

Anales del Consejo de Estado

Relator y Director de los Anales,

RAMON ROSALES

AÑO XXV—TOMO LI Nos. 329 A 334—BOGOTÁ, JULIO A DICIEMBRE DE 1943

Tarifas de servicios públicos.-Revisión.

Ponente: doctor Anibal Badel.

Consejo de Estado—Bogotá, primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Por medio del Acuerdo número 32 de 1941, el Consejo Municipal de Bogotá fijó las tarifas del servicio de la Empresa de Teléfonos del Municipio, así:

Primera clase, \$ 10 mensuales. En ésta quedaron incluidos, entre muchas categorías de suscriptores, los teléfonos oficiales.

Segunda clase, \$ 5 mensuales, para líneas directas de suscriptores no comprendidos en las clases primera y tercera.

Tercera clase, \$ 4 mensuales, para líneas directas a residencias, escuelas primarias, casas de beneficencia, sindicatos y federaciones de obreros y talleres familiares que no tengan más de cinco obreros a su servicio.

Posteriormente fue dictado el Acuerdo número 13 de 1942, que en lo sustancial dice:

“Artículo 1º Aclárase el artículo 1º del Acuerdo número 32 de 1941, en el sentido de que el Municipio de Bogotá está comprendido en la tercera clase de la tarifa.

“Artículo 2º Este Acuerdo, que se limita a declarar (sic) el sentido del Acuerdo número 32 de 1941, se entiende incorporado en éste”.

El acto así concebido, tendiente a determinar que el Municipio de Bogotá pague por cada aparato telefónico a su servicio \$ 4, en vez de \$ 10, como lo establece la tarifa del Acuerdo número 32, fue sometido

a la aprobación del Ministerio de la Economía Nacional y éste profirió la Resolución número 30 de 1942, negándosela, por motivos de equidad y por estar en pugna con la Resolución número 67 de 1941, del mismo Ministerio, que había aprobado la mencionada tarifa.

Así las cosas, el doctor Gerardo Molina, en su carácter de Personero Municipal de Bogotá, demandó ante el Consejo de Estado, en escrito presentado el 17 de agosto de 1942, la declaración de nulidad de la mencionada Resolución número 30, del Ministerio de la Economía Nacional, y solicitó, a la vez, la suspensión provisional de ella, cosa ésta que le fue negada por el Consejero sustanciador.

Surtidos los trámites correspondientes a esta clase de juicios y oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, se procede a decirlo mediante las siguientes consideraciones:

El demandante cita como violadas las siguientes disposiciones: artículos 28 y 38 —inciso final—, 182 y 196 de la Codificación Constitucional; artículo 6º de la Ley 54 de 1927; artículo 24 de la Ley 126 de 1938; artículos 169 —numeral 11—, 180 y 198 del Código Político y Municipal; y artículos 6º y 7º —numeral 1º— de la Ley 72 de 1926. Y hace un cuidadoso análisis de orden jurídico tendiente a demostrar las razones de su aserto. Corresponde, pues, al Consejo examinar el acto acusado en sus relaciones con los preceptos en referencia, a fin de establecer si existen las violaciones de que trata la demanda, o si, por el contrario, aquél armoniza con éstos o al menos no los quebranta.

La Resolución demandada, que recibió aprobación del señor Presidente de la República, dice en su parte final:

“En mérito de las consideraciones anteriores, y con base en lo dispuesto en la Ley 126 de 1938 y su decreto reglamentario número 354 de 1939, el Ministerio de la Economía Nacional

“RESUELVE:

“Negar su aprobación a la rebaja de tarifas que contiene el Acuerdo número 13 de 1942, expedido por el Concejo Municipal de Bogotá”.

Aunque el Acuerdo en cuestión habla de que se limita a *declarar* el sentido del Acuerdo número 32 de 1941, es lo cierto que su contenido no está, sino el de una rebaja en la tarifa del servicio de teléfonos para los del servicio del Municipio, como con razón lo califica el Ministerio, y como lo reconoce el propio actor en la parte petitoria de la demanda.

Estudiadas las normas cuya violación acusa el demandante, resulta:

El Estado tiene facultad, conforme a la Constitución, para intervenir por medio de leyes en la explotación de las industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza, y también está facultada la ley para ordenar la revisión y la fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes y conducciones y demás servicios públicos.

Puede ser que, como lo anota el demandante, lo relativo a la revisión y fiscalización de las tarifas no esté comprendido en el artículo 28 de la Constitución; pero no hay duda de que el 38 sí contiene claramente la facultad legal de intervención con respecto a todos los servicios públicos, entre los cuales —sobra decirlo— se cuenta el de teléfonos.

Pero el Consejo difiere del parecer del demandante en el concepto de que el artículo 24 de la Ley 126 de 1938 tiene como fundamento el artículo 28 de la Codificación Constitucional: no, aquella disposición tanto en la forma como en el fondo, se refiere precisamente al artículo

El artículo 28, según se ha visto, hace relación en general a las empresas públicas y privadas, para racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza, en tanto que el 38 habla específicamente de la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos. De suerte que el mandato del párrafo del artículo 24 de la Ley 126 de 1938, armoniza con esta última norma constitucional, al decir que las empresas de producción, conducción y distribución de energía eléctrica, las de teléfonos y las de acueductos, destinadas a prestar servicios públicos, quedan sometidas al control del Gobierno Nacional, el cual ejercerá las funciones de fiscalización e inspección técnica y económica que considere necesarias para garantizar una correcta prestación de los servicios. Y no podrá decirse que lo concerniente a las tarifas no está comprendido aquí, porque pocos factores son los que como la tasa de los servicios tiene tan estrecha relación con la economía de una empresa de servicios públicos. De modo que la ley, en uso de la atribución constitucional, quiso ejercer el control, fiscalización e inspección de tales empresas, por medio del Gobierno, y éste, a su turno, en el caso de autos, negó su aprobación a la rebaja que entraña el Acuerdo número 13, por considerar, entre otras cosas, que dentro de una sana economía, y tratándose de servicios públicos, debe prevalecer el criterio de la generalidad de las tarifas para los distintos grupos de suscriptores, separados con clara intención de justicia, pues estimó que no sería equitativo que los teléfonos oficiales de la entidad municipal no continuaran catalogados dentro del grupo de los teléfonos oficiales de todas las entidades públicas. Para algo se hizo la división en tres clases. Y salta a la vista que la tercera, la de las residencias privadas, escuelas primarias, casas de beneficencia, etc., no puede equipararse económicamente a la Nación, al Departamento ni al Municipio.

Es evidente que el artículo 6º de la Ley 54 de 1927, al dar al Gobierno la facultad de contratar con las entidades departamentales y municipales la conexión de líneas telefónicas y dictar reglamentos que aseguren el correcto funcionamiento de este servicio y el de telégrafos, dijo que tal facultad no se refería en modo alguno a las tarifas fijadas por los Departamentos y los Municipios; pero, como con razón lo anota el señor Fiscal, no lo es menos que la disposición posterior contenida en el artículo 24 de la Ley 126 de 1938 confirió expresamente al Gobierno la facultad de fiscalizar e inspeccionar técnica y económicamente, entre otras empresas, las de teléfonos.

Observa la demanda que si el legislador hubiera querido someter las tarifas de las empresas de teléfonos a la aprobación del Gobierno, en uso de la facultad conferida por el artículo 38 de la Carta, habría incluido tales empresas en el artículo 2º de la Ley 109 de 1936, como las incluyó en el artículo 24 de la Ley 126 de 1938, o lo habría dispuesto por medio de cualquiera otra ley. En primer lugar, la Ley 109 se refirió exclusivamente a las empresas que aprovechan aguas de uso público o que ocupan bienes de uso público para acueductos o conducción de energía eléctrica, no a empresas de servicio público en general; y en segundo término, o no tuvo en mientes las empresas telefónicas, o no estimó necesario incluirlas entonces en la fiscalización. Pero nada de eso se opone a que, como lo hizo por medio del artículo 24 de la Ley 126 de 1938, al tratar de empresas de servicio público en general, pudiera disponer la fiscalización de las tarifas de las empresas de teléfonos.

Es cierto igualmente que los bienes y rentas de los Departamentos y de los Municipios son propiedad exclusiva de cada uno de ellos respectivamente, que gozan de las mismas garantías de que gozan las propie-

dades y rentas de los particulares, y no podrán ser ocupados sino en los mismos términos en que lo sea la propiedad privada. Lo que significa que la Constitución les dispensa a aquéllos el mismo tratamiento, activa y pasivamente, que a los bienes de los particulares. Mas, sin embargo, este principio no se quebranta con la resolución materia de la demanda, dirigida como está al control y fiscalización autorizados por el constituyente y el legislador con relación a un servicio público.

Qué de conformidad con el artículo 196 de la Codificación Constitucional los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial (competente, se entiende)? Si. Pero es necesario dilucidar el punto. Claro está que aquí no se trata, porque no es cuestión *sub judice*, de examinar si el Acuerdo número 13 de 1942 es contrario a la Constitución o a la ley, el reglamento ejecutivo, ordenanza o reglamento del Gobernador, motivos de acusación todos ellos contra los actos de los Concejos. Se trata es de saber si la rebaja que dicho Acuerdo contiene en favor de una sola de las entidades oficiales comprendidas en el punto f) de la primera clase de las en que están divididos los suscriptores de teléfonos en el Acuerdo número 32 de 1941, podía ser revisada, controlada y fiscalizada por el Gobierno, a efecto de impartirle o no su aprobación. Y ya está demostrado que sí podía serlo, en cumplimiento de los artículos 38 de la Constitución y 24 de la Ley 126 de 1938. Es que hay actos administrativos que no pueden surtir sus efectos sino mediante ciertas formalidades prescritas por normas superiores, y tal es lo que sucede con el Acuerdo en cuestión: que por referirse a una rebaja en la tarifa requería la aprobación del Gobierno, que la empresa respectiva la solicitó, por lo mismo, y que el Gobierno la negó.

Entre los motivos que tuvo el Gobierno para obrar así, no se refiere con especialidad al puramente económico; pero es lo cierto que las consecuencias de la no aprobación sí se relacionan estrechamente con ese factor. Porque no obstante ser la Empresa de Teléfonos de Bogotá propiedad del Municipio, cuenta con patrimonio propio, vale decir autónomo, como se ve del Acuerdo número 33 de 1941, por el cual se aprueba el presupuesto de sus ingresos y egresos y se da una autorización. De manera que sus finanzas y economía son separadas de las del Municipio en sí, aunque las resultas de sus operaciones aprovechen o afecten al Municipio mismo a su debido tiempo.

Sería, pues, inconveniente, contrario a la economía de la empresa, e iría en detrimento del servicio público la aprobación de una rebaja en las tarifas, tanto más si ella quebranta las normas de la generalidad y la equidad, tenidas en cuenta por la Resolución acusada. Lo anterior pone de manifiesto que este acto del Gobierno sí está en plena armonía con los propósitos de la Ley 126 de 1938.

Por lo demás, si con las tarifas vigentes la empresa obtiene utilidades, éstas irán a las cajas de su dueño, el Municipio, pero después de que los dineros por él pagados en razón de los servicios telefónicos de que disfruta, hayan cumplido una misión económica en pro de un servicio de la comunidad, que debe ser lo menos deficiente que sea posible.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que el acto acusado no es violatorio tampoco de los demás preceptos citados en la demanda, a saber: Código Político y Municipal, artículos 169, 180 y 198, y Ley 72 de 1926, artículos 6º y 7º, disposiciones éstas que regulan las atribuciones de los Concejos, establecen la calidad de obligatorios de sus acuerdos, señalan las garantías y limitaciones de que gozan los bienes municipales, establecen la libertad de organización de las rentas del Municipio de Bogotá y le dan a éste otras facultades. Porque todas

esas disposiciones fueron modificadas por la Ley 126 de 1938 en el sentido que se deja expuesto.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, niega las peticiones formuladas por el señor Personero Municipal de Bogotá en el libelo materia de este fallo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Anibal Badel, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carreño Mallarino.—Luis E. García V., Secretario.

Contratos.-Competencia para revisarlos.

Ponente: doctor Aníbal Badel.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

El señor Gobernador del Departamento de Nariño llevó al Tribunal Administrativo, para su revisión, el contrato celebrado por él en su carácter de Presidente de la Junta Departamental de Beneficencia de Nariño, con el Gerente de la Sociedad Interdepartamental, S. A., sobre administración de la Lotería de Beneficencia de Nariño. Pero el Tribunal, en providencia de fecha 10 de septiembre último, se declaró inhibido para acometer la revisión, en consideración a que el Gobernador no actuó como tal y en representación del Departamento propiamente dicho, sino como Presidente de una Junta relativamente autónoma y en representación de ella.

De dicha providencia apeló el señor Fiscal del Tribunal Superior y el recurso le fue concedido para ante esta corporación.

El Código Contencioso Administrativo no atribuyó al Consejo de Estado competencia para revisar en ninguna instancia los contratos celebrados por los Gobernadores y Alcaldes en representación de las respectivas entidades departamentales y municipales, ni estableció el recurso de apelación ni la formalidad de la consulta de las providencias por las cuales los Tribunales Administrativos deciden sobre conformidad o inconformidad de esos contratos con las autorizaciones otorgadas a tales funcionarios por las ordenanzas y los acuerdos, o se abstienen de hacer la revisión por considerarla improcedente o por falta de competencia.

Como lo dice el artículo 32 del Código citado, la función de revisar los contratos y demás actos de la Administración allí enumerados es del orden netamente administrativo, complementaria del acto de la Administración de que se trate y no está sujeta al recurso de apelación ni a la formalidad de la consulta.

