita. *Nulidades absolutas y nulidades relativas.*— Con todo respeto por la opinión contraria me parece que no cabe en nuestro derecho la declaratoria oficiosa del silencio administrativo positivo. Reconozco que existe reiterada jurisprudencia del Consejo. El silencio administrativo positivo es una sanción que impone la ley a la administración por no pronunciarse con la suficiente diligencia. Se ha instituido en defensa del contribuyente para asegurarle que si la administración no pronuncia su dictamen dentro del plazo que establece el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 (antes el artículo 36 de la Ley 63 de 1967) se entenderá que el fallo le fue favorable. Pero no permite cambiar la naturaleza del juicio de revisión de impuestos, distinguiendo una causal de nulidad privilegiada o de "mejor familia" que le permita definir una nulidad al contencioso administrativo aún cuando la sentencia vaya

más allá de los puntos contenidos en el *petitum* o de los argumentos incorporados en la *causa petendi*, es decir. que sea *ultra* o *extra petita.*

La jurisdicción contencioso administrativa pertenece desde sus orígenes al régimen de la competencia rogada. En ella las actuaciones oficiosas del juez se limitan a algunos actos procesales de excepción: el auto para mejor proveer (artículo 91 del Código Contencioso Administrativo), la citación para audiencia pública (artículo 90 del Código Contencioso Administrativo). Así lo anota el célebre tratadista Tulio enrique Tascón: "Este artículo (el 84 del Código Contencioso Administrativo) contiene respecto del 54 de la Ley 130, la innovación de que exige no ya solamente que el demandante expresa las disposiciones constitucionales o legales en que se funda, sino las disposiciones que se estimen violadas y el concepto de la violación . De manera que los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no pueden anular *un acto por encontrarlo contrario a disposiciones legales que no han sido invocadas en la demanda,* ni por concepto distinto del en que el demandante funda su acción. (subrayado de la Sala). Es un principio distinto del que consagra el artículo 2º de la Ley 96 de 1936, al disponer que si la Corte Suprema de Justicia al fallar sobre la inexequibilidad de una ley o decreto ejecutivo, encontrarse que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda, o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad. Dentro del sistema del código, una vez declarado que el acto no es nulo por violación de un precepto legal en el concepto en que ha sido demandado, puede después demadarse por otro motivo distinto....". Este criterio que ha sido reiterado por el Consejo en todos los juicios de plena jurisdicción y de impuestos, no puede tener excepción exclusiva en la causal del artículo 9º de la Ley 8ª de 1970. Ella opera, como cualquier otro motivo de nulidad impetrado en acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, por petición expresa del interesado. No cabe con ella la figura de la inexistencia del acto administrativo que ha citado el Consejo en el auto del 13 de mayo de 1975, pues tal fenómeno no es de recibo en nuestro derecho administrativo. Los juicios por la via contenciosa buscan lograr *la nulidad* de actos administrativos que han violado la ley pero no puede pretenderse que hay inexistencia de un acto administrativo porque se produce extemporáneamente. Si el acto se produce cuando ya no es viable hacerlo porque ha precluido la oportunidad, es nulo y debe declararse nulo conforme a los procedimientos que se han creado para el efecto en nuestro sistema jurídico. No por eso puede decirse que el acto sea inexistente, ni tiene sentido hablar de inexistencia de algo que es real. Más aún, no existe en nuestro derecho administrativo figura procesal que permita declarar la inexistencia de un acto administrativo. De modo que la tesis que sostiene que el acto administrativo en determinadas circunstancias es inexistente, llevaría al absurdo de dejar sin protección jurisdiccional muchísimos abusos del derecho. Por ello, puede decirse sin duda que cuando un acto administrativo viola la ley es nulo mas no inexistente. Vidal Perdomo sostiene al respecto lo siguiente: "1º. *La inexistencia de los actos administrativos.* Es en el derecho francés donde se ha ela-

borado esta teoría que acerca el derecho civil y el derecho administrativo y que sirve para superar ciertas dificultades que ofrece allí la anulación de los actos administrativos. La jurisprudencia francesa la aplica con extrema prudencia en casos en que falta un elemento tan esencial al acto que no hay necesidad de anularlo: basta simplemente verificar que no existe. Así por ejemplo, cuando su existencia no puede ser materialmente establecida, o cuando proviene el acto de una autoridad manifistamente incompetente (decisión de un ministro, en vez de un juez). "Varios efectos tiene la inexistencia: no es obligatorio el acto, los Tribunales judiciales (y no exclusivamente los administrativos) pueden apreciarla, los actos posteriores al juzzado inexistente son nulos o pueden constituir "vía de hecho" de la administración, el acto puede ser revocado después de vencido el término de que se dispone para ello. "Waline hace notar que la teoría de la inexistencia desafía principios básicos del derecho administrativo, pues hace de los administrados jueces de la existencia o inexistencia de un acto, contraría la presunción de legalidad y la aplicabilidad inmediata de los actos administrativos". "Para DE Laubadére, lateoría de la inexistencia sirve a la jurisprudencia para corregir ciertas reglas de procedimiento muy rigurosas, como la que señala un término para el ejercicio de la acción, de nulidad; por intermedio de la teoría de la inexistencia es posible controvertir al menos los efectos de una decisión administrativa que no fue acusada en tiempo. "El Consejo de Estado Colombiano, en decisión del 18 de febrero de 1960, refiriéndose a un acuerdo municipal cuyo trámite de elaboración no estaba finalizando porque las objeciones formuladas no fueron estudiadas ni fue publicado por bando, entiende el inciso segundo del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo como aplicable tanto a las irregularidades menores como a aquellas que lleguen a cobijar la inexistencia. En la sentencia de 25 de septiembre de 1961 expresa los siguientes conceptos: "La noción de acto inexistente conlleva idea de una agresión tan grosera y brutal al orden jurídico, que desborda todos los límites de la legalidad. Toca la esencia misma de la organización y del sistema administrativo, y generalmente es la resultante de una usurpación de poderes y atribuciones o de la omisión de formas sustanciales en la expedición del ordenamiento. Más que la violación del derecho, esos actos implican la negociación de todo derecho. Como ejemplos típicos, se citan ordinariamente los proferidos con pretensiones de providencias administrativas, por personas particulares o por agrupaciones que no tienen el carácter de corporación pública. Pero una decisión expedida por funcionario competente, previo el cumplimiento de todas las formalidades legales, no puede motejarse de acto inexistente". "En Colombia, el espíritu general del derecho administrativo, no favorece la teoría de la inexistencia. En efecto: las causales de acusación son muy amplias, y en ellas caben las graves irregularidades y las incompetencias protuberantes que los franceses sancionan con la teoría de la inexistencia. Hay también una diferencia de orden procesal; la acción encaminada a mantener la legalidad no prescribe en nuestro derecho, mientras que en el francés sí; la resistencia hacia el acto abiertamente ilegal, a través del expediente de la inexistencia, parece justificarse en aquel derecho y no en el colombiano". (Derecho Administrativo. Banco Popular 1978)". No es pues válida la tesis de la inexistencia

del acto administrtaivo para sostener la aplicación oficiosa del silencio administrativo positivo. También se ha sostenido que es viable una sentencia *extra petita*, es decir, que el contencioso administrativo puede pronunciarse sobre el silencio administrativo de manera oficisa, por cuanto, se dice, existe una *"decisión ficta"* que opera por ministerio de la ley. Tal teoria ha sido desarrollada por el Consejo de Estado en la sentencia del 10 de julio de 1975. Esta interpretación, con la cual discrepo, introduce en nuestro derecho administrativo instituciones jurídicas que tienen cabida en el Derecho Privado pero no en el Derecho Público. En derecho civil se distingue entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa de un acto jurídico. Así según el artículo 1741 del Código Civil la nulidad absoluta tiene lugar en presencia de objeto o causa ilícita, cuando se omite algún requisito o formalidad de los que la ley prescribe para el valor mismo del acto en razón de su naturaleza y no a la calidad o estado de quienes lo ejecutan y cuando intervienen personas absolutamente incapaces. En los demás casos de nulidad opera la nulidad relativa. Al tenero de lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, el juez puede declarar oficiosamente la nulidad absoluta. La teoría del fallo ficto anotada traslada al derecho administrativo la figura de la nulidad absoluta del Derecho Civil. Supone que "el Tribunal puede oficiosamente hacer la declaración de estar resuelto el recurso en favor del contribuyente, si se tiene en cuenta que el acto de la Dirección de Impuestos que lo decidió tardiamente es absolutamente inválido por falta de competencia". Sin decirlo está asimilando la falta de competencia de un funcionario administrativo con la condición del absolutamente incapaz del derecho civil, lo que a mi juicio es inapropiado por cuanto la nulidad absoluta del derecho civil se ha constituido en defensa del mismo incapaz, y el silencio administrativo positivo protege al contribuyente. En derecho Administrativo no cabe la distinción entre nulidades absolutas y nulidades relativas por cuanto siempre que hay nlidad hay violación del principio de la legalidad, esto es, lo que Vedel denomina la "conformidad indispensable de acto administrativo con el derecho". Una resolución de la administración extemporánea a la luz de la Ley 8ª de 1970 es una resolución nula por falta de competencia pero esta nulidad no define en nada de una nulidad basada en vicios de forma, desviación de poder, violación directa o falta de competencia por razón de la materia o por razón del territorio. Todas ellas requieren petición de parte por cuanto todo acto administrativo está amparado por la presunción de legalidad la cual sólo es suceptible de ser desvirtuada por virtud de una competencia rogada. Esta interpretación desconoce la naturaleza del juicio de revisión de impuestos y le da a la Ley 8ª de 1970 un alcance que nunca se pretendió al dictarse este estatuto legal. La jurisdicción contenciosa se ha creado para garantia del orden legal y para protección de ciudadano. Entendido que un pronunciamiento de la administración extemporáneo es nulo y no inexistente, tal nulidad debe declararla el juez y no el "notario" como dice la sentencia citada. El derecho administrativo se ha creado para ordenar la administración, y para lograrlo ha establecido sus reglas propias que le han dado a la jurisdicción contencioso administrativa la capacidad de revisar la liquidación de los tributos, dentro de un ordenamiento estricto que regula el juicio de revisión. No puede decirse que si la liquidación es

Páginas

nula por una causal se proceda por un trámite y si es nula por otra causal se apliquen otras reglas. Donde la ley no distingue no puede el intérprete hacerlo, más en materia tan delicada como el derecho procesal. Aún más, el Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha sostenido que cuando un contribuyente limita su demanda contenciosa a solicitar aplicación del silencio administrativo positivo sin impetrar las causales previas de inconformidad en el fondo, no puede el funcionario jurisdiccional, al negar el silencio administrativo positivo, entrar a fallar sobre el fondo la pretensión. No hay consistencia alguna entre esta jurisprudencia que, para evitar un pronunciamiento *extra petita* niega las pretensiones del actor en el fondo cuando se niega el silencio administrativo, y aquella otra que sostiene que puede haber pronunciamiento oficioso del silencio, sin que para ello importe un pronunciamiento *extra* o *ultra petita*. Es pues pertinente revisar el sentido de estas doctrinas buscando una línea prístina de consistencia entre unas y otras. O bien se rompe la regla de que el juicio de impuestos pertenece a aquellos donde se aplica a cabalidad la teoría de la competencia rogada abriendo así el camino a una filosofía del derecho público acorde con el viejo aforismo romano "Dadme los hechos y yo os daré el Derecho". O bien se mantiene el rigor procesalista y se niega una sentencia *extra petita*, precluyendo también la opoción de un pronunciamiento oficioso sobre el silencio administrativo positivo. Por lo tanto, si la tasación del impuesto que se fija lo ha hecho la administración contrariando lo anotado en el artículo 9º de la Ley 8ª de 1970, debe declararse la nulidad de lo actuado con base en petición expresa y clara del actor. No puede el Tribunal oficiosamente invocar una norma no citada por el demandante en su libelo, y darle a la demanda un alcance que ésta no tiene. (Salvamento de Voto del Consejero Doctor Enrique Low Murtra a la sentencia de 27 de septiembre de 1979. Expediente 6372. Actor: Owens Illinois Inc). 798