Ahora, si ni siquiera se trata de contratos celebrados por los Gobernadores y Alcaldes en ejercicio de sus funciones de tales, es decir, en representación de los Departamentos o los Municipios, sino en representación de otras entidades cuyos estatutos se la atribuyen, como lo sostuvo el Tribunal en el caso concreto de autos, sería más notoria la incompetencia del Consejo de Estado para revisar la providencia recurrida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado se declara también inhibido para decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Pasto en el presente negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Guillermo Peñaranda Arenas, Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Empleados administrativos.-Período de duración.

Ponente: doctor Aníbal Badel.

Consejo de Estado—Bogotá, diez y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Por Decreto número 101, de fecha 30 de abril del corriente año, el Alcalde de Cúcuta nombró al señor Luis Ernesto Cáceres Gerente de las Empresas Públicas Municipales, en remplazo del señor Manuel Alberto Durán, quien había sido nombrado por Decreto número 80, de fecha 3 de los mismos, y tomó posesión del cargo el día 5.

Tal Decreto de remoción del señor Durán fue acusado de nulidad por el doctor José María Vesga Villamizar, en su carácter de apoderado especial del empleado removido, ante el Tribunal Administrativo del Departamento, en libelo presentado el 5 de mayo siguiente, en el que pidió, además, que como consecuencia de la nulidad se ordenara el restablecimiento del derecho, o sea la restitución del señor Durán al empleo de Gerente de las Empresas y el pago de los sueldos dejados de devengar por causa de la destitución.

Admitida la demanda y surtida la tramitación que el Tribunal consideró adecuada, se puso término a la primera instancia con la sentencia de fecha 16 de junio del año en curso, por la cual se declaró nulo el Decreto acusado y se ordenó pagar al demandante el sueldo que dejó de devengar hasta el día 19 de mayo, fecha en que fue suspendido el Acuerdo número 45 de 1942, que fijó el período del Gerente de las Empresas, y su restitución al empleo por el resto del período, en el caso de no ser anulado el mismo Acuerdo. Pues que en el mismo Tribunal cursaba un juicio sobre nulidad de dicho Acuerdo, juicio en el cual este acto había sido suspendido provisionalmente.

De la sentencia apeló el señor Fiscal del Tribunal, y en esta virtud procede el Consejo a decidir el negocio en segunda instancia, agotada como está la sustanciación del recurso.

El fundamento de derecho de la demanda es, en síntesis, el de que el señor Durán fue nombrado Gerente de las Empresas Públicas Municipales de Cúcuta para un período de dos años, fijado por el referido Acuerdo 45 y no podía, por tanto, ser removido sin justa causa antes de cumplir ese período, porque el Alcalde no tiene facultad para remover libremente sino a los empleados subalternos de su propia oficina y porque el Acuerdo número 45 citado obliga, como todos los acuerdos, mientras no sea suspendido por la autoridad competente.

Mas ocurre que, de conformidad con el artículo 282 del Código de Régimen Político y Municipal, “la determinación del período de duración de un empleado (administrativo) no coarta en nada la facultad de removerlo, si se le ha conferido especial y expresamente a alguna autoridad”; que el artículo 2º de la Ley 72 de 1926 facultó expresamente al Alcalde de Bogotá para nombrar y separar libremente sus agentes; que según el artículo 3º del Decreto 47 de 1927, reglamentario de la

citada Ley 72, se entienden por agentes del Alcalde todos los empleados que constituyen el tren municipal, con las solas excepciones de Personero, Tesorero y Jueces Municipales; y que lo que se dice del Concejo y del Alcalde de Bogotá en la Ley 72 se entiende dicho de los de los Municipios capitales de Departamento, como Cúcuta, por virtud de la Ley 89 de 1936.

De tal suerte que la remoción del señor Durán no entraña propiamente una violación del Acuerdo número 45, sino el ejercicio de una facultad conferida por una norma superior, como es la del artículo 2º de la Ley 72, en relación con el 282 del Código Político y Municipal, aun en contra de la misma Ley, que es la primera en determinar los periodos de los empleados públicos de todos los órdenes, nacional, departamental y Municipal, como lo hace en el Capítulo III del Título VIII del Código Político y Municipal.

El Tribunal no tuvo en cuenta la atribución de los Alcaldes de Bogotá y demás capitales de Departamento de remover libremente sus agentes, conferida en las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, y de ahí que llegara a la conclusión de que debía estarse al Acuerdo número 45 del Municipio de Cúcuta. Y el señor Fiscal del Consejo, que si tuvo en cuenta aquella atribución, fue de concepto que no puede anularse el Decreto acusado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, revoca la sentencia apelada y, en su lugar, niega las peticiones formuladas por el apoderado del señor Manuel Alberto Durán en el libelo de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

Anibal Badel, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Prescripción del recurso contencioso.

Ponente: doctor Aníbal Badel.

Consejo de Estado—Bogotá, primero de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

El doctor Max. Galvis, en su carácter de apoderado especial del señor Victor Herrera Jaramillo y por escrito de fecha 22 de julio del año en curso, presentado en la Secretaría en la misma fecha, formuló ante el Consejo una demanda en los siguientes términos:

“Me presento respetuosamente ante ustedes en ejercicio del poder que me ha conferido el señor Victor Herrera Jaramillo, a demandar la nulidad de la Resolución número 1050, de 30 de junio de 1942, proferida por el Ministerio de Educación, en cuanto es violatoria de ley expresa y de otras normas superiores, todo de conformidad con el mandato que presento y que atentamente pido me sea reconocido”.

Desde luego es de anotarse que el contenido de la providencia acusada en el párrafo transcrito no es otro que la negativa de la reposición de la principal, como se lee en el texto de su parte dispositiva, que es como sigue:

“En virtud de las anteriores consideraciones, el Ministro de Educación Nacional *no accede a reponer* la Resolución número 358, de 27 de abril de 1942”....

De ahí que el señor Fiscal haya invocado en su vista de fondo la jurisprudencia del Consejo, de que “cuando para poner fin a una actuación administrativa recaen dos providencias sobre el mismo asunto, confirmatoria la segunda de la primera y ambas adversas a la solicitud del respectivo interesado, contra ambas debe dirigirse el recurso contencioso-administrativo”

Ahora bien: si siquiera se hubiera acusado la resolución principal en lugar de la secundaria, acaso pudiera alegarse que eso bastaba, porque la accesoria no modificó la situación creada por aquélla, toda vez que se limitó a negar su reposición, sin resolver nada nuevo ni distinto de lo resuelto en la primera providencia, y puesto que, anulada ésta, la sola negativa de su reposición no surtiría efecto alguno. Pero no: se acusó justamente aquélla cuya anulación sería perfectamente baldía porque quedaría en pie la situación creada por la principal.

Y no es este solo el defecto de la demanda: el señor Fiscal anota también en su vista la circunstancia de haber sido interpuesta extemporáneamente, en la forma siguiente:

“Por otra parte, el acto acusado, en cuanto se limita a negar una licencia, es de aquellos que definen una situación jurídica concreta e individual y por su propia naturaleza no vulneran el orden jurídico objetivo, sino el derecho subjetivo de las personas a que se refieren. Por lo tanto, contra él no existe la

acción de nulidad que se otorga en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo en el interés de la ley, sino la acción contenciosa de anulación otorgada por el 67 en defensa de los derechos particulares establecidos o reconocidos por normas de carácter civil o administrativo, acción que de conformidad con la última parte del artículo 83 prescribe por regla general al cabo de cuatro meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto”.

En efecto, el día de la presentación de la demanda (22 de julio de 1943), habían transcurrido 10 meses y 17 días, contados a partir del 5 de septiembre de 1942, fecha de la publicación en el *Diario Oficial* de la resolución acusada; ésta constituye “un acto de carácter particular”, como dice el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, inciso segundo; y el recurso contencioso-administrativo contra esta clase de actos sólo es procedente dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación, notificación o ejecución del acto, al tenor del inciso tercero del artículo 83 *ibidem*.

Podría argüirse que la acción que no es procedente en cualquier tiempo, según el inciso tercero del artículo 83, es sólo la de restablecimiento del derecho violado, “la encaminada a obtener reparación por lesión de derechos particulares”, como allí se dice, toda vez que el derecho de pedir la anulación únicamente, antes que negarse a los interesados o perjudicados con los actos de carácter particular, es reconocido expresamente por el artículo 67, al decir que “la persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho”. A lo cual se agrega que en el caso de autos ni siquiera se demandó el restablecimiento del derecho, quizá precisamente porque el demandante considerara que esta acción sí estaba prescrita.

Empero, en los casos de actos de carácter particular la sola declaración de nulidad sería sencillamente inocua, esto es, no produciría efecto alguno, puesto que no acarrearía para el interesado el recurso para reclamar el restablecimiento del derecho conculcado, ante la misma autoridad administrativa que se lo desconoció, como ocurría antes del establecimiento del recurso de plena jurisdicción por la Ley 80 de 1935. Puesto que el funcionario respectivo debería contestarle que la disposición sobre este particular está reservada hoy a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y que si la acción había prescrito para ante esta jurisdicción también había prescrito para ante el funcionario administrativo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, niega la demanda de nulidad formulada por el doctor Max. Galvis en el libelo de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Aníbal Badel, Carlos Rivadeneira G., Guillermo Peñaranda Arenas, Gabriel Carreño Mallarino, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos municipales. - Aforos.

Ponente: doctor Aníbal Badel.

Consejo de Estado—Bogotá, siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

La Cámara de Comercio de Tunja aprobó en su sesión del 22 de mayo de 1940 una proposición que dice:

“Autorízase al Vocal Secretario, señor José J. Serrano, para que a su juicio, por sí propio o constituyendo poder, adelante las diligencias del caso en el sentido de obtener, por considerarse ilegal, en primer lugar, para que se suspenda el cobro del actual impuesto a los almacenes de la ciudad, en segundo lugar, para obtener la nulidad de la resolución respectiva de la Junta de Aforos, y en tercer lugar, para que se devuelvan las sumas percibidas por este concepto ilegalmente”.

En ejercicio de tal autorización, el señor Juan José Serrano confirió poder especial al doctor Ulises Rojas, ante el Tribunal Administrativo de Tunja, para que en su nombre “y en ejercicio de la acción pública que la ley concede a todo ciudadano”, demandara la nulidad del acta de aforos que establece un impuesto municipal para el año de 1940 al comercio de la ciudad de Tunja, que lleva fecha 13 de abril de 1940; y en seguida el doctor Rojas formuló demanda ante el citado Tribunal, en libelo de fecha 14 de junio siguiente, en estos términos:

“Yo Ulises Rojas, vecino de Tunja, abogado titulado e inscrito, en ejercicio del poder que se me ha conferido por el señor don Juan José Serrano en su condición de Vocal Secretario de la Cámara de Comercio de esta misma ciudad, debidamente autorizado por dicha institución, y en mi propio nombre como ciudadano colombiano, haciendo uso de la acción pública que la ley consagra, demando por ilegal, ante el honorable Tribunal, la nulidad del acta de aforos que determina la cantidad de impuesto que debe pagar la industria y el comercio de la ciudad de Tunja en el año fiscal de 1940 y que lleva fecha 13 de abril de 1940. Pido asimismo que se decrete la suspensión provisional de los aforos que demando para evitar perjuicios notoriamente graves, consistentes en el quebrantamiento de claras normas jurídicas, como se verá en el curso de esta demanda, y en evidentes perjuicios ocasionados a la industria y al comercio de Tunja”.

El Tribunal admitió la demanda, y una vez agotada la tramitación de la instancia le puso término con la sentencia de fecha 7 de mayo de 1941, mediante la cual declaró la nulidad del acto acusado.

De este fallo apeló el señor Personero Municipal de Tunja, y en esta virtud corresponde ahora al Consejo de Estado la decisión del negocio en segunda instancia.

Lo primero que debe tenerse presente es que la acción fue promovida durante la vigencia de la legislación anterior a la Ley 167 de 1941, sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, y que ella es la aplicable, por lo mismo, al presente negocio, de conformidad con el artículo 283 del nuevo Código.

Ahora bien: la llamada acta de aforos de impuestos municipales no es un acto de carácter general o creador de situaciones abstractas, de los que podían acusarse en acción pública según la legislación abrogada, sino un acto de carácter particular o creador de situación jurídica concreta e individual, de los que sólo podían acusarse por las personas lesionadas con ellos. Más aún: es uno de los actos a que se refiere el artículo 90 de la Ley 130 de 1913, en los siguientes términos:

“La persona a quien se exija un impuesto departamental o municipal que crea no debe serle exigido, o se le liquide de manera que él juzgue incorrecta, puede ocurrir al Tribunal Seccional Administrativo correspondiente para que se revise la resolución del Recaudador”.

Basta leer el texto de la llamada acta de aforos a que se contrajo la demanda, para concluir que es un acto creador de situaciones concretas e individuales, aunque de muchas personas a la vez. Es un acto por el cual se fijó la cuantía del impuesto que corresponde a cada una de las personas naturales y jurídicas por concepto del gravamen de industria y comercio, según la categoría del establecimiento de cada una.

Por tanto, ni la Cámara de Comercio de Tunja, ni el Vocal Secretario señor Serrano, ni el doctor Ulises Rojas podían acusar el acto en acción pública ni asumir la representación oficiosa de las personas afectadas particularmente con el aforo.

El señor Fiscal del Consejo halló, en primer término, que el acta de aforos no es documento que ponga fin a una actuación administrativa, porque no aparece aprobada por el Concejo Municipal de Tunja, según la reglamentación que de tal actuación hace una ordenanza de Boyacá, y concluye con la tesis de la improcedencia de la acción pública, en estos términos:

“Si el Municipio de Tunja está cobrando los impuestos en virtud de los aforos consignados en el acta en litigio, está cometiendo una irregularidad que puede ser materia de estudio en la acción privada que cada contribuyente intentara contra la respectiva resolución del Recaudador, pero que en manera alguna significa que lo demandado sea un acto que cause ejecutoria”.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en el fondo con el concepto del señor Fiscal, revoca la sentencia apelada y, en su lugar, niega las peticiones formuladas por el doctor Ulises Rojas en el libelo de que se ha hecho mérito.

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

Anibal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G., Guillermo Peñaranda Arenas, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Pensiones militares.-Suboficiales.

Ponente: doctor Anibal Badel.

Consejo de Estado—Bogotá, quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

El doctor Carlos Alberto Vergara Puertas, en su condición de apoderado especial del señor Luis A. Pérez Prada, Suboficial del Ejército, retirado del servicio por invalidez absoluta, pidió al Ministerio de Guerra que, previa destinación al Cuerpo de Inválidos, se decretara a favor de su poderdante la pensión mensual que le correspondería de acuerdo con lo estatuido en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 40 de 1911 y parágrafo 2º del artículo 19 de la Ley 75 de 1925.

El Ministerio consideró que al caso del señor Pérez Prada no le es aplicable lo dispuesto en la Ley 40 de 1911, porque por mandato expreso de ella, consignado en el artículo 8º, sus disposiciones sólo amparan a los inválidos que ya existieran al tiempo de su vigencia; y reconoció en cambio la prestación otorgada en el artículo 17 del Decreto 1025 de 1942, en armonía con la Ley 43 del mismo año.

De tal providencia, que fue consignada en la Resolución número 1126, de 28 de octubre último, apeló el apoderado doctor Vergara Puertas, y en esta virtud procede el Consejo a su revisión, mediante las siguientes consideraciones:

La expresada Ley 40 de 1911 creó un Cuerpo de Inválidos al cual podrían ingresar los militares que adolecieran de alguna de las formas de invalidez allí enumeradas, entre ellas la de absoluta incapacidad para trabajar, producida por una herida causada en acción de guerra, o por cualquier otro accidente sufrido en el servicio militar; y dispuso que los individuos que ingresaran a dicho Cuerpo gozarían del medio sueldo correspondiente al grado que tuvieran al tiempo del accidente que ocasionó la invalidez. Por último, dispuso en su artículo 8º que tales disposiciones no serían aplicables sino a los inválidos que existieran antes de su vigencia; pero más tarde, el artículo 9º de la Ley 102 de 1927 derogó el citado artículo 8º y dispuso que en consecuencia podrían ser incorporados en el Cuerpo de Inválidos los militares que en cualquier tiempo fueran víctimas de accidentes que les produjeran invalidez absoluta.

¿Están vigentes las disposiciones especiales citadas de la Ley 40 de 1911, no obstante la vigencia de los Decretos 1025 y 1123 de 1942, adoptados por la Ley 43 del mismo año, y en los cuales no solamente se reglamentó íntegramente la materia de pensiones y recompensas militares, sino que se determinaron expresamente las pensiones por invalidez? No: en primer lugar, porque la nueva ley, o sean los Decretos adoptados por la Ley 43 es contraria a las anteriores disposiciones, y por consiguiente están derogadas tácitamente, al tenor del artículo 71

del Código Civil; y en segundo lugar, porque por ministerio del artículo 3º de la Ley 153 de 1887 debe estimarse insubsistente toda disposición legal anterior a una ley que reglamente íntegramente la materia a que aquélla se refería.

Más aún: la Ley 40 de 1911 había sido derogada tácitamente por la Ley 71 de 1915, que reglamentó también íntegramente la materia de pensiones y recompensas militares, sustituyendo la 149 de 1896, y no alcanzó a revivir válidamente por la sola referencia que a ella hiciera el artículo 9º de la Ley 102 de 1927.

Por lo demás, mucho menos sería aplicable al caso de autos el aumento decretado en el párrafo 2º del artículo 19 de la Ley 75 de 1925, porque ese aumento se refirió a las pensiones reconocidas sobre la base de los sueldos que regían en el año de 1911, como lo dispuso expresamente el artículo 3º de la Ley 40, y es sabido que la cuantía de los sueldos es hoy superior a la de entonces, en más del 40 por 100 en que fue fijado aquel aumento.

El señor Fiscal del Consejo no tuvo en cuenta el problema de la inconformidad de la Ley 40 de 1911 con los Decretos 1025 y 1123 de 1942, y se limitó a oponer a la tesis del Ministerio la derogación expresa del artículo 8º de la Ley 40, invocado por el Ministerio.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal, confirma la resolución ministerial de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Anibal Badel, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Maestros de escuela.-Inamovilidad.

Ponente: doctor Anibal Badel.

Consejo de Estado—Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Por Decreto número 400, de fecha 15 de septiembre de 1942, “por el cual se hacen los siguientes nombramientos de maestros para el año lectivo que se inicia el 15 de los corrientes con el carácter de interinidad”, el Gobernador del Departamento del Cauca promovió a la señorita Rosa Elena Sánchez F. del cargo de maestra seccional o Subdirectora de la Escuela Urbana de Niñas de Buenosaires, al de Directora de la Escuela Rural de Cerroalto, en el Municipio de Caldoño, y para reemplazar a la señorita Sánchez F. en el cargo de Subdirectora de aquella Escuela, designó a la señorita Ana María Peña, quien a la vez descendía del cargo de Directora del mismo plantel y hubo de ser restituida posteriormente a este cargo, por lo cual la que vino a reemplazar definitivamente a la señorita Sánchez F. fue la señorita Belmira Concha, nombrada por Decreto número 436, de 19 de octubre siguiente.

La señorita Sánchez F., por medio de apoderado, demandó ante el Tribunal Administrativo de Popayán la nulidad del citado Decreto 400, en cuanto dispuso su promoción y el consiguiente restablecimiento de su derecho de inamovilidad, en libelo presentado el 2 de diciembre del mismo año de 1942, y el Tribunal puso término a la instancia por medio de la sentencia de fecha 27 de marzo del corriente año, en la cual decidió no ser el caso de decretar la nulidad demandada ni de hacer las otras declaraciones solicitadas en la demanda.

Contra este fallo interpuso el recurso de apelación el apoderado de la demandante, y habiéndosele concedido y estando agotada la sustanciación del recurso, el Consejo procede a decidirlo mediante las siguientes consideraciones:

Del certificado expedido por el señor Director de Educación Pública del Cauca con fecha 16 de febrero de 1943, aparecen acreditados los siguientes hechos:

1º Que la señorita Rosa Elena Sánchez ejerció en la Escuela de Niñas de Buenosaires en el año lectivo de 1941 a 1942, “pero no es verdad —agrega el señor Director— que haya sido trasladada de dicha Escuela, puesto que en ella terminó el año lectivo mencionado. Una cosa es trasladar un maestro, lo que no puede ocurrir sino en el año lectivo, y otra muy distinta hacerle un nombramiento para empezar un año lectivo en un lugar distinto de aquel en que ejerció el año anterior”.

2º Que no hay antecedentes sobre quejas comprobadas contra la conducta de la señorita Rosa Elena Sánchez como maestra en las escuelas oficiales del Departamento.

3º Que la señorita Rosa Elena Sánchez está escalafonada en cuarta categoría, que es la última del escalafón del magisterio.

4º Que no se levantó el acta que prescribe el artículo 1º del Decreto 2255 de 1938, sobre conveniencia del traslado de la señorita Sánchez de

la Escuela de Buenosaires a la de Cerroalto, del Municipio de Caldono, porque —dice el señor Director— “estas disposiciones no se refieren a los nombramientos que se hacen al empezar los años lectivos, pues a nadie se le ha ocurrido hasta ahora que las disposiciones sobre el escalafón tienden a inmovilizar el magisterio. Además los nombramientos hechos por el Decreto 400 de 1942 se hicieron con el carácter de interinidad”.

Como se ve, el señor Director de Educación del Cauca pártete del error de considerar que la inmovilidad consagrada a favor de los maestros de escuela primaria se limita al periodo del año lectivo. No: la inmovilidad implica prescindencia de las reglas relativas a los periodos de duración de los empleos; el periodo de los maestros de escuela es indefinido, ellos no pueden ser removidos en ningún tiempo sino por las causales expresamente establecidas en su estatuto, ni trasladados de una escuela a otra sino por la causal establecida en el Decreto número 2255 de 1938 y con observancia de la formalidad allí mismo requerida.

El Tribunal, por su parte, consideró que el Decreto 400 de 1942 había quedado derogado, en cuanto se refiere a la señorita Sánchez, por el Decreto posterior, en el que se le nombró para otro puesto. No: la derogación no podía consistir sino en el restablecimiento de la señorita Sánchez al cargo de maestra seccional o Subdirectora de la Escuela Urbana de Niñas de Buenosaires, de donde fue desalojada, que es la medida acusada; cualquier otro nombramiento deja en pie la promoción, la confirma antes que destruirla.

Lo que ocurre es que al aceptar la señorita Sánchez el nombramiento que se le hizo por Decreto 437, de 1º de octubre, como Directora de la Escuela Rural de Honduras, del Municipio de Buenosaires, y tomar posesión del cargo, hechos reconocidos por el apoderado en memorial de fecha 12 de diciembre (foja 7), perdió el derecho a cobrar de allí en adelante el sueldo correspondiente al empleo de Subdirectora de la Escuela Urbana de Niñas de Buenosaires, y al restablecimiento a este cargo, y la nueva promoción sólo le daba derecho para acusarla también, en la misma forma en que lo hizo respecto a la primera. Dice así el memorial de la foja 7:

“Igualmente aclaro los hechos 3º y 4º de la demanda en el sentido de expresar que fue cierto que posteriormente se le hizo a la señorita Sánchez F. otro nombramiento por el Decreto 437, de 1º de octubre último, para Directora de la Escuela Rural de Honduras (Distrito de Buenosaires) y ella aceptó y entró a desempeñar ese cargo no obstante ser de inferior categoría; pero ocurrió que de esa Escuela, a los pocos días también fue trasladada a otra escuela municipal, también rural y alternada, en la sección de San Miguel, en el mismo Distrito de Buenosaires, escuela que no pudo funcionar ni funciona actualmente por falta de muebles y de local, por lo que se quedó prácticamente sin el cargo, sin culpa, y por ese motivo se quedó por fuera del magisterio”.

El señor Fiscal del Consejo pasó inadvertido el detalle de la aceptación del nuevo puesto por la señorita Sánchez, y por eso se limitó a conceptuar que debe anularse el Decreto 400 y restablecer en consecuencia el derecho conculcado a la demandante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo sólo en parte con el concepto del señor Fiscal, revoca la sentencia apelada y, en su lugar, declara nulo el Decreto número 400 de 1942, dictado por la Gobernación del Cauca, en cuanto entraña la promoción de la

señorita Rosa Elena Sánchez F. del cargo de Subdirectora de la Escuela Urbana de Niñas de Buenosaires al de Directora de la Escuela Rural de Cerroalto, en el Municipio de Caldono.

En consecuencia se ordena pagarle a la señorita Sánchez los sueldos que haya dejado de devengar en el cargo de que fue promovida, hasta el día en que entró a devengar en el cargo de Directora de la Escuela Rural de Honduras, del mismo Municipio de Buenosaires.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Guillermo Peñaranda Arenas, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Maestros de escuela. - Traslado.

Ponente: doctor Aníbal Badel.

Consejo de Estado—Bogotá, diez y siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Por el Decreto número 490 de 1942 (octubre 5), la Gobernación del Departamento de Nariño promovió a la señorita Alba Ortiz B. del cargo de Directora de la Escuela Urbana de Niñas de Barbacoas al de Directora de la Escuela Rural Alternada de Cruces, del mismo Municipio, designando para aquel puesto a la señorita Koralia Ortiz B.

Contra dicho acto interpuso la señorita Alba el recurso de anulación y consiguiente restablecimiento de su derecho, en los términos siguientes:

“En tal virtud solicito: a) Que se declare nulo el Decreto gubernamental número 490, de 5 de octubre de 1942, en cuanto a la remoción de la que suscribe a la Escuela Rural de Cruces, o sea el nombramiento que se me hizo para dicha Escuela, de inferior categoría a aquella que antes servía”....

Admitida la demanda y surtida la tramitación correspondiente, el Tribunal dictó la sentencia definitiva de la instancia, de fecha 26 de mayo del corriente año, mediante la cual declaró nulo el citado Decreto “en cuanto por él se traslada a la señorita Alba Ortiz B. del cargo de Directora de la Escuela Urbana de Niñas de Barbacoas, que venía desempeñando en virtud del Decreto 397, de 17 de agosto de 1942, y dispuso el restablecimiento del derecho de la demandante”.

De este fallo apeló el señor Fiscal del Tribunal Superior, y en esta virtud corresponde ahora al Consejo decidir el negocio en segunda instancia.

El señor Fiscal apelante alegó en su vista de la primera instancia que la demanda es deficiente, por cuanto se contrajo al nombramiento de la demandante para el nuevo cargo, en lugar de acusar el nombramiento de su sucesora en el cargo de donde fue promovida. Pero el Tribunal contestó esta objeción así:

“Por último, el hecho de no haber demandado la interesada la nulidad del Decreto 490 en lo que se refiere al nombramiento de la señorita Koralia Ortiz B., para la Dirección de la Escuela Urbana de Niñas de Barbacoas, no se opone a la declaración de nulidad del mismo en lo referente al traslado ordenado respecto de la demandante, de la Escuela de Barbacoas a la de Cruces. En eso precisamente está su ilegalidad, en el traslado, cuando la señorita demandante era inamovible en su puesto de Barbacoas, mientras no se hubieran cumplido las condiciones legales del traslado en lo que dice relación a la conveniencia del ramo educativo. Y por lo mismo, siendo tal Decreto nulo por el traslado ilegal, se sigue que la demandante tiene y tenía el derecho de permanecer en su puesto de Directora de la Escuela de Barbacoas. En pocas palabras: lo ilegal es el traslado de la señorita demandante a la Escuela de Cruces, máxime tratándose de una Escuela de inferior categoría”.