126. STATUS DE PENSIONADO

Es una condición de la persona que surge de la circunstancia de haber reunido los dos requisitos esenciales señalados en la ley para tener el derecho a gozar de una pensión jubilatoria, o sea el tiempo de servicio y la edad que la ley consagra para acceder a tal derecho. Nulidad del artículo 2º del Decreto Ejecutivo Nº 732 de 1976, reglamentario de la Ley 4ª del mismo año.— Se dijo así al decretar la suspensión provisional: La demanda se dirige a obtener la nulidad del artículo 2º del Decreto 732 de 1976 (abril 22) por el cual se reglamenta la Ley 4ª de 1976. Al analizar las disposiciones violadas y el concepto de la violación el actor destaca el contenido que la doctrina y la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, han dado a lo que debe entenderse por status de pensionado, para de allí deducir que la norma acusada al definir "que tienen el status de pensionado las personas que un año antes de la fecha del reajuste estén disfrutando de una pensión o que ésta le haya sido o le sea otorgada para disfrutarla con un año de anterioridad a tal fecha", violó las normas consagradas en la Ley 4ª de 1976, configurándose así un desbordamiento de la facultad reglamentaria que conduce a la nulidad del acto acusado". Hechas estas consideraciones es

evidente que cuando el artículo 2º del Decreto acusado definió que debe entenderse que tienen el status de pensionado las personas que un año antes de la fecha del reajuste estén disfrutando de una pensión extralimitó la facultad reglamentaria que le otorga al Presidente de la República el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Si la norma superior reglamentada había definido que los reajustes decretados beneficiarían a quienes tuvieren el status de pensionado con un año de anticipación a cada reajuste, el decreto reglamentario, para obtener la cumplida ejecución de dicha ley, no podía restringir el ámbito de la norma superior a quienes venían disfrutando o a quienes se les hubiere reconocido u otorgado la pensión con un año de anterioridad al reajuste. Tal restricción que aparece clara y ostensible de la confrontación entre la norma reglamentada y la reglamentaria, convence de que es procedente la suspensión provisional impetrada por el actor, como habrá de decretarse". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 10 de julio de 1979. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada, Expediente 2307. Actor. José Roberto Herrera V. Decretos del Gobierno). 55

127. SUBSIDIO DE ALIMENTACION

El artículo 9º del Decreto Ley 2924 de 1978 no exige, como requisito indispensable para percibir subsidio de alimentación, que, el empleado trabaje en jornada continúa. Lo reconoce en cuantía de $ 500.00 *mensuales, a todos los empleados de los "Ministerios, Departamentos Administrtaivos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades administrativas especiales" que devenguen una remuneración básica no superior a* $ 15.000.00, *salvo si se encuentran en vacaciones o en licencia superior a* 15 *días.*— "Se pregunta": "Es requisito indispensable, de conformidad con el artículo 51 del Decreto 1042 de 1978, para disfrutar del subsidio de alimentación que el empleado labore en jornada continua o debe tenerse en cuenta el texto del artículo 9º del Decreto 2924 del mismo año que estableció este subsidio, en cuantía de $ 500.00 para los empleados que devenguen remuneraciones básicas inferior (sic) a $ 15.000 con las únicas excepciones ya enunciadas, sin tener en cuenta que laboren o no en jornada continua?". La Sala considera: 1º. El artículo 51 del Decreto Ley 1042 de 1978 prescribía que, salvo los casos en los cuales los organismos administrativos suministran alimentación a los empleados, "las entidades señaladas en el artículo 1º de este decreto reconocerán y pagarán a aquellos de sus empleados que tengan una asignación básica igual o inferior al doble del sueldo fijado para el grado 01 de la escala de nivel operativo, un subsidio de alimentación de cinco pesos diarios, siempre que trabajen en jornada continua". La remuneración básica a que se refería el precepto, según el artículo 20 del mismo decreto, era de $ 2.800.00 en 1978. 2º) El artículo 9º del Decreto Ley 2924 de 1978 dispuso que "a partir del 1º de enero de 1979, el subsidio de alimentación para los empleados públicos a quienes rige el presente decreto y que devenguen remuneraciones básicas no superiores a $ 15.000.00 será de $ 500.00 mensuales pagaderos por las respectivas entidades. No se tendrá derecho a este subsidio cuando el funcionario disfrute vacaciones o esté en licencia superior a 15 días".

Páginas

3º) Es claro que el artículo 9º del Decreto Ley 2924 de 1978 subrogó el artículo 51 del Decreto Ley 1042 del mismo año, porque regula de modo completamente diferente al derecho a percibir subsidio de alimentación. En efecto, varió el término de referencia, la remuneración básica mensual, la cuantía de la suma que se reconoce por tal concepto y no condicionó el derecho al subsidio a que el trabajo se cumpla "en jornada continúa". 4º) De este modo el precepto excluyó del derecho a percibir el subsidio a los empleados cuya remuneración básica sea superior a $ 15.000.00 y a quienes disfruten de vacaciones o estén "en licencia superior a 15 días". En relación con este último aspecto, si el subsidio de alimentación hace parte de la remuneración, como prescribe el artículo 42, letra e), del Decreto Ley 1042 de 1978, lo lógico habría sido, por una parte, reconocer al empleado el derecho a percibir subsidio de alimentación durante las vacaciones, que son remuneradas, y, por otra, en caso de licencia, pagarlo en proporción directa al tiempo servido. Por lo expuesto, la Sala absuelve la consulta del señor Ministro de Salud Pública en los siguientes términos: El artículo 9º del Decreto Ley 2924 de 1978 no exige, como requisito indispensable para percibir subsidio de alimentación, que al empleado trabaje en jornada continua. Lo reconoce, en cuantía de $ 50.00 mensuales, a todos los empleados de los "ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativos, especiales" que devenguen una remuneración básica no superior a $ 15.000.00, salvo si se encuentran en vacaciones o en licencia superior a 15 días. (Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de septiembre 6 de 1979. Consejero ponente, doctor: Humberto Mora Osejo. Consulta formulada por el señor Ministro de Salud Pública y autorizada su publicación con Oficio Nº 32287 de octubre 19 de 1979. Radicación 1322). 36

128. SUSPENSION DEL EMPLEADO POR SOLICITUD DE AUTORIDADES PENALES.

El empleado suspendido en estas condiciones, y que luego sea sobreseído tiene derecho al restablecimiento de sus derechos. El término para establecer la caducidad debe contarse a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia absolutoria.— Se encuentra demostrado, mediante copia auténtica del acta respectiva, que en la sesión del Consejo Directivo de la Universidad del Tolima del 26 de marzo de 1976, el señor Rector sometió a estudio del Consejo el caso del empleado Victor Manuel Rojas C., quien venia desempeñando el cargo de Cajero Pagador de los Fondos Rotatorios, de quien la Contraloría General del Departamento solicitó el retiro inmediato de dicho cargo "por habérsele encontrado deficiencias en el manejo de los bienes puestos bajo su cuidado". Ante la solicitud de la Contraloría Departamental la decisión del Consejo fue la declaratoria de insubsistencia del empleado. La primera observación que cabe ante la situación planteada es que el acto del Consejo Directivo de la Universidad, no corresponde a una insubsistencia, que es la simple determinación de retiro del empleado, sin motivación, como ejercicio de la libertad de nombramiento y remoción reconocido por la ley, sino a una destitución, por cuanto la decisión fue motivada precisamente en las faltas deducidas contra el empleado por la Contraloría Departamental. Se

Páginas

concluye igualmente que, aunque la solicitud de la Contraloría fue para el retiro inmediato del empleado, la decisión del Consejo Directivo ha debido ser la dc suspensión del mismo, ya que la Contraloría no tenía competencia para condenar al empleado visitado, sino a formularle los cargos para que, mediante el trámite ordinario, bien fuere administrativa o penalmente, se dedujera su responsabilidad mediante el debido proceso. En el caso presente se entabló por la Contraloría Departamental la correspondiente acción penal, la que concluye con sobreseimiento definitivo a favor del señor Víctor Manuel Rojas, como está acreditado en el expediente mediante la copia auténtica de la providencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué el nueve de mayo de mil novecientos setenta y ocho, la cual quedó ejecutoriada el día 17 del mismo mes y año. Con posterioridad al sobreseimiento, el día 9 de septiembre de 1978, el actor se dirigió al señor Rector de la Universidad del Tolima solicitando su reintegro al cargo, el pago de los sueldos dejados de devengar y la declaración de continuidad del tiempo de servicios durante la cesación de actividades, peticiones sobre las cuales no ha recaído proviedncia alguna por parte de la Universidad. Esta Corporación, en innumerables providencias ha sostenido que el empleado suspendido por solicitud de autoridades penales, que luego sea sobreseído tiene derecho al restablecimiento de sus derechos. En el presente caso no puede el Juzgador, con ocasión de estudiar la admisión de la demanda, llegar a la conclusión alguna con respecto a los derechos que puedan asistir al actor en relación con las peticiones de la demanda, porque para ello es necesario el trámite del juicio, con agotamiento del periodo probatorio y audiencia de las partes; pero es evidente que la situación del actor debe equipararse a la suspensión, porque la Administración no podía fulminar contra la destitución, por faltas graves que implicaron un proceso penal, sin habérsele oído y vencido en juicio. Los procedimientos judiciales, sus términos y formalidades, han sido establecidos por la ley en garantía de los derechos de las partes, y con este criterio deben interpretarse sus disposiciones, no en aquel que conduzca al aniquilamiento de los derechos antes de que el mecanismo jurisdiccional se ponga en juego en busca de soluciones justas y equitativas. Por ello en este caso estima la Sala que el término para establecer la caducidad debe contarse a partir de la fecha en que quedó ejecutoriada la sentencia absolutoria del actor, o sea el día 17 de mayo de 1978. En esta forma la solicitud administrativa del 9 de septiembre interrumpio el término de prescripción, y ante el silencio administrativo de la Universidad del Tolima, es admisible la demanda instaurada el día 2 de abril de mil novecientos setenta y nueve. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 16 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 3474. Actor, Víctor Manuel Rojas Guzmán. Apelación interlocutorias). 835

129. SUSPENSION JURISDICCIONAL Y DISCIPLINARIA

Diferencias. Consecuencias.— La detención preventiva de un funcionario público da lugar necesariamente a la suspensión de éste en el ejercicio del cargo. Esto es lo que se llama suspensión jurisdiccional .....mediante la providencia de un juez penal, se ordena la sus-

Páginas

pensión del respectivo empleado y al revocarse el auto de detención queda sin base la suspensión, con lo cual la Administración puede reincorporar inmediatamente al empleado al cargo que venía desempeñando. Empero, la suspensión jurisdiccional no da lugar necesariamente a que la Administración inicie un procedimiento administrativo para efecto de imponer al empleado sanciones disciplinarias. "La suspensión disciplinaria, esta es ordenada directamente por el patrono o por la Administración cuando quiera que el trabajador o empleado público ha infringido los reglamentos internos de trabajo o aquéllas normas legales que establecen las prohibiciones y obligaciones para el desarrollo del servicio convenido. Cuando se impone una sanción en este último caso, no debe perderse de vista que durante el periodo de esa suspensión se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio convenido y para el patrono la de pagar los salarios de esos lapsos y también puede descontarse al liquidarse las vacaciones, cesantías y jubilaciones". Según el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 "Se llama *fuerza mayor o caso fortuito, el* imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, *los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*". Y el artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo trae como causal de suspensión de la relación contractual laboral la fuerza mayor o el caso fortuito. Dicho Principio es aplicable, *mutatis mutandi,* a la relación laboral legal y estatutaria. Por fuerza mayor debió suspenderse el demandante en el cargo que venía ejerciendo. Era la orden de una autoridad pública y competente para pronunciarse o impartir ese mandato. No podía, por tanto, la Administración negarse válidamente a obedecerlo. Finalmente, durante la suspensión de la relación laboral por los motivos anotados, no puede haber lugar a pagos de sueldos y prestaciones, como se pretende en la demanda, porque si se hubiese tratado de una suspensión como sanción disciplinaria injusta o impuesta sin el debido proceso, la situación sería distinta, pero como se dejó ya establecido, lo que se plantea en este evento es la decisión de un caso muy diferente. No proceden, en consecuencia, las peticiones formuladas en la demanda que originó el presente juicio. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de diciembre 10 de 1979. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 3108. Actor: Camilo Cárdenas Giraldo. Autoridades Nacionales). 375