A juicio del Consejo, el solo nombramiento hecho a la señorita Alba para el cargo de Directora de la Escuela de Cruces no implica el traslado propiamente dicho, ni le causaba ningún perjuicio, porque para que el acto no surtiera ningún efecto bastaba que la señorita Alba no aceptara el nombramiento. El acto del traslado lo constituyen conjuntamente, en primer término, el nombramiento de otra persona para el puesto que desempeña la persona a quien se promueve, y en segundo término, el nombramiento de ésta para el otro puesto. Este segundo acto considerado aisladamente apenas es indicativo de que no se trata de una simple remoción o destitución sino del traslado o promoción. Luego era preciso demandar conjuntamente los dos actos, y en todo caso el primero, o sea el que implica el reemplazo de la maestra promovida en el puesto primitivo.

Mas no es esta sola la deficiencia de la demanda, sino que tampoco se acompañó a ella la copia de la parte del Decreto por la cual se hizo el nombramiento del reemplazo de la señorita Alba en la Dirección de la Escuela Urbana de Niñas de Barbacoas, sino únicamente la parte relativa al nombramiento de la señorita Alba para la Escuela de Cruces.

El señor Fiscal del Consejo adhirió a la tesis del Tribunal en estos términos:

“Las razones aducidas por el señor Fiscal del Tribunal Superior en su vista de fondo, que debieron ser las que lo movieron a apelar del fallo adverso a sus pretensiones, fueron suficientemente desvirtuadas por el Tribunal y, por ello, sólo observo acerca de ellas lo siguiente: 1º La primera razón, consistente en afirmar que la señorita Ortiz ha debido demandar el Decreto de nombramiento de su reemplazo en la Escuela de Barbacoas, y no el acto que la trasladó, es falsa, ya que, como lo dice el Tribunal, el acto ilegal es el de traslado, y él ha debido ser el demandado”.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal, revoca la sentencia apelada y, en su lugar, niega las peticiones de la demanda.

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

Anibal Badel, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G., Guillermo Peñaranda Arenas, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Sueldo de retiro.-Aviadores.

Ponente: doctor Gabriel Carreño Mallarino.

Consejo de Estado—Bogotá, seis de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

El Capitán Aviador Enrique Moncayo, por medio de apoderado especial, pidió a la Comisión de la Caja de Sueldos de Retiro del Ministerio de Guerra, en escrito presentado a tal entidad el tres de octubre último, que le reconociera y ordenara pagar la pensión de que trata el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, por haber servido el mismo Moncayo durante más de ocho años en la Aviación Militar, y que le reconociera y ordenara pagar por el Tesoro Nacional “la compensación que la ley determina para los Oficiales Aviadores que sean retirados del servicio activo por invalidez relativa y permanente”.

El solicitante acompañó los siguientes documentos: a) Poder legalmente conferido al doctor Carlos Alberto Vergara Puertas; b) Hoja de servicios, en la cual consta que Moncayo sirvió en el Ejército, como Aviador Militar, durante ocho años, ocho meses y diez y nueve días; c) Certificado del Ministerio de Guerra que acredita que el solicitante no ha incurrido en las causales de inhabilidad contempladas en el artículo 1º de la Ley 72 de 1917 y que el último sueldo de Moncayo fue de doscientos treinta y un pesos (\$ 231) mensuales; d) Sendos certificados del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República que demuestran, respectivamente, que el peticionario no ha recibido pensión del Tesoro Nacional y que no es deudor moroso del mismo Tesoro; e) Acta expedida por la Dirección General de Sanidad, Sección 2ª, Ministerio de Guerra, según la cual el solicitante padece de una inhabilidad relativa y permanente para el servicio activo en el Ejército, inhabilidad adquirida en tal servicio y por razón de éste.

Por Resolución número 1244 de 3 de diciembre último, la mencionada Comisión de Sueldos de Retiro determinó reconocer al Capitán Moncayo el derecho a recibir de dicha entidad un sueldo mensual de retiro de ciento ochenta y cuatro pesos ochenta centavos (\$ 184.80), equivalente al ochenta por ciento (80%) del sueldo correspondiente a su grado, pagadero desde el 26 de noviembre de 1942, fecha en que se causó la novedad de la baja efectiva, advirtiendo que tal Oficial quedaba obligado a comprobar la supervivencia. Se omitió resolver la segunda petición de Moncayo, o sea la tocante a la compensación por la invalidez relativa y permanente.

Esta Resolución se le notificó al apoderado del solicitante, y él la aceptó expresamente.

En cumplimiento del artículo 158 de la Ley 167 de 1941, la providencia antedicha pasó al estudio del Ministerio de Guerra, y éste, en Resolución número 379, de 10 de abril postrero, la improbo en todas sus partes, teniendo en cuenta que la Caja de Sueldos de Retiro dejó de aplicar el Decreto 1680 de 1942 al caso contemplado. Establece este

Decreto —según dice el Ministerio— que sólo después de cumplir doce años los pilotos y quince el resto del personal, se tiene derecho a sueldo de retiro y a una cantidad unitaria equivalente a un año de sueldo de actividad en caso de retiro por invalidez permanente y relativa. El Ministerio en el mismo acto resolvió reconocer, en cambio, al Capitán Moncayo como indemnización por tal invalidez la cantidad de cinco mil quinientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 5.544), equivalente a dos años de sueldo de actividad del solicitante, aplicando también en este aspecto el Decreto 1680 de 1942, ordinal b) del artículo 52. Ni el Consejo de Estado ni los particulares conocen este Decreto por ser *de carácter reservado*. (Folios 26 y 27 del expediente)

El apoderado del demandante apeló en tiempo de esta última resolución ante el Consejo de Estado. Surtido el trámite de que trata el artículo 160 de la Ley 167 de 1941, y no habiéndose solicitado practicar pruebas distintas de las que desde el principio de la actuación administrativa obran en el expediente, procede ahora pronunciar sentencia, para lo cual se considera:

El Fiscal del Consejo dice:

“La Resolución del Ministerio se basa en el Decreto 1680 de 1942, que es de carácter reservado y que no ha sido publicado. Todo esto consta en el expediente, siendo de advertir que sin estar promulgado dicho acto no puede aplicarse a los particulares, porque eso iría contra lo dispuesto en el artículo 52 del Código Político y Municipal. Por otra parte, no está de más observar que si el Consejo no aplicó por inconstitucionales los Decretos 1025 y 1123 de 1942, ‘elaborados también con base legal en las mismas normas de facultades extraordinarias que se invocan en el Decreto *reservado* 1680’, con mayor razón debe dejar sin aplicación este último”.

Las razones de la Fiscalía son suficientemente claras y concluyentes, por lo que el Consejo las acoge en su integridad.

Aunque la Resolución del Ministerio de Guerra ha venido al Consejo en apelación, es lo cierto que impone obligaciones a cargo de la Caja de Sueldos de Retiro que es “persona administrativa de carácter nacional” (artículo 159, Ley 167 de 1941 *in fine*). Dicha Resolución hubiera, pues, venido a esta corporación de todos modos en grado de consulta. Por tanto, el Consejo a pesar de que el recurso de alzada debe entenderse interpuesto sólo en lo desfavorable al apelante, tiene en este caso jurisdicción para revocar el acto recurrido, como habrá de hacerlo, aun en aquella parte que favorece al Capitán Moncayo e impone una obligación ilegal a la Caja de Sueldos de Retiro: la de pagar 5.544 pesos moneda legal a Moncayo como indemnización por la invalidez de que se ha hecho mérito. La misma razón que hay para revocar el acto acusado en cuanto perjudica al recurrente, obra también para revocarlo en cuanto lo favorece con detrimento de la Caja de Sueldos de Retiro. Si, como lo estima el Consejo, el hecho de ser reservado el Decreto 1680 de 1942, lo hace inaplicable en contra de los particulares, la circunstancia de exceder dicho Decreto las facultades extraordinarias en que dice apoyarse le resta todo valor jurídico en contra de la Nación y de las entidades oficiales como la referida Caja de Sueldos de Retiro.

Basta lo expuesto para que el Consejo de Estado, en un todo de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falle, como en efecto

FALLA:

1º Revócase la Resolución número 379, de diez de abril postrero, originaria del Ministerio de Guerra, por la cual se improbo en todas sus partes la número 1244, de 3 de diciembre último, de la Comisión de Sueldos de Retiro del mismo ramo; y

2º *Confírmase* la Resolución número 1244, de 3 de diciembre último, de la referida Comisión de Sueldos de Retiro.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Ministerio de origen.

Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Suspensión provisional. - Banco de la República. Rendición de cuentas de las Salinas.

Ponente: doctor Gabriel Carreño Mallarino.

*Consejo de Estado—Bogotá, julio veintidós de mil novecientos
cuarenta y tres.*

Por estar arreglada a la ley, admítase la anterior demanda. En consecuencia, comuníquese al señor Contralor General de la República.

Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público.

Fijese el presente negocio en lista por 5 días para los efectos del numeral 3º del artículo 126 de la Ley 167 de 1941, en armonía con el 136 de la misma.

Como el actor ha solicitado la suspensión provisional de la Resolución número 227, de 9 de marzo de 1943, de la Contraloría General de la República, es ahora oportuno resolver si se decreta o se deniega (artículo 95, Ley 167 de 1941).

Al efecto, se considera:

El acto acusado sólo se refiere a la rendición de cuentas del Banco de la República en cuanto al ramo de Salinas.

La acción propuesta no es la de simple nulidad de un acto administrativo de aquellos que afectan a todos los asociados o a un grupo, clase o sector de éstos.

De ahí que en el presente caso la disposición aplicable no sea la del inciso 2º del numeral 1º del artículo 94 de la Ley 167 de 1941, sino la del inciso 3º de dicho numeral.

En consecuencia, como se trata de una acción que no es la de *simple nulidad*, es preciso, para que proceda la suspensión provisional del acto acusado, que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho, y, además, que de la demanda y sus anexos aparezca comprobado, "aunque sea sumariamente, el agravio que sufre" el actor.

En faltando uno cualquiera de estos dos requisitos, la suspensión provisional no resulta viable.

¿Qué perjuicio o agravio puede originarse del hecho de que el Contralor, creyendo obrar dentro del legítimo ejercicio de sus funciones, le pida cuentas al Banco de la República por el manejo y administración de las salinas nacionales?

A primera vista no se advierte que el acto acusado dé lugar a tal agravio o perjuicio.

El Banco de la República debe llevar, y de seguro lleva, una contabilidad muy clara y completa acerca del manejo y la administración de las salinas nacionales. ¿Qué inconveniente u obstáculo puede haber para que la Contraloría reciba periódicamente un extracto de los datos que ofrezca esa contabilidad?

Si la Nación hubiera arrendado al Banco de la República las salinas a cambio de un canon periódico fijo en moneda corriente, el asunto

sería muy distinto: no se explicaría entonces la rendición de cuentas por parte del arrendatario. Pero no se trata aquí de un arriendo a precio fijo, sino de una participación del 98%, a la cual la Nación tiene derecho, y que puede fluctuar y fluctúa según el rendimiento de las salinas y las circunstancias del mercado consumidor. A lo menos a primera vista no es sino muy natural que el Contralor considere necesario verificar periódicamente los datos que en cada ejercicio hayan servido de base al Banco de la República para establecer la cuantía de su parte y la de la Nación.

El acto acusado por el Banco de la República dice así:

"RESOLUCION NUMERO 227 DE 1943 (MARZO 9)

por la cual se exige la rendición de cuentas a un Agente contratista del Gobierno.

"El Contralor General de la República,
en uso de sus atribuciones legales, y

"CONSIDERANDO:

"Primero. Que el artículo 15 de la Ley 42 de 1923 señala entre las facultades del Contralor la de 'efectuar la revisión y fenecimiento de las cuentas de todas las personas que manejen caudales del Tesoro Público o bienes nacionales';

"Segundo. Que el artículo 24 del Decreto 911 de 1932 impone la obligación de rendir cuentas al Departamento de Contraloría 'a todo empleado o agente del Gobierno Nacional que recaude, administre, desembolse o esté encargado de custodiar o vigilar fondos o bienes nacionales';

"Tercero. Que el parágrafo del artículo 99 de la Ley 264 de 1938 dejó a salvo la 'fiscalización que corresponde a la Contraloría General de la República' en todo lo relativo a la administración y explotación de las salinas;

"Cuarto. Que aunque en el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República el 15 de junio de 1942, aprobado por el Decreto número 1529 del mismo año, no se estipuló expresamente la rendición de cuentas a la Contraloría General de la República, esta omisión no implica que la Contraloría pierda sus facultades fiscalizadoras determinadas expresamente por la ley;

"Quinto. Que todas las salinas determinadas en el contrato mencionado son de propiedad nacional y el Banco de la República es solamente un agente del Gobierno para administrarlás y explotarlás,

"RESUELVE:

"Artículo 1º El Banco de la República, dentro de los quince días siguientes a la expiración de cada mensualidad, deberá rendir a la Contraloría General de la República las cuentas sobre la administración y explotación de las salinas marítimas y terrestres de que tratan los contratos de 12 de diciembre de 1931, 16 de abril de 1941 y 15 de junio de 1942, en las cuales se incluirá un informe del producto líquido de la explotación de las salinas, de las plantas de elaboración de sal y del comercio de sus productos en el periodo de tiempo respectivo, con el dato de la participación que les corresponde a la Nación y al Banco.

"Artículo 2º La Contraloría General de la República, por medio de la Auditoría Fiscal de Deuda Pública e Impuestos Espe-

ciales, examinará y glosará o fenecerá las cuentas, según el caso, dentro de los términos establecidos por la ley.

“Artículo 3º Concédese al Banco de la República el término de 30 días, contados desde esta fecha, para que rinda las cuentas atrasadas.

“Dada en Bogotá, el nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y tres.

“Cúmplase.

“(Fdo.) Sergio Abadía Arango, Contralor General—(Fdo.) Ricardo Echeverri Ferrer, Secretario General, Abogado Asesor de la Contraloría Nacional”.

Acepta el actor la competencia de la Contraloría “para conocer y decidir en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación”; pero considera que este postulado general “no tiene por la misma Ley 42 (de 1923) ni por ninguna otra que la adicione o reforme, un carácter o condición rígida que no permita pactar o reconocer un régimen distinto de excepción que en un caso especial señale procedimientos diferentes, sustrayéndolos de la jurisdicción de la Contraloría”. Agrega luego que tal es el caso de los contratos sobre explotación de salinas que fueron autorizados “por actos legislativos bastantes a establecer una jurisdicción distinta de la ordinaria.....”

El Consejo de Estado no puede, en ejercicio de la jurisdicción contencioso-administrativa, entrar en la calificación, análisis e interpretación de cláusulas contractuales, porque si lo hiciera se saldría de su función propia e invadiría la que incumbe a la justicia ordinaria.

De ahí la dificultad para apreciar el problema en un simple auto referente a suspensión provisional.

El Consejo tiene que limitarse a establecer: 1º Si las Leyes 99 y 119 de 1931, 63 de 1918, 78 de 1930 y 128 de 1941 facultaron al Gobierno para dictar los Decretos extraordinarios números 2214 de 1931, 600 de 1942 y 1529 de 1942; 2º Si en consecuencia las referidas Leyes de autorizaciones excluyeron o facultaron al Gobierno para excluir del radio de acción de la Contraloría todo lo relativo a cuentas de las salinas nacionales; y 3º Si, supuesto lo anterior, el texto de los mencionados Decretos extraordinarios pugna ostensiblemente con el acto acusado. (La función legal del Contralor es de orden público).

Examinadas las leyes de autorizaciones de que trata el punto 1º precedente no resulta *prima facie* que éstas hubieran excluido o facultado al Gobierno para excluir del examen legal de la Contraloría las cuentas de salinas.

(La Ley 63 de 1918 es anterior en mucho a la Ley 42 de 1923, sobre organización de la Contraloría; y las Leyes 78 de 1930, 99 y 119 de 1931 y 128 de 1941 sólo facultaron al Gobierno para remediar el desequilibrio fiscal y económico del año de 1930 y el de 1941.

No restringieron esas Leyes, ni autorizaron al Gobierno para restringir la función propia de la Contraloría).

Por lo expuesto, niégase la suspensión provisional de la Resolución marcada con el número 227, de 9 de marzo de 1943, de la Contraloría General de la República.

Notifíquese.

(Fdo.) Gabriel Carreño Mallarino—(Fdo.) Luis E. García V., Secretario.

Impuestos nacionales.-Créditos a plazo.

Ponente: doctor Gabriel Carreño Mallarino.

Consejo de Estado—Bogotá, quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

El señor Rafael Manjarrés Herrera, abogado mayor de edad, vecino de Barranquilla, con cédula de ciudadanía número 2328928, apoderado especial del señor Juan Isaza Arango, también mayor y del mismo vecindario, demandó ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, en escrito presentado el 19 de septiembre de 1942, lo siguiente:

“a) Que se revise la Resolución R-556-H, de junio 23 de 1942, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales;

“b) Que se declare que tal Resolución está errada y es, por lo tanto, nula;

“c) Que, como consecuencia de ese error y de esa nulidad, se corrija y rehaga la liquidación hecha por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en su Resolución R-556-H, de junio 23 de 1942, y la liquidación o aforo número 2681, de la Administración de Hacienda Nacional de esta ciudad (Barranquilla), de 8 de octubre de 1941, en el sentido de que se afore y se declare que Juan Isaza Arango y señora deben pagar solamente por impuestos en el año gravable de 1940, lo siguiente:

“Por concepto de impuesto sobre la renta	\$ 181.51
“Por concepto de impuesto de patrimonio	131.37

“En total	\$ 312.88
---------------------	-----------

“d) Que se ordene a la Administración de Hacienda Nacional de esta ciudad o a quien corresponda, que se le devuelva a Juan Isaza Arango y señora la cantidad de \$ 1.878.86, suma ésta que les fue liquidada de más, y que Juan Isaza Arango se vio obligado a pagar, para poder obtener la reclamación correspondiente”.

El Tribunal sentenciador negó las peticiones del actor y declaró, en cambio, que “no es nula la Resolución” acusada. El mismo Tribunal en su fallo, resume así los hechos de la demanda:

“1º Que Juan Isaza Arango celebra contratos de ventas por contados y a plazos; 2º Que con tal motivo existen créditos que alcanzan un valor de \$ 11.818.76; 3º Que la Administración de Hacienda Nacional (de Barranquilla) incluyó la cantidad de \$ 11.818.76 como renta gravable, y 4º Que Juan Isaza Arango pagó por concepto de exceso de utilidades la suma de \$ 1.268.86”.

El problema, como lo dice el Tribunal, es de puro derecho por cuanto las circunstancias *de facto* nadie las discute.

Los fundamentos de derecho indicados por el actor en la demanda son el artículo 19 de la Ley 78 de 1935; los artículos 78 y siguientes del Decreto 818 de 1936; la Circular R-6730-A, de 12 de julio de 1940, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales; y los artículos 271 y concordantes de la Ley 167 de 1941.

El demandante apeló de la referida sentencia del Tribunal Administrativo de Barranquilla. Llegados los autos al Consejo de Estado, se surtieron ante éste los trámites de rigor; y como es ya el momento de resolverlo, a ello procede la Sala, mediante las siguientes consideraciones:

El problema se reduce a precisar si las ganancias, representadas en créditos originados en ventas a plazos, son renta gravable; y si este gravamen ha de ser efectivo en el tiempo en que se origina el crédito, o en el tiempo en que se recauda. Sobre el particular ha dicho esta corporación en sentencia de 5 de agosto de 1942:

“Y en cuanto al argumento de que la renta no fue percibida toda durante el año gravable, por tratarse de ventas a crédito, debe decirse que en tratándose de estas actividades basta que las ventas se hayan realizado para computar como renta la diferencia o exceso de su valor sobre el costo de las mercancías vendidas, y lo que da lugar a deducción son las deudas malas o pérdidas definitivamente por insolvencia de los compradores a crédito, según disposiciones expresas de la Ley 75 de 1935 y el Decreto reglamentario 818 de 1936”.

El actor incorporó en el libro mayor la siguiente partida:

“A ventas en abonos parciales.—Por saldo que adeudan los clientes que han recibido mercancías en abonos parciales, y que de conformidad con la Resolución R-6730-A, de julio 12 de 1940, ordinales a), b) y c) debe llevarse separadamente \$ 11.818.76”

Este hecho demuestra claramente que no se trata de deudas insolutas o sin valor real, sino de verdaderos créditos que se harán efectivos al tiempo del vencimiento. (Cuaderno de pruebas. Folio 8. Diligencia de inspección ocular).

Además, la Sala no encuentra dificultad de ninguna especie en el camino de interpretar rectamente el artículo 19 de la Ley 78 de 1935. En efecto, las *cantidades* que, según ese artículo, forman la renta bruta del contribuyente, no se refieren únicamente a dinero, sino que abarcan en su ostensible generalidad toda clase de ganancias, beneficios y rentas que hayan ingresado al patrimonio respectivo en el año gravable. La palabra *cantidad* no es específica de dinero, sino genérica de toda clase de valores comerciales. Un caso que pone aún más de manifiesto lo razonable de esta interpretación, es el de la *permuta* de bienes sin intervención alguna de dinero efectivo. ¿No sería absurdo sostener que puesto que en la permuta la ganancia no está inmediata y directamente representada en dinero tampoco puede legalmente gravarse? En consecuencia, la Sala considera que los créditos que se dan en pago o en parte de pago de mercancías y que representan a no dudarlos valores comerciales que con facilidad pueden apreciarse en dinero, no pueden escapar del cómputo que la Ley ha dispuesto para la liquidación de la renta gravable de los contribuyentes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 31 de marzo último, del Tribunal Administrativo de Barranquilla, que fue materia de la apelación.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

La mujer y la judicatura.

Ponente: doctor Gabriel Carreño Mallarino.

Consejo de Estado—Bogotá, octubre cinco de mil novecientos cuarenta y tres.

Los señores Antonio M. Restrepo y Gilberto Rincón Gómez, cedulaados respectivamente bajo los números 365708 y 2510272 en Bogotá, abogado inscrito el segundo y ambos mayores y vecinos de esta ciudad, en sendas demandas de 10 y 11 de junio último han pedido a esta corporación que se declare la nulidad de la elección o nombramiento que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante Acuerdo número 2, de 1º del mes de junio, hizo en la persona de la doctora Rosa Rojas Castro para desempeñar el cargo de Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá, en el período que según la ley principió el 1º de julio de 1943. Ambas demandas coinciden en el hecho sustancial, que no es otro que el de ser mujer la doctora Rosa Rojas Castro, y como tal —en concepto de los demandantes— incapaz para el desempeño constitucional de aquel alto cargo.

La competencia del Consejo de Estado para conocer de uno y otro negocio está consagrada en el 2º inciso del artículo 189 de la Ley 167 de 1941. Los demandantes han invocado este precepto y otros de la misma Ley sobre jurisdicción contencioso-administrativa.

La Secretaría de la corporación ha dicho en informe visible al folio 61 vuelto (expediente de Restrepo) que sólo cursan sobre el mismo asunto las dos demandas mencionadas.

Por tanto, habiéndose citado para sentencia por orden de la Sala en uno y otro negocio, cumplido el artículo 226 de la Ley 167 de 1941 y agotado el procedimiento de rigor en ambas causas, la Sala procede a resolverlas en una sola instancia (artículo 229 *ibidem*), para lo cual se considera:

La causa petendi.—El doctor Ramón Miranda, apoderado de la opositora, y el señor Fiscal de la corporación, sostienen que las referidas demandas no pueden prosperar porque los demandantes señalaron como acto acusado el de la elección y no el de la confirmación del nombramiento. Según eso, han debido demandarse ambos actos o, a lo menos, el último, para que la acción de nulidad no careciera de *causa petendi*.

El doctor Miranda, a vuelta de largas y complicadas lucubraciones procesales para demostrar la exactitud de este teorema, invoca la doctrina del Consejo de Estado que aparece en el fallo de 16 de febrero de 1940, “época en la cual —advierte el mismo doctor Miranda— aún no se había expedido el actual Código de lo Contencioso Administrativo”.

Antes de entrar en el ejercicio de sus funciones, el nombrado o elegido es quien debe solicitar de la entidad competente la confirmación de la elección o nombramiento.

Mas no se puede aceptar que la confirmación deba probarse por la persona o personas que en acción popular o contenciosa de anulación acusen por ilegal o inconstitucional un nombramiento. La carga de la prueba corresponde por este aspecto, como es obvio, a quien obtuvo la confirmación. La confirmación no puede equipararse a instancia ni a recurso gubernativo alguno.

La confirmación es condición particular para el nombrado o elegido; no para los que están en posibilidad de demandar la elección o nombramiento.

En estas materias la demanda parcial o total de la elección en abstracto incluye *per se* una suficiente *causa petendi*.

Que el Tribunal Superior de Bogotá haya o no haya confirmado la elección que hizo en la persona de la doctora Rojas para el cargo de Juez Penal del Circuito, es asunto que no limita, en manera alguna, la capacidad legal ni la competencia del Consejo de Estado para decidir sobre la validez o la nulidad de la elección misma.

¿Es acusable, según el nuevo Código, el solo acto de la elección? La respuesta afirmativa se impone. Además, es un hecho público y notorio que la doctora Rojas está ejerciendo el cargo de Juez, y como tal, está dictando y ordenando notificar providencias en nombre de la República y por autoridad de la ley. Este hecho innegable hace presumir el de la confirmación. Por último, en el Acuerdo número 2, por medio del cual se hizo el nombramiento de la señorita Rojas, se contempló el problema constitucional planteado después en las demandas.

Luego el cargo de estar mal configurada la *causa petendi* debe rechazarse.

El problema de fondo.—El artículo 157 de la Constitución de 1886 (con igual número en la actual Codificación Constitucional) dijo que “para ser Juez se requiere ser ciudadano en ejercicio, estar versado en la ciencia del Derecho y gozar de buena reputación....”

Y el artículo 34 del Acto legislativo número 1º de 1936, reformativo de la Carta, dispuso:

“Quedan expresamente derogados los artículos de la Constitución Nacional; del Acto legislativo número 3 de 1910, y el Acto legislativo número 1º de 1932; y modificados los artículos de la Constitución, del Acto legislativo número 1º de 1930”.

Obsérvese que el adverbio “*expresamente*”, por ir antepuesto a los dos participios pasivos “*derogados*” y “*modificados*”, los especifica de tal modo que tanto las referidas derogaciones como las mencionadas modificaciones son *expresas*; y obsérvese también que la forma enunciativa simple y no adversativa o restrictiva en que está concebido el precepto, no excluye la posibilidad de otra u otras reformas o modificaciones tácitas.

Quedan, pues, apuntadas en dicho artículo las derogaciones o modificaciones de bulto, directas, expresas; pero como no se dijo que fueran esas las únicas, resulta claro que puede haber otras, no por tácitas menos efectivas.