130. SUSPENSION PROVISIONAL

Alcance del numeral 3º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo.— En opinión de la Sala el conductor del proceso operó correctamente e interpretó debidamente el alcance del numeral 3º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941). Una cosa son las normas generales que estatuyen el régimen de aplicación de un tributo, y otra las de tipo particular que desatan los presupuestos de hecho y derecho para la tasación del tributo en concreto. Los primeros permiten desatar la acción de nulidad, como en efecto puede acudirse en acción de nulidad contra el estatuto de valorización de un instituto descentralizado, como el INCORA o el IDU, si éste viola, a juicio del actor, alguna norma jurídica superior, de la misma manera que quien ha observado un decreto reglamentario

Páginas

sobre impuestos contrario a ley puede incoar la acción de nulidad para lograr que esta acción pública restablezca el orden jurídico. Pero la acción pública no cabe contra providencias que establezcan un tributo en concreto, llámase impuesto, tasa o contribución. Para el caso de la liquidación irregular de un impuesto se ha establecido el juicio de revisión de impuestos a que hace referencia el capítulo XXIII del Código Contencioso Administrtaivo. Y en los demás casos, la violación de un derecho subjetivo admite la acción de plena jurisdicción que regula el artículo 67 del mismo estatuto administrativo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 9 de agosto de de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Expediente 6210. Actor Hilda Vera y otros. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 01733 de mayo 20 de 1976 del Incora). 200

131. SUSPENSION PROVISIONAL

No se puede condicionar la suspensión provisional de un acto acusado a que se haya producido con posterioridad a la vigencia de la norma jurídica superior que se dice violada.— El artículo 65 del Código Contencioso Administrativo señala que "Son acusables igualmente los acuerdos y otros actos de los Concejos Municipales en el concepto de ser *contrarios* a la Constitución, la ley,...." (subrayado de la Sala). La norma habla de una contradicción entre el acuerdo y la ley, la cual no depende del momento en que se expidió uno y otro acto. No es correcta la interpretación del Tribunal que condiciona la suspensión provisional de un acto acusado a que aquel se haya producido con posterioridad a la vigencia de la norma jurídica superior que se dice violada. Sostener tal tesis conduce al absurdo de impedir la acción contra Acuerdos, Ordenanzas y Decretos francamente ilegales o inconstitucionales por el simple hecho de que la ley o la norma constitucional fue expedida con posterioridad a la vigencia del Acuerdo, ordenanza o Decreto, lo cual contraría la jerarquía de las normas tan esencial a nuestro ordenamiento jurídico. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 16 de agosto de 1979. Consejero Ponente: Doctor Enrique Low Mutra Expediente 6192. Actor, Sociedad Exportadora Interamericana S. A. Expasa. Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 19 de 1959 del Consejo de Cali). 491

132. SUSTITUCION PENSIONAL

Evolución. Cuando hay lugar a disfrutarla.— Se trata de dilucidar si en el caso de estudio el demandante, tiene derecho a sustituir la pensión de jubilación de su finada esposa que le había sido reconcida por la Caja Departamental de Previsión Social del Departamento de Bolívar mediante la Resolución que obra a folio 6 El actor demostró que su cónyuge falleció en dicha ciudad, el 17 de octubre de 1976, que dependía económicamente de éste y en tal virtud cosidera que a la luz de lo previsto en las Leyes 134 de 1971, 12 de 1975 y 44 de 1977 tiene derecho a la prestación que reclama. Por su parte, el citado organismo sostiene en los actos acusados, después de efectuar un estudio de todas las normas legales que reglamentan lo relativo a la sustitución de las pensiones desde el año de 1968, que no hay lugar a

la sustitución de la pensión solicitada. Teniendo en cuenta lo anterior piensa la Sala que para decidir con acierto el punto que le ha sido planteado, es necesario llevar a cabo un examen y confrontación de los preceptos legales que regulan la sustitución pensional entre los cónyuges, para cuyos efectos, deberá comenzarse por transcribir el artículo 36 del Decreto 3135 de 1968, cuyo tenor es: "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 correspondido durante *dos años*. sin perjuicio de las prestaciones anteriores" (Se subraya). Además, debe advertirse que de conformidad con el artículo 34 citado en la norma legal, antes transcrita, entre los beneficiarios que allí se relacionan están comprendidos, en primer lugar, el cónyuge sobre viviente quien tendrá derecho a la mitad de la pensión pues la otra mitad corresponde a los hijos legítimos y naturales del empleado o trabajador fallecido, en concurrencia estos últimos en las proporciones establecidas por la ley civil. A su turno el Decreto 1848 de 1969, reglamentario del estatuto anteriormente citado, en su artículo 92 dispone: "Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, *su cónyuge* y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos años subsiguientes al fallecimiento del pensionado" (Se subraya). Como puede apreciarse, según el contenido de los preceptos transcritos, el respectivo cónyuge tenía derecho a sustituir al otro, en la pensión de jubilación invalidez o vejez, pero solo por los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento. Posteriormente se expidió el Decreto 434 de 1971, cuyo artículo 19 precptúa: "Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, *su cónyuge* (se subraya) y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo la respectiva pensión durante los *cinco (5) años subsiguientes*". (Se subaraya). Nótese la diferencia entre la norma inmediatamente transcrtia y las dos anteriores, sólo estriba en que en el segundo caso la sustitución de la pensión se amplió a los cinco años subsiguientes y solo a este límite, siendo de observar que los preceptos examinados hablan en forma genérica del cónyuge *superstite* o sobreviviente, lo cual quiere decir que cualesquiera de los dos, tenían derecho, a disfrutar de la respectiva pensión sustitutiva. Se expidió después la Ley 33 de 1973 "POR LA CUAL SE TRANSFORMAN EN VITALICIAS LAS PENSIONES DE LA VIUDAS" y en cuyo artículo 1º se lee: "Fallecido un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, invalidez, o vejez, o un empleado o trabajador del sector público SU VIUDA PODRA RECLAMAR LA RESPECTIVA PENSION EN FORMA VITALICIA" (Mayúsculas de la Sala). El resto de las disposiciones de este estatuto que es de carácter especial, fijan las bases para el disfrute de la prestación y su pérdida, así como para las sustituciones. Como puede observarse el Decreto anterior concedió la sustitución de las pensiones en forma vitalicia, pero solo para las

viudas, pues el título anteriormente transcrito y el contenido de la norma legal no deja duda alguna al respecto. Por esta razón acierta el Tribunal cuando afirma, en la sentencia consultada, que la intención del legislador denota claramente que lo que se quiso fue darle un tratamiento especial a las viudas, sin que hubiera variado la legislación anterior en cuanto concedía al cónyuge sobreviviente cuando es varón, la sustitución pensional primero por dos (2) años y después por cinco (5), pues en lo demás la nombrada Ley 33 de 1973 que entró a regir a partir de su sanción (1º de febrero de 1974) derogó en su artículo 4º todas las disposiciones que le sean contrarias, es decir, aquellas normas que dispusieran para la cónyuge viuda, el disfrute de la pensión en forma restringida como sucedía con anterioridad a su expedición. Se dictó luego la Ley 12 de 1975, en cuyo artículo 1º se ordenó: *"El cónyuge superstite,* a la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, y sus hijos menores o inválidos, tendrán derecho a *pensión de jubilación del otro cónyuge si este falleciere antes de cumpilr la edad cronológica* para esta prestación, pero que hubiere completado el tiempo de servicio consagrado para ella en la ley, o en convenciones colectivas". (Se subraya). Lo anterior significa como también lo observa el Tribunal del conocimiento, que la pensión de jubilación a que se refiere este último estatuto, tuvo en cuenta una nueva situación, muy especial por cierto, pues consagró el disfrute de la prestación para cualquiera de los cónyuges, hombre o mujer, a fin de que se pudiera sustituir al cónyuge fallecido cuando este hubiera cumplido el tiempo de servicio, así no tuviera la edad cronológica, lo cual quiere decir que suprimió un requisito, el de la edad, exigido en leyes anteriores. Empero, como esta situación no encaja en el caso de estudio puesto que la cónyuge del demandante cuando murió ya estaba en goce de la pensión, necesario será concluir que ni éste ni los otros estatutos hasta ahora examinados son aplicables al caso de estudio. "Finalmente, se expidió la Ley 44 de 1977 cuyo tenor es el siguiente: "Artículo 1º. 'A quienes tengan derecho causado o hayan disfrutado de la sustitución pensional prevista en la Ley 171 de 1961, Decreto Ley 3135 de 1968 y del Decreto Ley 434 de 1971, tendrán derecho a disfrutar de la sustitución pensional conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1973 y a la Ley 12 de 1975". Según el contenido del precepto anterior, es indispensable para que haya lugar a la sustitución pensoianl, que el derecho se hubiera causado o haber disfrutado de aquella. En el presente caso, el demandante, como ya se vio, a la luz de los estatutos legales antes transcritos, tenía derecho a la sustitución pensional durante cinco (5) años, pero como no la solicitó, mal podría afirmarse que la hubiera disfrutado. Empero como el derecho ya se había causado en favor de su cónyuge y este venía percibiendo la pensión de jubilación, hasta el día de su fallecimiento que tuvo lugar el 17 de octubre de 1977, podría argumentarse que el demandante tiene derecho a sustituir a su cónyuge en el disfrute de la pensión vitalicia de jubilación. Ello no es posible porque ya se vio que las normas legales anteriores al año últimamente citado no le son aplicables y porque además, la mencionada Ley 44 de 1977 sólo comenzó a regir el 14 de diciembre del mismo año y para ese entonces el actor no se encontraba, como ya se apuntó, disfrutando de la pensión sustitutiva ni el derecho se había causado en su favor porque

Página

hasta la fecha en que se produjo el fallecimiento de su cónyuge (17 de octubre de 1976) el viudo solo tenia derecho a gozar de la prestación aludida por cinco (5) años. Además, la pensión vitalicia solo habia sido concedida, a virtud de ley especial, a las viudas, como se vio al examinar la Ley 33 de 1973. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sent. de noviembre 9 de 1979. Consejero ponente: Dra. Aydeé Anzola Linares. Expediente número 3472. Actor: Luis Aníbal Cardona Restrepo. Autoridades Departamentales). 427

T

133. TARIFAS SERVICIOS PORTUARIOS

Si la fuente de la competencia legal que tiene la Junta Directiva de Puertos de Colombia para dictar el Acuerdo 788 *de* 1979 *es lo dispuesto en los artículos* 3º, *numeral* 5º *y* 10, *numeral* 3º *del Decreto* 561 *de* 1975, *invadió competencia reservada por los ordinales* 1º *y* 2º *del artículo* 76 *de la Constitución Nacional, al Congreso de la República. Figura jurídica de la solidaridad. Suspensión provisional de la frase o a su representante con responsabilidad solidaria contenida en su artículo Nº* 3º, *numerales* 1º, 2º, 3º, *artículo* 8º.— El ciudadano Ramiro Araujo Brau ha presentado demanda en ejercicio de la acción, contencioso administrativa para que se declare la nulidad de varios textos normativos contenidos en los ordinales 1º, 2º y 3º del articulo 3º y en el articulo 8º del Acuerdo Nº 788 de 1979 de la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia —Colpuertos—, así como de lo pertinente del Decreto 853 del mismo año, mediante el cual se aprobó el referido Acuerdo. Además ha pedido que se decrete la suspensión provisional de las normas cuya anulación ha demandado, por considerar que son manifiestamente violatorias de las normas de los Códigos Civil y de Comercio y de la Constitución Nacional en las disposiciones que en el libelo demandatorio señala como infringidas. Sostiene el actor, que "ni la Junta Directiva de Colpuertos, ni el Gobierno Nacional, tenían facultades para modificar las normas de los Códigos Civil y de Comercio, ya anotadas, y según las cuales no existe responsabilidad solidaria frente a terceros entre mandatarios o representantes y mandantes. Es claro que en un simple Acuerdo sobre tarifas por servicios portuarios, como lo es el Acuerdo 788 de 1979, no se podian realizar esas modificaciones legales. Ni un mero Decreto Ejecutivo, como el 853 de 1979, destinado a aprobar aquel acuerdo tarifario, tenia virtualidad para llevar a cabo una tal modificación". Más adelante agrega que "el Gobierno invadió la órbita de la Rama Legislativa, violando el artículo 76 de la Carta, que reserva al Congreso la facultad de expedir las leyes y mediante ellas "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes", "expedir códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones. Examinando el considerando 2º del Acuerdo Nº 788 de 1979, se observa que dicho Acuerdo fue expedido por la Junta Directiva de Puertos de Colombia en ejercicio de lo dispuesto en los artículos 3º, numeral 3º, del Decreto 561, de 1975, y que de acuerdo con esas normas son funciones de la Junta Directiva con aprobación del Gobierno Nacional, "fijar las tarifas que deban cobrarse por los servicios que preste la Empresa y los derechos de operación de los muelles privados". Si esta es la fuente

Páginas

de la competencia legal que tiene la Junta Directiva de Puertos de Colombia para dictar el Acuerdo en el cual se encuentran las frases acusadas como violatorias de normas de los Códigos Civil y Comercial indicadas por el actor, se ve, sin el menor esfuerzo mental y sin necesidad de hacer ningún raciocinio jurídico, que realmente, en cuanto a los textos normativos acusados, tanto la Junta Directiva de Puertos de Colombia, como el Gobierno al aprobar los textos mencionados, invadieron competencia reservada por los ordinales 1º y 2º del artículo 76 de la Constitución al Congreso de la República. La solidaridad es una figura jurídica que ha sido objeto de definición y reglamentación no sólo de nuestros Códigos Civil y Comercial, sino también de otras leyes. Suspéndense provisionalmente las siguientes frases de las disposiciones acusadas: "Artículo 3º....1º....o a su representante con responsabilidad solidaria. "2º...o a su representante, con responsabilidad solidaria". "3º....o a su representante, con responsabilidad solidaria". "Artículo 8º.....o a sus representantes con responsabilidad solidaria". (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 23 de julio de 1979. Exp. 3121. Consejero Sustanciador doctor Jacobo Pérez Escobar. Actor: Doctor Ramiro Araujo Grau). 385

134. TRANSPORTE AEREO

La ley ha regulado de manera exigente la responsabilidad del empresario del transporte, sustrayéndola de los módulos generales y ordinarios de la prueba de la culpa es elemental que, como contrapartida le permita al transportador, de manera amplísima disponer cuanto sea necesario, en orden a precaver los riesgos inherentes a su actividad. Se declara la nulidad de la palabra "únicas en la frase y serán las únicas aceptadas" del aparte 2.2.1.22 de la Resolución 2450 de diciembre de 1974 y del artículo 1º de la Resolución 551 del 6 de marzo de 1975, ambas expedidas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. En consecuencia el texto de la disposición 2.2.1.22 del Manual de Reglamentos Aeronáuticos quedará así: "Las licencias que expida el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para el personal de miembros de la Tripulación de vuelo, son los documentos oficiales para comprobar los requisitos de conocimientos, experiencia y capacidad técnicas y serán las aceptadas para acreditar la idoneidad del personal asignado a cualquiera de las funciones necesarias para la operación de aeronaves en las diferentes actividades de la Aviación Civil Colombiana. *Segundo.* Es nula la disposición contenida en el literal x) del aparte 7.4.3. del Manual de Reglamentos Aeronáuticos (Resolución 2470 de 1974) y el artículo 2º de la Resolución 551 de 1975 (marzo 6), ambas expedidas por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. El artículo 1801 del Código de Comercio le atribuye a la autoridad aeronáutica una facultad reglamentaria en relación con las funciones que debe realizar el personal aeronáutico, con las condiciones para su ejercicio y con los requisitos atinentes a la expedición de las licencias respectivas. Pero, como toda atribución reglamentaria de la ley, ha de estar condicionada al marco que ésta señale y a los fines que se persigan con ella. En la materia aeronáutica esos fines están señalados expresamente en el artículo 1860, que dice: "La autoridad aeronáutica reglamentará y clasificará los servicios

aéreos....con la finalidad de lograr la prestación de servicios *Seguros*, eficientes y económicos, que al mismo tiempo garanticen la estabilidad de los explotadores y de la industria aérea en general". Lo anterior significa que la *seguridad* debe ser finalidad esencial de toda reglamentación en materias aeronáuticas. De otra parte ha de tenerse en cuenta que, por la naturaleza misma de la industria moderna y del transporte aéreo en particular, la ley ha consagrado unas modalidades específicas en materia de responsabilidad que se tipifican bajo la fórmula de una presunción de culpa del transportador, sólo desvirtúable mediante la prueba de la culpa de un tercero, o de la fuerza mayor siempre que no concurra la culpa del transportador, o de la prueba de la culpa del usuario del transporte (artículos 1880 y 1884 y siguientes y 1003 del Código de Comercio). Si como queda dicho, la ley ha regulado de manera exigente la responsabilidad del empresario del transporte, sustrayéndola de los módulos generales y ordinarios de la prueba de la culpa es elemental que, como contrapartida le permita al transportador, de manera amplísima disponer cuanto sea necesario, en orden a precaver los riesgos inherentes a su actividad. Así, pues, el fin de seguridad antes anotado y la responsabilidad que la ley le asigna al empresario del transporte, constituyen elementos que condicionan el ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes atinentes al transporte y, en particular cuando el reglamento se refiera a aspectos que, de alguna manera, afecten la seguridad del servicio o que, eventualmente, incidan ya sea directa, o indirectamente sobre la responsabilidad del empresario. En esta materia a la autoridad administrativa le incumbe señalar unas pautas de previsión comunes u ordinarias según sea el desarrollo de la técnica en el ramo correspondiente, que, de ninguna manera, pueden excluir la aplicación de un cuidado más exigente en el manejo de su actividad por parte del empresario, con el fin de brindar un transporte más seguro. Sería ilógico que la ley comprometiera de manera tan exigente la responsabilidad del empresario y que, al mismo tiempo limitara su iniciativa de precaución de riesgos a unas pautas generales señaladas en la propia ley o en los reglamentos. Así mismo carecería de sinderesis afirmar que las exigencias legales o reglamentarias que se dicten con fines de seguridad, le impidan al empresario de transporte aplicar su propia iniciativa en el sentido de superar las exigencias legales o reglamentarias para lograr márgenes más altos de seguridad. Por consiguiente es forzoso concluir que los reglamentos atinentes a la materia dicha no pueden tener otro alcance que el de exigencias mínimas que, por lo mismo no son excluyentes de otras que se impongan, así mismo los empresarios del transporte. De esta suerte, si bien las reglamentaciones correspondientes y las exigencias establecidas en ellas, han de ser cumplidas ineludiblemente por las entidades o personas, ello tiene que ser sin perjuicio de exigencias mayores que éstas se impongan por su propia iniciativa. Naturalmente y por razones obvias la calificación sobre la mayor o menor excelencia entre los requisitos legales o reglamentarios y las especiales que el transportador se impongan así mismo es asunto que concierne a la entidad sobre la cual la ley haga caer el peso de la responsabilidad. Precisado el marco legal de la potestad reglamentaria en la materia, la Sala concluye que las disposiciones que se dicten en ejercicio de ella no pueden te-

ner alcance diferente al de exigencias mínimas que, de ninguna manera, se oponen a otras que los destinatarios de la reglamentación se impongan así mismos. Por consiguiente, las disposiciones impugnadas en la demanda, en cuanto excluyen la posibilidad de que las empresas aéreas de transporte puedan exigir, además, otros requisitos de idoneidad a los miembros de una tripulación de vuelo y en cuanto les imponen sanciones por ello, son violatorias de los artículos 1801, en concordancia con los artículos 1860, 1880 y ss. y 1003 del Código de Comercio pues impiden alcanzar márgenes mayores de seguridad que es finalidad esencial de la ley e impiden a las empresas ejercer su derecho y, a la vez, su obligación social de previsión de riesgos. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1ª. Sentencia de 15 de noviembre de 1979. Consejero ponente Doctor Carlos Galindo Pinilla. Expediente 2698. Actor: Avianca). El doctor Alfonso Arango no asistió. 345

135. VALORIZACION

En estricto sentido no es impuesto, ni es tasa, sino contribución. Cuando se afora la valorización el aforo suele tener cobertura sobre muchos contribuyentes al tiempo, lo cual contrasta con el aforo de un impuesto que cubre tan solo un contribuyente en particular.— En el impuesto se establece la obligación a cargo de una persona natural o jurídica de hacer un pago sin que implique para ella derecho a conrtaprestación o beneficio correlativo. Con la tasa, llamada a menudo derecho, refinancian los servicios públicos se caracteriza porque cubre tan solo a quien utiliza dichos servicios. La valorización, como contribución que es, se causa con la ejecución de obras de interés público local. De suerte que la valorización es la compensación por el provecho o utilidad que deriva el dueño de un inmueble de una obra que ha construido el Estado para beneficio de un grupo. Es pues característica de la contribución su implicación colectiva. Cuando se afora la valorización el aforo suele tener cobertura sobre muchos contribuyentes al tiempo, lo cual contrasta con el aforo de un impuesto que cubre tan solo un contribuyente en particular. Pero, que la contribución sea colectiva en su aforo no le quita a este acto su naturaleza de subjetivo y particular, y no convierte el acto de liquidación en un acto jurídico general y objetivo. Este hecho tiene importancia particular en el caso de autos, porque se recurre contra una providencia que negó la suspensión provisional de actos jurídicos que aforaban la contribución de valorización sobre los predios beneficiados con la obra de irrigación del río Zulia. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 9 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Exp. 6210. Actor Hilda Vera y otros. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 01733 de mayo 20 de 1976 del Incora). 200

136. VEDA. FACULTAD DE IMPOSICION POR EL INDERENA.

El Inderena puede imponer vedas, pero siempre en forma no permanente, porque el sentido mismo de la figura de la veda, implica temporalidad. Nulidad de la Resolución número 0787 de 22 de junio de 1977 proferida por el Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del ambiente Inderena, "por la cual se

Páginas

veda la caza deportiva de mamíferos, aves y reptiles de la fauna silvestre". Veda periódica o temporal y prohibición indefinida. El Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente, expresa en su artículo 257 que "Se entiende por veda de caza la prohibición temporal de cazar individuos de determinada especie en una región", y el artículo 258 literal h) faculta al Inderena para "Imponer vedas periódicas o temporales o prohibiciones permanentes y fijar áreas en que la caza puede practicarse y el número, talla y demás características de los animales silvestres y determinar los productos que puedan ser objeto de aprovechamiento según la especie zoológica". De estas normas se deduce que el Inderena tiene dos tipos de facultades a) La de imponer vedas temporales o periódicas, y b) Efectuar prohibiciones de carácter permanente, pero, en ningún caso, imponer veda permanente porque el sentido mismo de la figura de la veda implica temporalidad, de lo que se concluye que la Resolución demandada contraría el citado Código, por excederse en el ejercicio de las funciones que él le asigna. Tanto en el auto que decretó la suspensión provisional como en aquel por el cual se la confirmó, se expresaron las mismas razones que hoy reitera la Sala, por lo cual concluye que debe prosperar el cargo por violación del literal h) del artículo 258 del Código de la materia de que se viene tratando. (Sala de lo Contencioso Administraitvo. Sección Primera. Sentencia de octubre 3 de 1979. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Expediente número 2726 y 2732 acumulados. Actores: Alfonso Clavijo González y Rodrigo Noguera Calderón y Ernesto Peña Quiñones). 277