Sentado lo anterior, se tiene:

Según el artículo 8º del Acto legislativo número 1º de 1936 (14 de la nueva Codificación Constitucional), “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. Pero la mujer colombiana mayor de edad puede desempeñar empleos, aunque ellos lleven anexa autoridad o jurisdicción, en las mismas condiciones que para desempeñarlos exija la ley a los ciudadanos”.

Este artículo enuncia una regla general y establece luégo una *excepción* especialísima en favor de la mujer colombiana.

Tanto en la regla general como en la salvedad, se habla de empleos públicos que llevan anexa autoridad o jurisdicción. La salvedad en favor de la mujer se introduce en el precepto por la partícula adversativa "*pero*", acentuada aún más en su alacance por la conjunción "*aunque*", como para que no quede la menor duda en el texto ni en el contexto de la excepción.

El preinserto artículo 157 de la Constitución de 1886 resulta, en parte, incompatible o incongruente con el 8º del Acto legislativo número 19 de 1936. En efecto, el primero decía que para ser Juez que para ser Juez se requiere ser ciudadano en ejercicio, y el segundo dice que los empleos públicos, "*aunque*" sean de aquellos que llevan anexa autoridad o jurisdicción, pueden ser desempeñados por las mujeres colombianas. Y como es de una claridad meridiana que las judicaturas son los empleos que por autonomía llevan anexa autoridad o jurisdicción, síguese que el artículo 157 de la Carta de 1886 debe entenderse que ha sido modificado en forma tácita por el nuevo precepto constitucional en favor de la mujer colombiana.

Y no se diga que por haberse reglamentado en la Carta Fundamental y no en la ley la habilidad para desempeñar la judicatura quedaron las mujeres por ese solo hecho excluidas en esa parte notable del *ius honoris*; porque habiéndose modificado tal reglamentación como se ha visto, por el mismo constituyente, el argumento resulta sofístico, ya que entraña un círculo vicioso. No se alegue tampoco que las mujeres pueden ser Magistrados de los Tribunales Administrativos pero no pueden ser Jueces; porque eso sería absurdo. El cargo de Magistrado es de más alta categoría y responsabilidad que el de Juez. No hay razón para que la mujer pueda ser Magistrado de un Tribunal Administrativo y se la considere, sin embargo, impedida para desempeñar la judicatura.

Suponiendo que hubiese duda u oscuridad, que no la hay, en los textos constitucionales sobre la materia habría que aplicar el artículo 4º de la Ley 153 de 1887, que contiene una sabia disposición de hermenéutica: "Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia —dice este artículo— servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos..."

Y ¿podría acaso sostenerse que según el derecho natural y la jurisprudencia, la persona que puede ser Magistrado no puede ser Juez? En manera alguna.

Hay un principio jurídico universal que dice que donde hay la misma razón debe haber la misma disposición, y es muy conocida la sentencia popular de que la persona que puede lo más puede lo menos.

¿En qué condiciones puede la mujer entrar a desempeñar empleos que llevan anexa autoridad o jurisdicción? A esta pregunta responde la parte final del artículo 8º del Acto legislativo número 19 de 1936, diciendo: "En las mismas condiciones que para desempeñarlos exija la ley a los ciudadanos", esto es, a los varones mayores de 21 años a quienes, por haber guardado la ley en su comportamiento y por ser idóneos, se les considera hábiles para ese desempeño.

No se le exige, pues, a la mujer la ciudadanía, porque no la tiene ni puede tenerla al tenor de la presente Carta Fundamental; pero se le exige, en cambio, la misma conducta que a los hombres que están en ejercicio de sus derechos políticos, amén de las respectivas características de idoneidad que la ley ha previsto para estos últimos. En otras palabras: para entrar en el desempeño de la judicatura y en general de cualquier empleo que lleve anexa autoridad o jurisdicción, la mujer debe llenar los mismos requisitos que el hombre, excepto el de obtener cédula de ciudadanía.

Tales son el espíritu y la letra de los preceptos vigentes sobre la materia en la Carta Fundamental.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No es nula la elección o designación hecha en la persona de la señorita doctora Rosa Rojas Castro para el cargo de Juez 3º Penal del Circuito de Bogotá por el Tribunal Superior de esta misma ciudad mediante Acuerdo número 2, de 1º de junio de 1943.

No hay, pues, lugar a hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en las demandas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el negocio.

(Fdos.) Con salvamento de voto, *Aníbal Badel; Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas*. Firmo salvando mi voto respecto de algunos conceptos de la parte motiva, *Tulio Enrique Tascón; Carlos Rivadeneira G.* Con salvamento de voto, *Diógenes Sepúlveda Mejía*. Con salvamento de voto, *Gonzalo Gaitán*.—*Luis E. García W.*, Secretario.

Salvamento de voto

de los doctores Badel, Gaitán y Sepúlveda Mejía.

Bogotá, octubre cinco de mil novecientos cuarenta y tres.

Tenemos la pena de disentir de las muy autorizadas opiniones de la mayoría de la Sala, en el presente negocio, porque los razonamientos que sustentan el fallo no han podido convencernos en forma completa.

Exponemos en seguida, en forma muy breve, las causas de ese disentimiento, pues se trata de argumentos de tanta sencillez, que no es necesario hacer extensas disquisiciones para su fácil entendimiento.

El artículo 157 de la Constitución Nacional se expresa así:

“Para ser Juez se requiere ser ciudadano en ejercicio, estar versado en la ciencia del Derecho y gozar de buena reputación.

“La segunda de estas calidades no es indispensable respecto de los Jueces Municipales”.

Y el 14 de la misma obra dice lo siguiente:

“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. Pero la mujer colombiana mayor de edad puede desempeñar empleos, aunque ellos lleven anexa autoridad y jurisdicción, en las mismas condiciones que para desempeñarlos exija la ley a los ciudadanos”.

El fallo parte de la base de que esta última disposición, que corresponde al artículo 8º del Acto legislativo número 1º de 1936, modificó tácitamente lo dispuesto en el artículo 157 transcrito, y que, por consiguiente, después de la enmienda constitucional de 1936 si puede nombrarse a las mujeres mayores para desempeñar cargos del orden judicial.

En nuestro sentir la reforma de 1936 no avanza hasta allá, por la sencilla razón de que la disposición del artículo 157 es de carácter especial, consignada en el Capítulo relativo a la administración de justicia, y específicamente se refiere a los Jueces, en tanto que la del artículo 14, no obstante la excepción hecha en favor de la mujer mayor, para que pueda desempeñar empleos que lleven anexa autoridad y jurisdicción, es de carácter general, en el sentido de que hace referencia a toda clase de empleos con autoridad o jurisdicción. Según esta disposición bien puede nombrarse a las mujeres mayores para servir los cargos de Gobernador, Alcalde, Inspector de Policía, etc., pues estos cargos que llevan anexa autoridad y también jurisdicción no son del orden judicial.

Sabido es que de conformidad con las reglas referentes a la aplicación de las leyes, la disposición referente a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general (artículo 5º, Ley 57 de 1887). Así, pues, cuando el artículo 14 de la Constitución Nacional habla de empleos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, se refiere, o así debe entenderse, a aquellos distintos de los del orden judicial, ya que hay otros cargos, como se ha dicho antes, con jurisdicción, en el campo administrativo,

a los cuales sí puede tener acceso la mujer, dentro del precepto del referido artículo 14 de la Constitución.

Y no se alegue que la palabra jurisdicción (de *jus dicere*) que emplea el mencionado artículo, se refiere especialmente a la administración de justicia, esto es a la facultad o poder atribuido a las autoridades para declarar el derecho, para decidir las controversias entre los particulares, para aplicar la ley en determinados casos, etc., pues es éste su significado restringido. No es necesario ser Juez, administrar justicia, para tener jurisdicción. Un concepto más amplio de este vocablo se encuentra abundantemente aplicado dentro de nuestra legislación, y así vemos cómo se atribuye jurisdicción a las entidades administrativas de diverso orden, distintas de las encargadas de la rama contencioso-administrativa, como son los organismos fiscales y muchos otros.

Por otra parte, cuando el artículo 14 citado expresa en su parte final que la mujer colombiana mayor de edad puede desempeñar empleos aunque ellos lleven anexa autoridad o jurisdicción, en las mismas condiciones que para desempeñarlos exija *la ley* a los ciudadanos, debe entenderse que por esta disposición se equipara a las mujeres mayores a los ciudadanos, pero solamente para el desempeño de aquellos cargos para cuyo ejercicio es la ley la que señala las condiciones y no la misma Constitución, como ocurre en lo referente a designación de Jueces. Contra lo cual podría únicamente argüirse que el constituyente usó la palabra *ley* en un sentido genérico que puede comprender la propia Constitución; pero no hay ninguna razón valedera para sostener esta tesis, puesto que de las expresiones de la disposición acotada son claras, y no hay para qué desatender su tenor literal con el fin de buscar su espíritu.

Se afirma en el fallo citado que el mentado artículo 14 de la Constitución, que corresponde al 8º de la enmienda de 1936, modificó tácitamente lo dispuesto por el artículo 157; pero a esto se observa que el constituyente de 1936 hizo una enumeración detallada de las disposiciones que quedaron derogadas o modificadas, de acuerdo con las ideas expuestas en los debates, en relación con las diversas materias que fueron objeto de ellos, y no mencionó la del artículo 157, por no haber considerado que el ánimo del constituyente hubiera sido el de afectar el contenido de dicha disposición. De otro modo lo habría dicho expresamente en el artículo 34 del Acto legislativo de 1936, dada la entidad de la cuestión, pues, como se ha dicho, allí están señaladas las disposiciones que quedaron derogadas, sustituidas o modificadas, y, por lo demás, no hay ninguna fuente ilustrativa del punto en la historia de la reforma constitucional del año 36 que dé asidero suficiente para sostener que el propósito, al expedirse la disposición del artículo 8º del Acto legislativo, fue el de dar acceso a la judicatura a las mujeres mayores de edad.

Dejamos, en esta forma breve, expuestos nuestros reparos al fallo anterior.

Anibal Badel, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Ejercicio de la medicina por extranjeros.

Ponente: doctor Gabriel Carreño Mallarino.

Consejo de Estado—Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

El señor Gottfried Stiasny, por medio de apoderado, demandó ante esta corporación la nulidad de la Resolución 66 J, de 6 de mayo último, originaria del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social. La demanda entraña acción de plena jurisdicción y tiene fecha 23 de julio postrero. La historia del negocio y las bases jurídicas de la demanda pueden resumirse así:

Stiasny es un médico extranjero graduado en el Exterior y residente en Colombia desde hace ocho años. Presentó el examen previsto en el párrafo primero del artículo 2º de la Ley 67 de 1935, pero fue reprobado por el Jurado examinador o Junta Central de Títulos Médicos. Contra la resolución de esta entidad interpuso el actor recurso de apelación ante el Ministerio del ramo, mas ese Despacho confirmó lo anterior en providencia que es materia de la actual acusación ante el Consejo de Estado. La acción se funda en la tesis de que el referido párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 67 de 1935 es y era inaplicable al caso de Stiasny en vista de la reforma constitucional de 1936 (artículo 10) sobre igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros.

Agotado como está el procedimiento de rigor, la Sala pronuncia el fallo, mediante las siguientes consideraciones:

La Resolución acusada no pugna con la igualdad jurídica establecida en la Carta de 1936, primero, porque esa igualdad no es absoluta sino relativa y con limitaciones; segundo, porque entre éstas figuran razones de orden público como la de cerrarle el paso al profesional extranjero que no entienda a los clientes o no se haga entender de ellos en materia tan grave como la de la medicina, por falta total o parcial del idioma castellano; y tercero, porque, según lo observa atinadamente el señor Fiscal, el artículo 38 de la Carta faculta al legislador para reglamentar el ejercicio de las profesiones, y es claro que la de la medicina no puede ni podía reglamentarse lo mismo para los nacionales que para los extranjeros. Aquéllos hablan el idioma del país como lengua propia; éstos deben aprenderlo como extraña. No puede presumirse en todo caso que lo sepan de modo que no haya peligro de que los enfermos no les entiendan. Nada, pues, más natural que exigirles a los extranjeros que estén en el caso del párrafo 1º del artículo 2º de la Ley 67 de 1935, el examen en español sobre ciertos puntos relacionados con la medicina.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Anibal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. Garcta V., Secretario.

Retiro de suboficiales. - Acción prescrita.

Ponente: doctor Gabriel Carreño Mallarino.

Consejo de Estado—Bogotá, nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

En escrito de cinco de mayo último, el señor Luis A. Lemus Castro, mayor y vecino de esta ciudad, por medio de apoderado, pidió a esta corporación que hiciese en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

“Primera. Que es nulo por ilegal el artículo 282 de la orden del Comando del Batallón de Ingenieros número 1 ‘Caldas’, para el 23 de mayo de 1936, en cuanto retira del servicio activo con fundamento en la causal de mala conducta, al Sargento 1º Luis A. Lemus, y lesiona sus derechos adquiridos en el Ejército de carácter (sic) militar.

“Segunda. Que es nula por ilegal la Resolución número 7, fechada el 5 de enero de 1943 y originaria del Ministerio de Guerra.

“Tercera. Que consecucionalmente: a) El señor Luis A. Lemus debe ser reincorporado a las Fuerzas Militares, en su carácter de Sargento 1º del Batallón de Ingenieros número 1 ‘Caldas’, a partir de la fecha de retiro que expresa la providencia demandada; b) Debe pagársele como indemnización de perjuicios, por concepto reparativo, una suma equivalente a los sueldos dejados de percibir del 1º de junio de 1936 —fecha del retiro— hasta el día que nuevamente éntre a la situación de actividad.

“Cuarta. Que el pago de la indemnización decretada se efectuará seis días después de ejecutoriada la sentencia que recaiga a la demanda”.

Los hechos de ésta pueden resumirse así:

Quando se le retiró del servicio activo del Ejército, el actor gozaba del *status* legal de Sargento 1º de las Fuerzas Militares (Batallón de Ingenieros número 1 “Caldas”). El retiro obedeció a mala conducta, procedente de faltas del actor contra la disciplina y la moral en el Batallón de Infantería “Ayacucho”. Tales faltas fueron examinadas por la jurisdicción penal militar según la Ley 84 de 1931. El respectivo sumario terminó con auto de sobreseimiento el 21 de julio de 1937. Durante el sumario el Sargento Lemus estuvo fuera del servicio activo. Lemus jamás fue restituído a la situación de actividad militar, ni se le reconoció indemnización alguna por la separación. El retiro de Lemus ocurrió el 1º de junio de 1936, esto es, trece meses y veintiún días antes de pronunciarse el referido sobreseimiento. A Lemus no le retiró el Juez militar, sino una entidad distinta. Lemus, no obstante haber reclamado en tiempo que se le reconociesen sus derechos, no obtuvo solución rápida, a causa de los largos trámites en las dependencias del Ministerio

de Guerra. De todos estos hechos que en síntesis se acaban de anotar, deduce el actor la conclusión de haber sido lesionado en sus derechos de militar.

El actor ha propuesto como fundamentos de derecho los siguientes:

“Constitucional. Artículos 166 y 169, por medio de los cuales queda garantizada la estabilidad del militar en su empleo con sus derechos inherentes; 170, establece el fuero militar; 26 y 28, los cuales determinan que nadie podrá ser juzgado y penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley. Militar: Ley 84 de 1931, artículo 7º, el cual establece la competencia para conocer de una causa militar y la jurisdicción privativa e improrrogable; 25, por el cual señalase en forma taxativa las entidades que ejercen la jurisdicción penal militar; 18 y 20, de los cuales se desprende el requisito de la incorporación del militar en cualquiera de las dependencias de las fuerzas militares para quedar sujeto a la jurisdicción penal militar; 127 y 130, en los cuales se establece como pena accesoria a la principal de prisión militar, la de retiro o separación del servicio. Contencioso-administrativo: el artículo 62 de la Ley 167 de 1941 estatuye que podrán ser acusados ante el honorable Consejo de Estado los decretos y otros actos del Gobierno, de los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad”.

Unos párrafos después indica el actor como violado también en este caso el artículo 11 de la Ley 84 de 1931, sobre alcance de la jurisdicción penal militar.

El demandante acompañó a su libelo: “a) Poder; b) Copia de la providencia acusada; c) Copia de la Resolución número 7 de 1943” del Ministerio de Guerra.

Durante el término de prueba se incorporaron al expediente las que en su debida oportunidad había solicitado el actor.

Están hoy cumplidos todos los trámites propios del presente negocio. Para resolverlo en sentencia definitiva, la Sala considera:

El Agente del Ministerio Público (folio 32 del cuaderno principal) emitió el siguiente concepto:

“De autos no aparece que la orden del día materia de la demanda hubiera sido notificada personalmente al Sargento Lemus Castro. Sin embargo, la índole especial de este acto militar, como su nombre lo indica, conlleva la notificación o conocimiento de él a todos los subalternos de un Comando que lo expide.

“Por otra parte, no cabe duda de que el demandante fue sabedor de dicha providencia, por lo menos desde el 1º de junio de 1936, porque en la demanda confiesa que desde esa fecha se produjo su retiro.

“En tal virtud, es evidente que el memorial fechado el 27 de octubre de 1942, en que solicitó la revisión de ella y que motivó la Resolución número 7 de 1943, fue presentado cuando estaba con creces vencido el término que la Ley 53 de 1909 y el Código de lo Contencioso señalan para recurrir contra los actos de la Administración en solicitud de reposición. Luego el Ministerio no tenía por qué entrar a conocer, en el fondo, del recurso.

“La demanda contra la orden del día también es improcedente, no sólo porque está con creces prescrita la acción a la luz de lo dispuesto tanto en la Ley 130 de 1913, como en la actual, ya que se trata de acción privada, sino porque durante la vigencia de

la primera, que fue cuando se dictó dicho acto, las providencias de los Comandantes de Batallón no eran demandables ante el Consejo de Estado.

"Por lo expuesto, considero que deben rechazarse las peticiones de la demanda".

Hasta aquí el concepto del señor Fiscal.

El Consejo de Estado prohija los puntos de vista del Ministerio Público por encontrarlos conformes con las pruebas y con las leyes aplicables al caso de Lemus Castro. No es aceptable, a juicio de la Sala, que se trate de revivir una acción prescrita respecto de un acto cualquiera de la autoridad, provocando, después de varios años, otra resolución o providencia sobre el mismo asunto ya concluido y ejecutoriado. La segunda providencia acusada --Resolución número 7 de 1943-- en su parte dispositiva dijo:

"No es legalmente posible reconsiderar, para revocar o modificar, la providencia del ramo de Guerra que produjo el retiro del servicio activo del Sargento 1º Luis A. Lemus Castro".

No es este último acto el que ordena el retiro sino la orden del mes de mayo de 1936, que tuvo efecto el 1º de junio del mismo año.

Pero, aun suponiendo, en gracia de discusión, que no se interpusiera en el presente negocio el fenómeno jurídico de la prescripción, habría que concluir que la demanda no puede prosperar, porque no se trajo a los autos la prueba de los contratos de enganche de que tratan los artículos 14 y 15 de la Ley 104 de 1927, Ley que fue modificada en otros aspectos por la 3ª de 1937, pero que por estar vigente cuando ocurrió el retiro de Lemus Castro, es de inevitable aplicación al caso de éste. Tales artículos dicen así:

"14. Los Sargentos Segundos y Sargentos Primeros que, después de dos contratos consecutivos de reenganche, cada uno por dos años, no reúnan condiciones para el ascenso, serán licenciados con ingreso a la Reserva.

"15. Los Sargentos Segundos y Sargentos Primeros que al término de dos contratos consecutivos de reenganche, no hayan sido ascendidos por falta de vacante, pero deseen continuar en el servicio y cuenten para ello con la *aquiescencia de los Comandantes* de Cuerpos de tropa, podrán continuar en él, firmando nuevos contratos de enganche en períodos sucesivos, hasta el término de la edad para el retiro".

Ahora bien: lo que consta en autos es precisamente que Lemus no contó con la *aquiescencia* del Comandante para continuar en el servicio, sino que el Comandante en la mencionada orden del día del mes de mayo de 1936 lo retiró de las fuerzas militares desde el 1º de junio del dicho año. Tampoco se sabe si había o nó contratos de enganche que de algún modo hubiesen amparado las pretensiones de ese Suboficial. Esto último no es preciso para fundar el fallo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en un todo de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Anibal Badel, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadencira G., Tullio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Suspensión del cobro del impuesto predial.

Ponente: doctor Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado—Bogotá, primero de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

Ante el Tribunal Administrativo de Ibagué, el Municipio de Prado, por medio de apoderado, demandó la nulidad del artículo 19 de la Ordenanza número 14 de 1942, expedida por la Asamblea del Departamento del Tolima. Asimismo, solicitó la suspensión provisional del acto acusado. Admitida la demanda, el Tribunal, mediante el auto de fecha 24 de marzo postrero, decretó la suspensión provisional. Contra dicha providencia, el Municipio de Coyaima, entidad a quien se notificó en su Personero la demanda por tener interés en el asunto, interpuso apelación, recurso que fue otorgado, y por virtud de ello vino el proceso al Consejo de Estado. Como es oportuno, se procede a resolver.

El texto del acto acusado es el siguiente:

“Artículo 19. Las Juntas de Catastro de Coyaima y Prado se abstendrán de inscribir en los censos catastrales a los propietarios de las islas denominadas ‘Becurco’, ‘Cachimbo’, ‘Yates’ y ‘Pintos’, mientras no haya levantado el catastro en dichos Municipios la comisión técnica nombrada por el Gobierno.”

El actor señala como disposiciones violadas por el acto demandado, los artículos 26 y 195 de la Codificación Constitucional, 169 de la Ley 4ª de 1913, la Ley 34 de 1920 y la Ordenanza 46 de 1938 de la Asamblea del Tolima. Además, funda la solicitud de suspensión provisional en el perjuicio notoriamente grave que en su concepto sufre por virtud de la disposición demandada.

Conforme al artículo 94 del Código de lo Contencioso Administrativo, puede ocurrir la suspensión provisional de un acto o providencia, cuando sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave, y cuando siendo la acción de nulidad, haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

La disposición demandada suspende temporalmente para los Municipios de Prado y Coyaima el derecho de inscribir en sus censos catastrales determinadas zonas de terrenos que uno y otro consideran comprendidos en sus respectivas jurisdicciones. Por consiguiente, tal disposición suspende también temporalmente el derecho que puedan tener dichos Municipios a la renta proveniente del impuesto predial sobre esos terrenos.

Ahora bien: el artículo 182 de la Codificación Constitucional establece que “Los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares....” Así, pues, resulta ostensible que si el Municipio de Prado tiene derecho a percibir la renta proveniente del impuesto

predial de los terrenos ubicados dentro del perímetro de su jurisdicción, la disposición demandada que se lo suspende viola el precepto constitucional transcrito, violación que se advierte a primera vista.

El hecho de que exista una discusión sobre los límites entre los dos Municipios, no tiene influencia fundamental para el caso que se contempla, pues la legislación señala la manera de definirla sin que en el tiempo que dure la litis las zonas discutidas dejen de estar bajo la jurisdicción plena de alguna de las entidades de derecho público que se las disputan, así como en las acciones posesorias o de deslinde o de dominio entre particulares los bienes objeto de la querrela quedan siempre, mientras ésta se decide, en poder de alguno de los querellantes. Y no se diga que la Asamblea está autorizada para dictar medidas como la que es materia de la demanda, pues entre las atribuciones que les señala a esas entidades el artículo 97 del Código Político y Municipal, no encuentra aquélla apoyo alguno, ya que en la que pudiera fundarse, que sería el ordinal 39 de dicho artículo, no está comprendida la facultad de suspender el cobro del impuesto predial, pues es cosa distinta reglamentar un impuesto a suspender su cobro. De otro lado, es sabido que las entidades de derecho público, y en general las autoridades públicas, sólo pueden hacer aquello para que están facultadas expresamente por la ley, a diferencia de los ciudadanos, que pueden hacer todo lo que no les esté prohibido. Finalmente, no sobra repetir lo ya insinuado, o sea que para efectos del cobro de los impuestos sobre los predios en discusión, habrá de respetarse, indudablemente, el *statu quo*, mientras se defina la disputa. Y ello señala con mayor nitidez lo improcedente de la medida de la Asamblea y la violación manifiesta que implica del precepto constitucional transcrito atrás.

En tal virtud, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* el auto apelado de que se ha hecho mérito en este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Gustavo A. Valbuena, Luis E. García V., Secretario.

Marca industrial "Maizena".

Ponente: doctor Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado—Bogotá, nueve de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

Por resolución emanada del entonces denominado Ministerio de Industrias, fechada el 26 de noviembre de 1928, se concedió el registro de la marca de fábrica consistente en la palabra "Maizena", para distinguir un producto de maíz, a favor de la sociedad "Corn Products Refining Co., Inc."

En virtud de posteriores resoluciones, la citada marca se ha venido renovando a favor de la misma sociedad por los periodos legales, y está vigente, según constancias de autos, hasta el 22 de noviembre de 1944.

Según certificado de registro de marca de fábrica y de comercio distinguido con el número 14742, se otorgó a favor del señor Cecilio Cuervo F. la marca de comercio "El Lirio".

Está así concebido el supradicho certificado:

"El Ministerio de la Economía Nacional hace saber que por resolución dictada por este Ministerio con fecha 5 de junio del corriente año, vista la solicitud presentada el 28 de enero último por el doctor Ignacio Rodríguez, en su carácter de apoderado de la persona que adelante se menciona, se ha concedido el registro de la marca de fábrica y de comercio que consiste esencialmente en la denominación *El Lirio*, en cualquier tipo de letra, color y tamaño y acompañada de una etiqueta cuadrangular en cuya parte superior se ve la figura de dos lirios, cuyos pedúnculos se cruzan entre sí; hacia el centro, la denominación *El Lirio*, y en la parte inferior aparecen superpuestas las letras G y C, todo sobre fondo amarillo y con leyendas explicativas; la cual marca se emplea, conforme al modelo que se acompaña al presente certificado, para distinguir productos alimenticios, harinas, féculas, maicenas, almidones de maíz y trigo, cremas, comprendidas en la clase 22 del Decreto 1707 de 1931.—Por tanto, de acuerdo con el 42 de la Ley 31 de 1925, sobre protección a la propiedad industrial, se reconoce al señor Cecilio Cuervo F., domiciliado en Bogotá, como único propietario de la referida marca, y se le reconoce asimismo el derecho exclusivo de usarla en el territorio de la República, con el fin indicado, por el término de diez años contados desde la fecha de la resolución arriba mencionada.—Expedido en Bogotá a quince de julio de mil novecientos cuarenta y dos.—El Ministro, *Marco Aurelio Arango.*"

El doctor Carlos H. Pareja, obrando como apoderado de la citada sociedad "Corn Products Refining Co., Inc." establecida en New Jersey, Estados Unidos de América, demanda la nulidad de la resolución por

medio de la cual se otorgó el registro de la marca *El Lirio*, pero únicamente en la parte en que incluye la palabra *Maicenas* entre los artículos que con dicha marca pueden distinguirse.

Considera el doctor Pareja que estando registrada la marca *Maizena*, no puede ser usada ella por ningún otro comerciante o productor, so pena de violar la ley que garantiza la propiedad marcaria.