137. VENDEDORES AMBULANTES Y ESTACIONARIOS

Los Concejos no tienen competencia para prohibir el oficio de vendedor ambulante sino para reglamentarlo, y con respecto al de vendedor estacionario su regulación pueden hacerla dichas corporaciones acudiendo a las atribuciones sobre adopción de medidas convenientes para los municipios y a las disposiciones que protegen la ocupación de las calles. Código Nacional de Policía. Artículos 8º y 9º. Los Concejos no están facultados para expedir con base en los mencionados artículos reglamentarios de policía, local, para llenar el vacío de la ley, y los gobernadores, y alcaldes continúan autorizados para dictar los reglamentos de desarrollo que requieran las ordenanzas, sin que les sea dado expedir "normas de conducta" no previstas en ellas. Los Concejos y el Poder de Policía. Nulidad del Acuerdo Nº 7 de 4 de enero de 1978, expedido por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta. "Por el cual se toman disposiciones sobre ventas ambulantes y estacionarias", únicamente en cuanto a que el Acuerdo prohibe la expedición de permisos para ocupar las vías y aceras con ventas ambulantes.— El Acuerdo acusado no contiene, en estricto sentido, una regulación en materia de policía sino una medida de conveniencia para la administración del Distrito, tomada por el Consejo en desarrollo de la atribución 1ª del artículo 197 de la Constitución, en armonía con la atribución 8ª del mismo precepto, que se refiere al ejercicio de las otras funciones que la ley les señale a los concejos, una de las cuales está consignada en el ordinal 11 del artículo 169 del C. R. P. y M. La ocupación de las calles y vías públicas ha sido un tema que ha preocupado de manera especial la atención del legislador. Es

así como por la atribución 4ª del artículo 7º de la Ley 72 de 1926, sobre facultades al Concejo Municipal de Bogotá pero que la Ley 89 de 1936 extendió a los municipios capitales de departamento, éstos tienen las funciones de administrar directamente y ensanchar "todas las vías públicas existentes dentro de la ciudad", en cumplimiento de las cuales cabe la de impedir la ocupación de las mismas. Conforme al artículo 674 del Código Civil, el uso de las calles pertenece a todos los habitantes de un territorio y por eso se llaman "bienes de la Unión de uso público". En defensa de este derecho comunitario, varias disposiciones legales legales prohiben que las vías públicas puedan ser obstruidas u ocupadas, en una u otra forma. Lo anterior permite concluir cómo el acto acusado encaja, en términos generales, dentro de las atribuciones comunes de los concejos y, en especial, de los municipios capitales de departamento, como sucede en el caso de autos, sin que propiamente esté en presencia de una medida de carácter policivo. *LOS ARTICULOS 8º Y 9º DEL CODIGO NACIONAL DE POLICIA.* Como el *a quo* acoge el concepto de su Fiscal y éste hace hincapié en el inciso tercero del artículo 8º del referido Código, precisa hacer referencia a esta disposición y al artículo 9º *ibídem.* Debe anotarse que los incisos primero, segundo —en cuanto a las palabras "o reglamento nacional"—, tercero y cuarto de dicho artículo fueron declarados inexequibles por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 27 de enero de 1977. El inciso tercero decía: "Los Concejos podrán ocuparse de las materias no reglamentadas por ley, decreto nacional u ordenanza". Por la misma sentencia también fueron declaradas inexequibles las palabras "y de los Concejos" del artículo 9º del aludido Código, el que consecuencialmente quedó así: "Cuando las disposiciones de las Asambleas Departamentales sobre policía necesiten alguna precisión para aplicarlas, los Gobernadores y Alcaldes podrán dictar reglamentos con ese sólo fin". "Por tanto no podrán expedir *normas de conducta* no contenidas en las ordenanzas" (Subraya la Sala). En la sentencia citada la Corte dijo: "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 complementar dentro del ámbito de su territorio lo que el legislador no ha dispuesto en lo nacional. Las dos disposiciones 167 y 187-9 (de la Carta) se complementan para estructurar exclusivamente el régimen policial". Como corolario del anterior fallo, se tiene que los Concejos no están facultados para expedir, con base en los artículos 8º y 9º del mencionado Código, reglamentos de policía local para llenar el vacío de la ley, y que los gobernadores y alcaldes continúan autorizados para dictar los reglamentos de desarrollo que requieran las ordenanzas, sin que les sea dado expedir "normas de conducta" no previstas en ellas. Se concluye, por tanto, que el Tribunal de primer grado no podía aceptar, con apoyo en el inciso tercero del artículo 8º del citado Código, que los concejos puedan ocuparse de las materias de que trataba ese inciso, pues ello equivaldría, a reconocerles la atribución de que fueron privados en virtud de la sentencia de que se ha hecho mérito, la que se hallaba ejecutoriada cuando fue expedido el Acuerdo demandado y se inició este proceso. El Tribunal debió aceptar, en cambio, que el Concejo de Cúcuta tenía competencia para dictar el Acuerdo acusado, en ejercicio de sus atribuciones co-

munes y corrientes, antes comentadas. *LOS CONCEJOS Y EL PODER DE POLICIA.* A raíz de la sentencia de inexequibilidad de varios artículos del Código Nacional de Policía, de que se ha hecho alusión en esta providencia, los concejos quedaron privados de esta herramienta para regular el comportamiento de los asociados. Se trata, pues, de un vacío legal que debe ser llenado cuando antes. Es inexplicable que los concejos, como corporaciones administrativas a cuyo cargo está prácticamente el manejo de los municipios, carezcan de competencia para expedir medidas de esa clase. Esta es una omisión que perjudica el normal desarrollo y la adecuada marcha de los que se han considerado como los organismos básicos de la nacionalidad. Resulta paradójico que se abogue por una política de descentralización administrativa y que, sin embargo, se prive a las células municipales de capacidad para establecer medidas de policía local necesarias para la administración distrital misma y convenientes para el común". *LOS VENDEDORES AMBULANTES.* El artículo 116 del Código Nacional de Policía establece que "Las normas de policía local reglamentarán el ejercicio de vendedor ambulante. En este orden de ideas, se tiene, en primer término, que la actividad de vendedor ambulante puede ser reglamentada pero no prohibida y, en segundo lugar, que esa reglamentación está encomendada a las normas sobre policía local, advirtiendo que en este caso no se trata de llenar un vacío de la ley sino de aplicar una expresa competencia dada a los concejos por el aludido artículo. Como de acuerdo con el artículo 201 de la Carta Política los alcaldes son agentes de los gobernadores y jefes de la administración municipal, atribuciones éstas que reiteran los artículos 183 del C. R. P. y M. y 39 del Código Nacional de Policía, es dado que en el ámbito municipal a ellos les corresponde ejecutar las leyes y las ordenanzas que versen sobre policía. Pero esto no significa que los Alcaldes tengan competencia para expedir "normas de conducta" sobre esta materia. Por manera que los concejos pueden adoptar medidas reglamentarias sobre policía local en materia de ventas ambulantes, con base en el artículo 116 del Código de Policía, simplemente porque tal artículo los autoriza para ello. Como en el caso *sub judice* el Concejo Municipal de Cúcuta prohibió las licencias para ventas ambulantes, se concluye que hubo exceso por parte del Cabildo al expedir disposiciones de prohibición y no de reglamentación. *LOS VENDEDORES ESTACIONARIOS.* Dentro de la limitada motivación del fallo apelado, dice el Tribunal que los vendedores estacionarios no pueden acogerse a las normas relacionadas con los vendedores ambulantes, por tratarse de modalidades diferentes del mismo oficio. Aunque hasta cierto punto los vendedores ambulantes y los estacionarios hacen parte del gremio de vendedores callejeros, puesto que unos y otros utilizan para sus actividades los andenes y vías urbanas, no se puede en el caso de autos "generalizar" las dos actividades, como lo sostiene el *a quo*, puesto que el Acuerdo se refiere separadamente a los mismos. Es suficiente con reparar en la forma como él está concebido. En efecto, dicho acto se refiere a "ventas ambulantes y estacionarias", esto es, disyuntivamente, cuestión esta que enlaza ambas actividades. Planteada la diferencia de ocupaciones, se tiene que mientras el artículo 116 del Código Nacional de Policía faculta expresamente a las normas locales de la misma índole para reglamentar la

Páginas

de vendedor ambulante, no hay precepto legal alguno que haga lo mismo con la de vendedor estacionario. Pero esto no quiere decir que los concejos no puedan, en uso de sus facultades comunes, tomar previsiones al respecto, según el análisis que ya se hizo sobre el particular. Lo anterior permite concluir que los concejos no tienen competencia para prohibir el oficio de vendedor ambulante sino para reglamentarlo, y que con respecto al de vendedor estacionario su regulación pueden hacerla dichas corporaciones acudiendo a las atribuciones sobre adopción de medidas convenientes para los municipios y a las disposiciones que protegen la ocupación de las calles. Reducido el problema a los anteriores términos, se observa que el Tribunal se equivocó al mantener la intangibilidad del Acuerdo demandado en cuanto a la prohibición de expedir licencias para las ventas ambulantes, Pero lo mismo no se puede predicar sobre los permisos para las ventas estacionarias, pues frente a éstas el Concejo de Cúcuta sí tiene competencia para hacer tipo de prohibición. Aunque prácticamente el parágrafo 4º del artículo 1º del Acuerdo cuestionado suspende los efectos del mismo si el 30 de junio de 1978 el Consejo de Cúcuta no hubiese expedido el estatuto sobre ventas ambulantes y estacionarias, de lo cual no hay constancia en los autos, procede en el presente caso un pronunciamiento de fondo porque dicho Acuerdo tiene existencia jurídica actual. En el presente caso se debe revocar parcialmente la sentencia apelada y, en su lugar, acceder a la nulidad del Acuerdo, solo en cuanto a las licencias para las ventas ambulantes. En lo referente a las estacionarias debe confirmarse. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 31 de agosto de 1979. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez V. Actor: Simpeco y Otros. Exp. 2950). 475

138. VIA GUBERNATIVA

La necesidad del agotamiento previo de la vía gubernativa para acudir a esta jurisdicción especial, es un requisito establecido por la ley con el ánimo de que la Administración analice los reparos que tenga el particular contra sus actos, antes de que aquéllos le sean dados a conocer a quien compete juzgarlos, para que de esa manera los funcionarios oficiales tengan la oportunidad de enmendar por sí mismos los quebrandos del orden jurídico en que hubieren podido incurrir. Para ocurrir en demanda ante lo contencioso administrativo dice el Tribunal, es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, de acuerdo con el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el 18 del Decreto 2733 de 1959, lo que se entiende cuando los actos o providencias respectivas no son suceptibles de los recursos de reposición o apelación o éstos se han decidido, o finalmente, cuando la Administración pierde su competencia para decidir por haberse presentado el fenómeno jurídico del silencio administrativo". "De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 18 del Decreto 2733 de 1959, 71 y 82 de la Ley 167 de 1941, no es admisible el recurso contencioso administrativo contra actos que siéndo apelables en la vía gubernativa, no lo fueron en tiempo y forma". "Para que un acto administrativo pueda ser susceptible de demanda es necesario que se haya agotado la vía gubernativa, lo que entiende, dice

Páginas

el artículo 18 del citado decreto ley, "cuando las providencias o actos respectivos no son susceptibles de ninguno de los recursos establecidos en el artículo decimotercero, o estos recursos se han decidido". Los Recursos a que se refiere la norma en cita son los de reposición y apelación, aclarándose en el artículo 15 del mismo decreto que el primero "no es obligatorio para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, pero se establece de manera clara y precisa en el artículo 14 que de uno y otro recurso ha de hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco días útiles a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto, o de quince días contados desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial para el caso previsto en el parágrafo primero del artículo undécimo". "La necesidad del agotamiento previo de la vía gubernativa para acudir a esta Jurisdicción especial, es un requisito establecido por la Ley con el ánimo de que la Administración analice los reparos que tenga el particular contra sus actos, antes de que aquéllos le sean dados a conocer a quien compete juzgarlos, para que de esa manera los funcionarios oficiales tengan la oportunidad de enmandar por si mismos los quebrandos del orden jurídico en que hubieren podido incurrir". (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 29 de agosto de 1979. Exp. 3671. Consejero Ponente, Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Herminia Rodríguez de Acosta). 231

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO

CONSULTAS DEL GOBIERNO

1. (Ministerio de Educación Nacional). Consulta sobre las normas aplicables en materia salarial prestacional, indemnizatoria y demás, a los funcionarios dependientes del Ministerio de Educación Nacional o que presten servicios en establecimientos Educativos adscritos a éste, que ostentan el doble carácter de docentes y administrativos en forma simultánea, siendo asi que para cada uno de estos funcionarios rigen disposiciones especiales y distintas en materia de derechos sociales derivados de la prestación de sus servicios. (Concepto de 3 de mayo de 1979. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Mario Latorre Rueda, Radicación 1282. Autorizada su publicación con oficio Nº 3281 de julio 27 procedente de ese Ministerio). 9

2. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Consulta sobre el proceso de nacionalización de una mercancía. En qué instancia de él deben o pueden intervenir los funcionarios de la Contraloría General de la República, y cuáles son las funciones que pueden ejercer teniendo en cuenta su carácter fiscal?. (Concepto de agosto 2 de 1979. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 1301. Autorizada su publicación con Oficio Nº 715 de ese Ministerio). 15

3. (Ministerio de Agricultura). Consulta si de conformidad con el Decreto 732 de 1976, las Entidades obligadas —en caso de acumulación de tiempo de servicios— deben reajustar las cuotas partes de acuerdo al porcentaje establecido en el momento de autorizarse la mesada pensional. (Concepto de 30 de julio de 1979. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación 1299. Autorizada su publicación con Oficio Nº 6635 de agosto 14 de 1979). 21

4. (Departamento Nacional de Planeación). Consulta sobre si las Decisiones 124 y 125 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, requieren un decreto del Gobierno para su aplicación en Colombia o si, por el contrario, son de aplicabilidad directa e inmediata en el ámbito nacional. (Concepto de 6 de septiembre de 1979. Sala de

Páginas

Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación 1294. Autorizada su publicación con oficio de 24 del mismo mes y año). 36

5. (Ministerio de Salud Pública). Se consulta si es requisito indispensable, de conformidad con el artículo 51 del Decreto 1042 de 1978, para disfrutar del subsidio de alimentación que el empleado labore en jornada continua o debe tenerse en cuenta el texto del artículo 9 del Decreto 2924 del mismo año que estableció este subsidio, en cuantía de $ 500.00 para los empleados que devenguen remuneraciones básicas inferiores a $ 15.000.00 con las únicas excepciones ya enunciadas, sin tener en cuenta que laboren o no en jornada continua. (Concepto de 6 de septiembre de 1979. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Humberto Mora Osejo. Radicación 1322. Autorizada la publicación con Oficio Nº 32287 de octubre 19 de 1979). 39

6. (DANE). Consulta sobre la aplicación del artículo 8 del Decreto 2924 de 1978, decreto éste por el cual se modificó el sistema salarial de los empleos de la rama ejecutiva del poder público. (Concepto de 8 de noviembre de 1979, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación 1338. Publicación autorizada con Oficio Nº 9792). 45

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO

1. (Decretos del Gobierno). Acción de nulidad contra los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 2644 de 1977, por medio de los cuales se impuso a los Bancos Ganaderos y Cafetero la obligación de suscribir Títulos de Fomento Agropecuario de la Clase B (Sentencia de 10 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor Noel Gaviria Londoño. Expediente 2831). 47

2. (Decreto Reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 2 del Decreto Reglamentario Nº 732 de 22 de abril de 1976. (Sentencia de 10 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Expediente 2307 Actor José Roberto Herrera Vergara). 55

3. (Decreto Reglamentario). Acción de nulidad contra el Decreto 602 de 1976, por "el cual se reglamenta la representación de algunas

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Páginas

acciones suscritas por los contribuyentes como inversión sustitutiva de los impuestos para fomento siderúrgico y ganadero. (Sentencia de 30 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Pablo Cárdenas P. Expedientes 2462/67 y 2476). 58

4. (Decretos del Gobierno). Acción de nulidad contra los artículos 2 y 3 del Decreto 2086 de 1974 (Sentencia de septiembre 14 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Alfonso Rojas Llorente. Expediente 4049. Con salvamento de voto del doctor Jorge Dávila Hernández). 81

5. (Decretos del Gobierno). Acción de nulidad contra el artículo 5 del Decreto 1543 de 27 de julio de 1978. (Sentencia de 18 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Alberto Carbonell Quintero y otros. Expedientes 2959, 2068 y 2972). 96

6. (Decreto Reglamentario). Acción de nulidad contra el numeral 2 del artículo 4 del Decreto Reglamentario Nº 1495 de julio 21 de 1978. (Sentencia de 18 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Jorge E. Panigua y otro. Expediente 5785). 103

7. (Decreto Reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 35 del Decreto Reglamentario 2059 de 1968 en la medida en que este último adiciona la primera norma citada. (Sentencia de 14 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Alberto Navas Sierra. Expediente 3040). 115

8. (Decreto Reglamentario). Acción de nulidad contra los numerales c y d del artículo 3 del Decreto Reglamentario 753 de 1974 expedido por el Gobierno Nacional con fecha 30 de abril de 1974. (Sentencia de 15 de diciembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Hugo Rocha Riaños. Expediente 1344). 121

9. (Decreto Reglamentario). Acción de nulidad contra el artículo 5º del Decreto Reglamentario 584 de 1975. (Sentencia de 16 de diciembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Antonio Cardozo González. Expediente 5840). 125

1. (Consejo Directivo del Colegio Boyacá). Acción de nulidad contra el artículo 1º del Acuerdo Nº 6 de 1977 expedido por el Consejo Directivo del Colegio de Boyacá. (Sentencia de 7 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Actor. Rafael Alirio Morales Ruiz. Expediente 3044). 193

Páginas

CAPITULO SEGUNDO

RESOLUCIONES MINISTERIALES

1. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público). Acción de plena jurisrisdicción contra la Resolución Nº 11786 del 14 de noviembre de 1974 expedida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. (Sentencia de 5 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Rubén Piedrahita Arango. Expediente 2813). 133

2. (Ministerio de Defensa Nacional). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 8399 de 1973 del Ministerio de Defensa Nacional. (Sentencia de 11 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Hilario Antonio Carrera Medina. Expediente 0195). 137

3. (Ministerio de Minas y Petróleos). Acción de plena jurisdicción contra las resoluciones Nºs 000257 de 1973, y 001857 de 1973 originarias del Ministerio de Minas y Petróleos con las cuales se concedió un permiso para explotar y explorar los yacimientos de areniscas o carteras en un globo de terreno de 21 hectáreas 4.485 metros cuadrados dentro de la Hacienda El Vínculo en jurisdicción del Municipio de Soacha. (Sentencia de julio 19 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actores: Silvia Garbrecht y otros. Expediente 1524). 140

4. (Ministerio de Defensa Nacional). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 7556 expedida el 9 de noviembre de 1972 por el Ministerio de Defensa Nacional por medio de la cual se negó un reajuste pensional. (Sentencia de 22 de agosto de 1979 (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Pedro Justo Bula Otero. Expediente 0206. 147

5. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 04427 de 27 de octubre de 1978 expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (Auto de 15 de septiembre de 1979 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Sindicato de Trabajadores de Inca de Colombia S. A. Expediente 3065). 149

6. (Ministerio de Justicia). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nºs 6159/74 y 649/75 proferidas por el Ministerio de Justicia. (Sentencia de 17 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Igancio Reyes Posada. Actor: Genaro Nungo Méndez. Expediente 0829). . . 152

Páginas

7. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). Acción de plena jurisdicción contra la resolución expedida por el Jefe de la Sección de Inspección de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico y el Jefe de la División departamental mediante la cual sancionó a la Empresa Puertos de Colombia con una multa de $ 10.000.00 (Sentencia de 15 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Empresas Puertos de Colombia. Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla. Expediente 2325). ... 155

8. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 2630 de julio de 1977 emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (Sentencia de 12 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Federación de Trabajadores de Antioquia. Expediente 2137). 158

9. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 04203 de octubre de 1978 y 04573 del mismo año del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual no se reconoce personería jurídica a una organización sindical y por la cual se resuelve un recurso. (Sentencia de 22 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Sintra superbancaria. Expediente 3246). 162

10. (Ministerio de Justicia). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 495 de 1º de febrero de 1974 expedida por el señor Ministro de Justicia. (Sentencia de 11 de diciembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Manuel J. Díaz Flórez. Expediente 0354). 167

11. (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). Acción de nulidad contra la Resolución Nº 1751 de junio de 1975 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social por la cual se reconoció personería jurídica a la organización sindical "Asociación Guardiana Nacional Penitenciaria" (Sentencia de 11 de diciembre de 1979 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Gilberto Garther Posada. Expediente 2136). 172

12. (Ministerio de Minas y Energía). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 1195 de 1975. Expedida por el Ministerio de Minas y Energía. (Sentencia de 13 de diciembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Dangond Flórez. Actor: Fábrica de Cementos Samper. Expediente 1869). 180

14A (Incora). Acción de nulidad contra las Resoluciones 01733 de 1976 y 2734 y 3790 de 1978 expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Auto de 9 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Hilda Vera y otros. Expediente 6210). 200

Páginas

CAPITULO TERCERO

RESOLUCIONES Y ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

3. (Empresa Colombiana de Petróleos). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 004 de 6 de junio de 1973 expedida por el Presidente de la Empresa Colombiana de Petróleos por medio de la cual no se accedió al reconocimiento de una pensión de jubilación. (Sentencia de julio 3 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Gonzalo Munévar Espinosa. Expediente 0521). 204

4. (Empresa Colombiana de Minas). Acción de plena jurisdicción y solicitud de reconocimiento del Silencio Administrativo en relación con la petición formulada a la Empresa Colombiana de Minas. (Sentencia de 27 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Oscar Hernando Escobar Castro. Expediente 4003). ... 209

3. (Gerencia Regional del Proyecto Cesar del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Acción de nulidad contra la Resolución Nº 605 de 25 de octubre de 1976 de la Gerencia. Regional del Proyecto Cesar del Instituto Colombiano de La Reforma Agraria. (Auto de 12 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: José Manuel Baute Redondo. Expediente 2705). Con salvamento del Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo. 213

6. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 106 de 30 de junio de 1977 emanada de la Junta Directiva del Incora, (Sentencia de julio 12 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 2365. Actor: Fabiola Benitez de Pabón y otros). 219

7. (INDERENA. Sección Magdalena). Acción de Plena jurisdicción contra la nulidad de la Resolución Nº 001 de 24 de octubre de 1977 expedida por la Seccional Magdalena del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente. (Sentencia de 8 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Mario E. Pérez Velasco. Actor: Sociedad Holanda Ltda. Expediente 2980). 229

8. (Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº RPJ-126 de 1978 dictada por la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia por la cual se hace un reajuste pensional de conformidad con la Ley 4ª de 1976. (Auto de 29 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Herminia Rodríguez de Acosta. Expediente 3671). 231

Páginas

9. (Caja de Vivienda Militar). Acción de Plena Jurisdicción contra las Resoluciones Nºs 090, 103, 110, 132, 138, 148 y 169 de abril, mayo, junio, julio y agosto de 1976, proferidas por el señor Gerente de la Caja de Vivienda Militar. (Sentencia de 16 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares. Actor: Luis A. Correa Ramírez y otros. Expediente 2193). 234

10. (Inderena). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 000376 de 24 de septiembre de 1976 expedida por la Gerencia de la Regional Oriental del Inderena. (Sentencia de 14 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares. Actor: Alberto Cordero. Expediente 1944). 241

11. (Superintendencia de Industria y Comercio). Acción de nulidad contra la Resolución Nº 3835 de 1977 dictada por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio. (Auto de 18 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Actor: Fabricato. Expediente 2902). 244

12. (IDEMA). Acción de plena jurisdicción contra la comunicación o carta SRL-0761 de 1975 proferida por el Gerente General del Idema y por medio de la cual se da por terminada una relación laboral. (Sentencia de 29 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares. Actor: Orlando Castrillón López. Expediente. 4102). 247

13. (Contraloría General de la República). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 00724 de febrero de 1976 proferida por la Contraloría General de la República mediante la cual se aceptó una renuncia. (Sentencia de 6 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Manuel Piedrahita Plata. Expediente 3697). 250

14. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Acción de nulidad contra la Resolución número 3871 de agosto de 1977 emanada de la Gerencia del Incora que revocó la Resolución número 06845 de 1975 por la cual se había adjudicado el pedido denominado "El Recurso" (Auto de 29 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Osvaldo Abello Noguera. Actor: Marcela Gual. Expediente 2785). 255

15. (Incomex). Acción de plena jurisdicción contra el Oficio número 01688 OFJ Nº 34 del 3 de febrero de 1978 expedido por el Instituto de Comercio Exterior Incomex. (Sentencia de 27 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Fábrica de Grasas y Productos Químicos Ltda. Grasco y otras. Expediente 5613). ... 256

16. (Banco de la República). Acción de plena jurisdicción contra el artículo 6º de la Resolución 11 de 25 de febrero de 1976 proferida por

Páginas

la Junta Monetaria, del Oficio Nº DCF-8305 de 1977 proferido por el Banco de la República y el acto administrativo contenido en el acta de la Junta Directiva del Banco de la República del 16 de junio de 1977 mediante la cual se expidieron normas para el trámite de las solicitudes de préstamos para financiar las compras de acciones participaciones o derechos de propiedad de inversionistas extranjeros. (Sentencia de 13 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Actor: Julio Mario Santodomingo y otros. Expediente 4970). 268

17. (Inderena). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 0787 de 22 de junio de 1977 proferida por el gerente general del Inderena, "por la cual se veda la caza deportiva de mamiferos, aves y reptiles de la fauna". (Sentencia de 3 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez V. Actor: Alfonso Clavijo González y otros. Expedientes 2726 y 2732). 277

18. (Superintendencia de Industria y Comercio). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº 1559 de 23 de septiembre de 1977 expedida por el señor Superintendente de Industria y Comercio. (Sentencia de 22 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar con aclaración de voto del doctor Mario Enrique Pérez V. Actor: Central Oriente Ltda. Expediente 2855). 283

19. (DAS). Acción de plena jurisdicción contra el Acto Administrativo contenido en la providencia denominada Auto Nº 790 expedida por el Jefe del Das con fecha 17 de julio de 1974. (Sentencia de 9 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: David Aguilera Gómez y otros. Expediente 1765). 299

20. (ICCE). Acción de plena jurisdicción contra las resoluciones Nºmeros 1781 y 2092 de 1978 originadas de la Gerencia General del Instituto Colombiano de Construcciones Escolares Icce. (Sentencia de 9 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: José Manuel Diaz Granados. Cuaderno Expediente 0218). 306

21. (Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nºs 114, 171 y 247 de 1977 de la Sección de Catastro de Santander y la Nº 1243 de 1977 proferida por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi mediante el cual se avaluó el predio de la sociedad demandante. (Sentencia de 8 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Bavaria S. A. Expedientes 2777 y 10.473 con Salvamento de Voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado.

Páginas

Jorge Dangond Flórez. Alvaro Orejuela Gómez, Ignacio Reyes Posada y Jorge Valencia Arango). 311

22. (Departamento Administrativo de Areonáutica Civil). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 2450 de 19 de diciembre de 1974 expedida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. (Sentencia de 15 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. Avianca. Expediente 2698). 345

23. (Contraloría General de la República). Acción de nulidad contra el Auto contenido en el Oficio C.J. 00322 del 22 de febrero de 1978 que dirigió el Jefe de la Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República previa refrendación del Contralor General al Director del Ministerio de Guerra. (Sentencia de noviembre 5 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores. Expediente 2896. 357

24. (Caja Nacional de Previsión). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 0042 de 9 de febrero de 1970 por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión liquidó para el Instituto de Fomento Municipal un tiempo de servicio del actor en este proceso. (Sentencia de 9 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aideé Anzola Linares. Actor: Jaime Jaramillo Robledo. Expediente 2258). ... 363

25. (Universidad de Antioquia). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones Nºs 173 de 1974; 13 de 1975, y 637 del mismo año por medio de las cuales se reconoció el derecho a gozar de una pensión de jubilación. (Sentencia de 9 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Augusto Gilberto Ordóñez M. Expediente 2098). 367

26. (Departamento Nacional de Planeación). Acción de plena jurisdicción contra la decisión contenida en la Carta que el Departamento de Planeación por conducto de su jefe dirigió al doctor Cárdenas Giraldo bajo el Nº SJ-001 de enero 9 de 1975. (Sentencia de 10 de diciembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Camilo Cárdenas Giraldo. Expediente 3108). 375

CAPITULO CUARTO

SUSPENSIONES PROVISIONALES Y REVOCACIONES DE DECRETOS Y ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

1. (Junta Directiva de Colpuertos). Suspensión provisional de la frase o a su representante con responsabilidad solidaria contenida en el artículo 3º numerales 1, 2 y 3 y artículo 8º del Acuerdo 788 de 1979 de la Junta Directiva de Colpuertos, aprobado por el Decreto Eje-

Páginas

cutivo 853 de 1979. (Auto de 23 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Sustanciador doctor Jacobo Pérez Escobar. Actor: Ramiro Araujo Grau. Expediente 3121). 385

2. (Contraloría General de Antioquia). Suspensión provisional de la Resolución Nº 002130 de enero 27 de 1979 por medio de la cual se dictan normas de publicidad expedida por el Contralor General de Antioquia. (Auto de 26 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Sustanciador: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Actor: Corporación Americana de Periodistas. Expediente 3105). 390

3. (Dirección General de Impuestos Nacionales). Suspensión provisional del Concepto 18 de abril de 1978 proferido por la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales. (Auto de 23 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Sustanciador doctor Enrique Low Murtra. Expediente 6110). 397

4. (Decreto Reglamentario). Suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 1049 de 1974 en cuanto reformó los artículos 17 y 18 del Decreto 1004 de 1974 así como los artículos 19 y 20 del Decreto 1004 de 1974. (Auto de 25 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Nemesio Camacho Rodríguez. Expediente 3616). 403

5. (Dirección General de Impuestos Nacionales). Suspensión provisional del ordinal 4º literal b) de la Instrucción Nº 006 de 1979 de la Dirección General de Impuestos Nacionales Subdirección Jurídica. Sección Relatoría que dice: "4) No se tramitará la solicitud, cuando se presentan fotocopias del certificado de paz y salvo estén o nó autenticadas. (Auto de 18 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Sustanciador: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Actor: Vicente Amaya Mantilla. Expediente 6370). 406

6. (Junta Monetaria). Suspensión provisional de los artículos 12 y 13 de la Resolución 30 de 1979 expedida por la Junta Monetaria. (Auto de 18 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Sustanciador: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Rodrigo Noguera Laborde. Expediente 6381). 411

7. (Instituto de los Seguros Sociales). Suspensión provisional de la Resolución Nº 00281 de 19 de febrero de 1979 proferida por el Director General del Instituto de los Seguros Sociales. (Auto de octubre 17 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares. Actor: Fabio Fernández Betancur. Expediente 3758). 413

8. (Decreto Reglamentario). Suspensión provisional del término "líquida" que forma parte del texto del artículo 23 del Decreto Reglamentario número 1361 de 1976. (Auto de 23 de octubre de 1979. Sala

Páginas

de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Sustanciador doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: Policarpo Castillo. Expediente 6546). 416

9. (Superintendencia Bancaria). Suspensión provisional de la Circular Externa DB Nº 082 de 1979 expedida por la Superintendencia Bancaria. (Auto de 17 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Sustanciador: Doctor Jorge Dávila. Hernández. Actor: Bernardo Herrera Molina. Expediente 6349). 419

10. (Decreto Reglamentario). Suspensión provisional del articulo 7º del Decreto Reglamentario Nº 732 de 22 de abril de 1976 expedido por el Gobierno Nacional. Auto de 14 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Rodrigo Rojas Carrasquilla. Expediente 3723). 422

TITULO SEGUNDO

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

ACTOS DE AUTORIDADES DEPARTAMENTALES

1. (Caja Departamental de Previsión Social de Bolivar). Acción de Plena jurisdicción contra las Resoluciones Nºs 77 y 132 de mayo de 1977 y 78 y 357 de mayo de 1978 proferidas ambas por la Caja Departamental de Previsión Social de Bolivar. (Sentencia de noviembre 9 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente: Doctora Aydeé Anzola Linares. Actor: Luis Aníbal Cardona Restrepo. Expediente 3472). 427

2. (Distrito Especial de Bogotá. Secretaría de Gobierno). Acción de nulidad contra la Resolución Nº 03 de 22 de enero de 1975 de la Secretaría de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá, por la cual se autorizó a la Lotería de Bogotá para efectuar rifas durante los dias 15 y 30 de cada uno de los meses de 1975. (Sentencia de 10 octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez V. Actor: Hernando López Pinilla. Expediente 2883. Con salvamento de voto del doctor Carlos Galindo Pinilla). 431

CAPITULO SEGUNDO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. (Asamblea de Santander). Suspensión provisional de la ordenanza 039 de 11 de diciembre de 1978 de la Asamblea de Santander "por la

Páginas

cual se fija el impuesto de consumo a los licores nacionales que se elaboran o se introduzcan al departamento. (Auto de 17 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Actor: Pablo J. Cáceres Correales. Expediente 6190)..... 443

TITULO TERCERO

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DE LOS ALCALDES

1. (Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá). Acción de nulidad contra el Decreto Nº 334 del 3 de abril de 1974 proferido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá. (Sentencia de 23 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Personeria de Bogotá. Expediente 2965). 451

2. (Alcaldía Municipal de Pereira). Acción de nulidad contra el Decreto 337 de 18 de noviembre de 1977 emanada de la Alcaldía Municipal de Pereira por el medio del cual se clasifican y fijan horarios para el funcionamiento de griles, bares, cafes cantinas y demás establecimientos públicos donde se consuman bebidas alcohólicas (Sentencia de diciembre 3 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Actor: José Jesús Daza Ocampo y otros. Expediente 2991). 463

3. (Alcaldía de Barranquilla). Acción de nulidad contra el Decreto Nº 564 de 1977 originario de la Alcaldía de Barranquilla. (Sentencia de 13 de diciembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Pedro Claver Doria Durango. Expediente 3098). 469

CAPITULO SEGUNDO

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS

1. (Consejo Municipal de Cúcuta). Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 007 de 1978 expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta "por el cual se toman disposiciones sobre ventas ambulantes y estacionarias". (Sentencia de 31 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Actor: Simpeco y otros. Expediente 2950). ... 475

2. (Concejo Municipal de Condoto). Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 01 de 1975 por el cual el Concejo Municipal de Condoto creó la Contraloría Local. (Sentencia de 6 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Gorgonio Palacios Cuesta. Expediente 3137). 483

Páginas

CAPITULO TERCERO

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DEL ORDEN MUNICIPAL

1. (Concejo Municipal de Cali). Acción de nulidad contra el artículo 6º del Acuerdo Nº 19 de 1959 del Concejo de Cali. (Auto de 16 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Mutra. Actor: Sociedad Exportadora Interamericana S. A. Expediente 6192). 491

2. (Concejo Municipal del Espinal). Acción de nulidad contra el Acuerdo Nº 33 de 4 de septiembre de 1978 originario del Concejo Municipal del Espinal que establece una contribución para el funcionamiento del cuerpo de bomberos de la localidad, calculado con base en el impuesto predial urbano y rural. (Auto de 13 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sacción Cuarta. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Actor: Gonzalo Gómez Jaramillo. Expediente 6297). 494

CAPITULO CUARTO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

1. (Junta Administradora de las Empresas Públicas Municipales de Rio Sucio Caldas). Acción de nulidad contra las Resoluciones Nºs 014, de 20 de junio de 1977 y 021 de septiembre 3 de 1977 emanadas ambas de la Junta Administradora de las Empresas Públicas Municipales de Rio Sucio Caldas. (Sentencia de 9 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar. Actor: Héctor Emilio Hoyos Hoyos. Expediente 3026). 499

TITULO CUARTO

INDEMNIZACIONES

CAPITULO PRIMERO

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

1. Contrato Administrativo celebrado entre Edilberto Sánchez Díaz y el Ministerio de Obras Públicas y Transportes. (Sentencia de diciembre 13 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Edilberto Sánchez Diaz. Expediente 2903. Con salvamento de Voto del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo). 507

2. Contrato celebrado entre Julio César González A. y los Ferrocarriles Nacionales de Colombia para reparación de la carrilera entre los kilómetros 580 y 566 de la linea Atlántico, División Segunda Sección Santander. (Sentencia de agosto 9 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Julio César González A. Expediente 2317). 518

Páginas

3. Contrato celebrado entre Industrias Ivor y el Ministerio de Obras Públicas. Licitación y adjudicación. (Sentencia de septiembre 27 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Industrias Ivor. Expedientes 1813 y 1845 con salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango). 523

CAPITULO SEGUNDO

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

1. Responsabilidad extracontractual del Municipio de Medellín por razón de la mora en la indemnización dentro del juicio de expropiación adelantado por el Municipio de Medellín en el Juzgado Quinto Civil del Circuito en esta ciudad contra el demandante en este juicio. (Sentencia de 19 de julio de 1979. Sala de lo Contenciso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Juan E. Mesa Saldarriaga. Expediente 2267). 541

2. Responsabilidad extracontractual Instituto de los Seguros Sociales. (Auto de 27 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Bernardo Herrera Camacho. Expediente 2732). 576

3. Responsabilidad extracontractual de la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) por los perjuicios materiales y morales causados a la demandante por razón de la muerte violenta de su cónyuge. (Sentencia de noviembre 22 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Maria del Socorro Echeverry Vda. de Cárdenas. Expedientes 2155). 579

TITULO V

CAPITULO UNICO

JUICIOS ELECTORALES

1. Nulidad de la elección de las comisiones constitucionales permanentes de la Cámara de Representantes realizada por esa Corporación el día 1º de agosto de 1978 en la forma como consta en el acta correspondiente a la sección de esa fecha publicada en Anales del Congreso correspondiente al 9 de los mismos. (Sentencia de 2 de julio de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Actor: Gilberto Vieira y otros. Expediente 499). 499

2. Nulidad de la elección que hizo el Consejo de Chimichagua en sucesión de 4 de noviembre de 1978 para proveer los cargos de personero, tesorero y contralor municipales para el periodo de 1º de enero al 31 de diciembre de 1979. (Sentencia de 23 de agosto de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez Velasco. Actor: Alvaro Lima Cubillos. Expediente 535). 623

Páginas

3. Elección de Alberto Santofimio Botero como senador de la República por la circunscripción electoral del Tolima para el periodo constitucional de 1978 a 1982. (Se negaron las súplicas de la demanda). (Sentencia de 11 de septiembre de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Igancio Reyes Posada. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya. Expediente 435. Con Aclaración de Voto del doctor Enrique Low Murtra). 626

4. Elección Procurador General de la Nación. (Sentencia de septiembre 11 de 1979. Sala de Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Jorge Dangond Flórez. Actor: Armando Yepes Garcés. Expediente 508 y 516. Con salvamento de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo y aclaración de voto del doctor Bernardo Ortiz Amaya y doctor Alfonso Angel de la Torre). 639

5. Nulidad de la elección hecha por la Asamblea Departamental del Cauca en cabeza del señor Genry Otoniel Holguín como Contralor Auxiliar de ese Departamento. (Sentencia de 20 de noviembre de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: María Cecilia Baldrich. Expediente 536. Con salvamento de voto del Consejero doctor Jorge Dangond Flórez y Aclaración de Voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo). 660

6. Elección Viceprocuraduría. Creación legal. (Sentencia de 16 de octubre de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Pedro Pablo Cadena Farfán. Expediente 519. Con salvamento de votos de los doctores Alfonso Arango Henao, Carlos Betancur Jaramillo, Samuel Buitrago Hurtado, Carlos Galindo Pinilla, Bernardo Ortiz Amaya, Mario Enrique Pérez Velasco y Jacobo Pérez Escobar). 670

7. Elección del Alcalde de Montería. Apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba. (Auto de 12 de diciembre de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Actor: Francisco de la Hoz. Expediente 580. Con salvamento de voto de los consejeros doctores Jorge Dávila Hernández, Carlos Betancur Jaramillo y Enrique Low Murtra). 695

8. Electorales. Necesidades de citar a la persona cuya elección se impugna. (Auto de diciembre 17 de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Saúl Pareja Ganz. Expediente 552). 703

TITULO VI

REVISION DE IMPUESTOS

CAPITULO PRIMERO

APELACIONES

1. (Impuesto de Renta). Apelación de la sentencia de 19 de enero de 1977 del Tribunal de Cundinamarca en que se demandó la operación

Páginas

administrativa de determinación del impuesto sobre la renta y complementarios. (Sentencia de 12 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Actor: Eternit Colombiana S. A. Expediente 4402). (Con aclaración de voto de los Consejeros doctores Bernardo Ortiz Amaya y Jorge Dávila Hernández). 709

2. (Impuesto de Renta). Apelación de la sentencia del Tribunal del Quindio sobre impuesto de renta por el año de 1970. (Sentencia de 9 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: doctor Enrique Low Murtra. Actor: Braulio Londoño Vélez. Expediente 3808). (Con aclaración de voto del doctor Bernardo Ortiz Amaya). 718

3. (Impuesto de Renta y Complementarios). Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre el impuesto de renta por el año de 1967. (Sentencia de 23 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Héctor Gómez P. Expediente 6395). 732

4. (Impuesto de Renta). Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto de renta por el año de 1971. (Sentencia de 30 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: General Electric de Colombia S. A. Expediente 4413). 735

5. (Impuesto a las Ventas). Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto a las ventas. (Sentencia de 6 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Sears Roebuck de Bogotá S. A. Expediente 4301). 743

CAPITULO SEGUNDO

CONSULTAS

1. (Impuesto de Renta). Consulta de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuestos de renta por el año de 1972. (Sentencia de 19 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Empresa Metalúrgica Colombiana S. A. Expediente 6106). 753

2. (Impuesto de Renta). Consulta de la sentencia del Tribunal del Valle sobre impuesto de renta por el año de 1973. (Sentencia de agosto 16 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Bernardo Antonio Cortés Tabares. Expediente 6208). 763

3. (Impuesto de Renta). Consulta de la sentencia del Tribunal del Tolima sobre impuesto de renta por el año de 1973. (Sentencia de 2 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Compañía Automotora del Tolima Ltda. y S.C.S. Expediente 6176). 770

Páginas

4. (Impuesto de Renta). Consulta de la sentencia del Tribunal del Magdalena sobre impuesto de renta por el año de 1970. (Sentencia de 9 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Alvaro Garrido Gómez. Expediente 6199). 777

5. (Impuesto de renta). Consulta de la sentencia del 22 de marzo de 1979 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca sobre revisión de la liquidación de impuestos sobre la renta y complementarios por el año fiscal de 1971. (Sentencia de 23 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández. Actor: Sociedad Seguridad Patrol de Colombia Ltda. Expediente 6156). 781

6. (Impuesto de Renta). Consulta de la sentencia del Tribunal de Boyacá sobre impuesto de renta por el año de 1972. (Sentencia de 23 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Mutra. Actor: Berenice Casteblanco de Meléndez. Expediente 6158). 783

7. (Impuesto de Renta). Consulta de la sentencia del Tribunal del Meta sobre impuesto de renta y complementarios de 1972. (Sentencia de 8 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Moreno y Gnecco Limitada. Expediente 6419). 787

8. (Impuesto a las Ventas). Consulta de la sentencia de 27 de marzo de 1979 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca sobre la revisión de liquidación de impuesto a las ventas. (Sentencia de 13 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Actor: Cartón de Colombia S. A. Expediente 6161). 790

9. (Impuesto de Renta). Consulta de la sentencia de 18 de junio de 1979 del Tribunal Administrativo de Antioquia sobre impuesto de renta año gravable 1979. (Sentencia de 27 de septiembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Alfonso Angel de la Torre. Actor: Owens Illinois. Inciso, Con Salvamento de Voto del doctor Enrique Low Murtra. Expediente 6372). 795

10. (Impuesto de Renta). Consulta de la sentencia del Tribunal de Santander sobre impuesto de renta por el año de 1972. (Sentencia de 8 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Roberto Moreno Vargas. Expediente 6483). 806

11. (Impuesto de Renta). Consulta de la sentencia del Tribunal de Risaralda sobre impuesto de Renta por el año de 1975. (Sentencia de 15 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente: Doctor Enrique Low Murtra. Actor: Líneas Pereiranas S. A. Expediente 6510). 810

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Páginas

TITULO VII

CUESTIONES PROCESALES

1. Efectos de la ley procesal en el tiempo. Jurisprudencia de la Corporación. (Auto de 10 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Doctor Samuel Buitrago Hurtado. Actor: Leonardo Uribe Correa. Expediente 3366). 817

2. Apelación y Súplica, procedencia en juicios contencioso administrativos. (Auto de 26 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Fernando Cadavid Mazuera. Expediente 2730). (Con salvamento de voto del Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo). 823

3. Acción de nulidad. Procedencia contra actos de contenido particular. (Auto de agosto 20 de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Doctor Carlos Galindo Pinilla. Actor: Alvaro Escobar Henriquez. Expediente 3051). 830

4. Suspensión de un empleado por solicitud de autoridades penales. (Auto de 16 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: doctor Ignacio Reyes Posada. Actor: Victor Manuel Rojas G. Expediente 3474). 835

5. Impedimentos. (Auto de 1 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Oswaldo Abello Noguera. Actor: María Luzmila Orozco Vda. de Ríos y otros. Expediente 2605). 838

6. Caducidad de la acción como causal de nulidad asimilada a la incompetencia. (Auto de 31 de agosto de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor: Oswaldo Abello Noguera. Actor: Ana Fausta de Moncaleano. Expediente 2393). 841

7. Nulidades Procesales. Las normas sobre ellas son de interpretación restrictiva. (Auto de 11 de octubre de 1979. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez. Actor: Leonor Castro de Reyes. Expediente 10.315. Con salvamento de voto de los Consejeros doctores Carlos Betancur Jaramillo y Jacobo Pérez Escobar). 843

8. Acumulación de Pretensiones. (Auto de 11 de octubre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Melania Quintero de Alvarez. Expediente 2786). 850

9. Delegación de Funciones. (Auto de 6 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Consejero ponente: Doctor Mario Enrique Pérez V. Actor: Miguel Angel Laverde. G. Expediente 3183). 855

10. Intervención de Terceros. (Auto de 9 de noviembre de 1979. Sala de lo Contencioso Administrtaivo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Su Casa Ltda. Expediente 2780). 857