El juicio ha soportado la tramitación de rigor. El Fiscal de la corporación es de parecer que se acojan las peticiones de la demanda.

Para resolver, se considera:

Desde luego, no se trata de la oposición al registro de la marca *El Lirio*, ni de la cancelación de esta misma marca, porque si así fuera, el negocio escaparía a la competencia de esta corporación, en conformidad con las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, leyes éstas que atribuyen la competencia a los Jueces del Circuito de Bogotá para resolver estas cuestiones. Se trata simplemente de saber si la palabra *Maicenas* puede usarse para distinguir los productos amparados con la marca *El Lirio*, y planteada así la cuestión, es de carácter netamente administrativo, y por ende de la competencia de los Tribunales de esta índole.

El problema es muy sencillo de resolver: la palabra *Maizena* está registrada a favor de la sociedad demandante, tanto en Colombia como en la República de Cuba, según constancia de autos. No es una palabra ésta del patrimonio común del lenguaje, sino propia de quien la inventó para distinguir sus productos, como lo ha dicho la propia Academia de la Lengua Española, según demostración que aparece en el expediente. En estas condiciones, se halla amparada con los atributos que da el derecho de propiedad, a favor de la sociedad demandante. El uso exclusivo de esta sociedad implica necesariamente la prohibición de ser empleada por personas o entidades distintas. De lo contrario, sobraría el registro que mediante resoluciones que no están *sub judice* tiene a su favor la "Corn Products Refining Co." Así, pues, habrá de anularse el acto acusado en la parte en que lo fue.

Pide además, el apoderado del demandante el restablecimiento del derecho, en conformidad con el artículo 99 del Código de lo Contencioso Administrativo, "mediante la orden que se imparta al citado Ministerio para que se abstenga en lo sucesivo de autorizar el uso de la citada palabra *Maicena* o *Maizena* como palabra genérica por no serlo, ya que, por el contrario, es una marca de fábrica registrada a favor de mis poderdantes, quienes tienen legalmente reconocido el derecho exclusivo de usarla en Colombia para los artículos a que se destina".

No puede el Consejo de Estado ordenar el restablecimiento en la forma pedida, es decir, impartiendo órdenes al Ministerio para que en lo sucesivo se abstenga de conceder el uso de la palabra *maicena*, porque sabido es que los Jueces no pueden resolver por vía general. Deben limitarse al caso concreto que les presenta el respectivo juicio. El artículo 99, en que se apoya el doctor Pareja dice: "Ningún acto administrativo anulado o suspendido por los Tribunales o por el Consejo de Estado podrá ser reproducido por la corporación o funcionario que lo dictó si conserva la esencia de las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión". Quiere decir esta disposición que si se repite el caso contemplado en este juicio el acto será anulable por infracción del propio artículo 99, pero en ningún caso se pueden dar normas de carácter general y obligatorio al Gobierno.

En mérito de lo brevemente expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auto-

ridad de la ley, y de acuerdo con su Fiscal, *declara nula* la Resolución número 14742 del Ministerio de la Economía Nacional, pero únicamente en la parte en que incluye la palabra *Maicenas* para distinguir productos amparados con la marca *El Lirio*, concedida al señor Cecilio Cuervo F. En todo lo demás, queda vigente la precitada Resolución.

No es el caso de ordenar el restablecimiento del derecho en la forma solicitada en la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Creación de municipios.

Ponente: doctor Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado—Bogotá, once de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

Por medio de la Ordenanza número 14, expedida el 13 de mayo de 1939 por la Asamblea Departamental de Bolívar y sancionada por el Gobernador el 16 del propio mayo, se creó el Municipio de San Pedro, de Bolívar, compuesto de la población de San Pedro, como cabecera, y de los Corregimientos y caseríos de Buenavista, San Mateo, Rovira, California y Las Flores. Las poblaciones antedichas fueron segregadas del Municipio de Sincé, y el nuevo Municipio debería empezar a funcionar el primero de junio de 1939, en conformidad con el artículo 4° de la susodicha Ordenanza.

El doctor Diógenes Arrieta Arrieta demandó ante el Tribunal Administrativo de Cartagena la nulidad de esta Ordenanza, por considerar que se hallaba en oposición manifiesta con las disposiciones de la Ley 49 de 1931, que señala los requisitos para la creación de nuevos Municipios.

El juicio se tramitó en primera instancia y fue decidido por medio de la sentencia fechada el 29 de febrero de 1940, en que se declaró nula la Ordenanza acusada.

Vinieron entonces los autos al Consejo de Estado en virtud de apelación interpuesta por el doctor Francisco de P. Vargas, apoderado del Municipio de San Pedro, pero al entrar el negocio al despacho para dictar la sentencia de segundo grado, se observó que el procedimiento estaba afectado de nulidad, por cuanto que estando directamente interesados los Municipios de Sincé y San Pedro en las resultas del juicio, no intervinieron en él debidamente representados.

Puesta en conocimiento de las partes la causal de nulidad anotada, el Personero Municipal de Sincé ratificó expresamente la actuación; más no así el de San Pedro, que pidió explícitamente la invalidación del procedimiento.

En estas condiciones, el Consejo de Estado, en proveído de 25 de enero de 1941, declaró nulo lo actuado, "a partir del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cartagena el día 6 de junio de 1939".

Por este motivo volvieron los autos al Tribunal *a quo*, donde se repuso la actuación.

En fallo de 22 de mayo de 1942, y con el voto disidente del Magistrate Manuel Antonio Pineda, se declaró: "Es nula la Ordenanza número 14 de 13 de mayo de 1939, expedida por la Asamblea de Bolívar".

También el Municipio de San Pedro interpuso apelación contra lo decidido por el Tribunal de primera instancia, y por ello vinieron los autos de nuevo al Consejo. Aquí soportaron los trámites de rigor y, como es oportuno, se procede a decidir del mérito de la alzada, no sin advertir que el Consejero a quien correspondió el negocio en el repartimiento presentó proyecto el 25 de junio pasado, que no mereció la aprobación de la Sala, por lo cual hubo de pasar el negocio al Con-

sejero que seguía en turno, quien elaboró el correspondiente proyecto. Discutido el asunto de nuevo, se rechazó este segundo proyecto, se acogieron los puntos de vista expuestos por el sustanciador en el primitivo y por ello regresaron los autos a esta mesa.

El punto largamente debatido en las discusiones orales del Consejo ha sido el de la constitucionalidad de las Leyes 71 de 1916 y 49 de 1931, en cuanto imponen a las Asambleas, para la creación de nuevos Municipios, condiciones extraconstitucionales.

Sostiene la mayoría del Consejo que el legislador sólo puede fijar a las Asambleas, para ejercer esta atribución constitucional, como único requisito, una base de población nada más. Y que las citadas leyes resultan inconstitucionales, en cuanto exigen otros requisitos no impuestos en la superley y desatendibles, de consiguiente, en conformidad con los artículos 150 de la Codificación Constitucional y 5º de la Ley 57 de 1887.

En efecto, "Corresponde a las Asambleas: . . . 4º Crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de población que determine la ley, y segregar o agregar términos municipales, consultando los intereses locales. Si de un acto de agregación o segregación se quejare algún vecindario interesado en el asunto, la resolución definitiva corresponderá al Congreso. . . ." Estas palabras empleadas por el artículo 186 de la Codificación Constitucional, llevan a la conclusión lógica e inevitable de que la única cortapisa que puso el legislador a las Asambleas para la creación de un Municipio fue la base de población, base que debe fijar la ley. Consideró el constituyente que las Asambleas por estar más cerca de los Municipios, por así decirlo, están en mejores condiciones para proceder acertadamente en lo relativo a la creación y supresión de Municipios o a la agregación y segregación de términos municipales, máxime si se atiende al criterio de descentralización administrativa, que informa la Carta Fundamental. Otra redacción habría empleado el constituyente si hubiera querido dejar a la ley la facultad de fijar las condiciones a que debían someterse las Asambleas a este respecto, verbi-gracia habría dicho: "Corresponde a las Asambleas: . . . 4º Crear y suprimir Municipios con arreglo a las condiciones que determine la ley", pero al decir: "Con arreglo a la base de población", se concluye, sin necesidad de esfuerzo alguno, que es ésta la única condición que puede imponer el legislador a las Asambleas. Principios de lógica elemental, de unánime aceptación así lo imponen. Si el constituyente, de modo expreso, incluyó la condición de la base de población, fue porque quiso excluir otras condiciones, o mejor, dejar en libertad a las Asambleas: *inclusioe unius fit exclusio alterius*. Si el constituyente dijo que las Asambleas procederían de acuerdo con la base de población que determine la ley, negó implícitamente que ésta pudiera imponer más requisitos: *qui dicit de uno, negat de altero*.

Así, pues, el Consejo concretará su estudio a examinar si el Municipio de Sincé queda con un número suficiente de habitantes para subsistir conforme a la ley, y si el de San Pedro tiene la población requerida por el legislador.

La Ley 49 de 1931 en el numeral 1º del artículo 1º, que es el único constitucional y de consiguiente aplicable, dice que en lo sucesivo, para que una porción de territorio pueda ser erigida en Municipio, se requiere "que tenga por lo menos ocho mil habitantes, y que cada uno de los Municipios de los cuales se segrega quede, cuando menos, con una población no menor de doce mil habitantes".

Ahora bien: el Consejo ha sostenido en sentencias de fechas 4 de diciembre de 1935, recaída en el juicio de nulidad de la Ordenanza 29 de 1930, que creó el Municipio de Trujillo, y 14 de agosto de 1941, pro-

ferida en el juicio de nulidad de la Ordenanza 49 de 1939, que creó el Municipio de Calima, expedidas ambas por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, como puede verse en los *Anales* de la corporación, números 305 a 307, que para apreciar la base de población, cuando se trata de creación de Municipios, pueden admitirse pruebas distintas del censo, por cuanto la población es un hecho, y el censo puede no expresar la realidad, como acontece en centros en donde la inmigración excede con mucho al aumento por natalidad.

En el Censo General de Población publicado por la Contraloría General de la República, volumen correspondiente al Departamento de Bolívar, página 11, en donde aparece discriminada la población por centros urbanos y rurales, figura Sincé con una población urbana de 15.840 habitantes, lo que excluye toda posibilidad de que el Distrito del cual se hace la segregación quede con una población menor de la exigida por la ley, y figuran San Pedro con una población urbana de 3.839, y Buenavista con 3.171, también de población urbana, lo que da un total de 7.010 habitantes por población urbana solamente, de estos dos Corregimientos, y hace presumir que completa los 8.000 habitantes exigidos por la Ley 49 de 1931, ya que como bien lo observa el Magistrado doctor Manuel Antonio Pineda, que salvó su voto en el fallo de primera instancia, no es admisible que el Distrito de San Pedro no tenga los 8.000 habitantes que se requieren para la creación de nuevos Municipios, puesto que la sola población de San Pedro y Buenavista asciende a 7.010 habitantes, sin incluir la población de los Corregimientos de San Mateo, Rovira, California y Las Flores, que según el artículo 1° de la Ordenanza acusada forman también parte del Distrito de San Pedro, y sin suponer que de 1938 a hoy la población haya aumentado por natalidad e inmigración.

Es conclusión de lo dicho, que por el aspecto de la población, la Ordenanza acusada se acomoda a las exigencias constitucionales y legales, y por tanto, procede la revocación de la sentencia apelada que la había declarado nula.

Por las razones ya dadas, sobra el estudio de las demás cuestiones planteadas en el debate, referentes a si la Asamblea cumplió las demás exigencias contempladas, en los numerales 2°, 3°, 4° y 5° del artículo 1° de la Ley 49 de 1931.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto fiscal, *revoca* la sentencia de 22 de mayo de 1942, proferida por el Tribunal Administrativo de Cartagena en el presente juicio, y en su lugar *resuelve*: *No es nula* la Ordenanza número 14, expedida el 13 de mayo de 1939 por la Asamblea Departamental de Bolívar y por medio de la cual se creó el Municipio de San Pedro.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Anibal Badel, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

dél Consejero doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Bogotá, once de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

Con el natural respeto por el ilustrado concepto de mis colegas, me veo en el caso de salvar voto en el presente fallo, por cuanto estimo que la tesis fundamental que allí se acoge es no sólo equivocada sino perjudicial.

En efecto, estima la mayoría del Consejo que por cuanto el artículo 186 de la nueva Codificación Constitucional dice en su numeral 4º que corresponde a las Asambleas Departamentales "crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de población que determine la ley", resulta inconstitucional que el legislador, bajo el pretexto de complementar dicho artículo de la Constitución, exija que las Asambleas se arreglen a otros requisitos, como los señalados por la Ley 71 de 1916 y la 49 de 1931.

El anterior concepto rompe una constante jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentido diametralmente opuesto. E igualmente se opone por medio de la sentencia a la voluntad nacional expresada por medio de la ley, en el sentido de que las Asambleas no tomen la facultad que les otorga la Carta, en orden a la creación de Municipios, de una manera soberana, autónoma o discrecional, sino como facultad reglada. Este sentimiento ha constituido un movimiento persistente, en el sentido de reagrar cada vez más las exigencias legales, a fin de poner en consonancia la facultad de las Asambleas con las necesidades que la hora actual reclama de los organismos municipales. Esa tendencia arranca desde la expedición de la Constitución de 1886, a la cual pertenece el artículo transcrito, pues las leyes subsiguientes lo desarrollaron como en seguida se verá: los artículos 189 a 194 de la Ley 149 de 1888 (antiguo Código Político y Municipal), preveían la formación de un expediente análogo al que hoy se ordena para acreditar el lleno de los requisitos allí exigidos. Pero como el artículo 196 de la misma Ley preveía el evento de que, en casos especiales y por circunstancias graves de notorio interés público, podían las Asambleas crear distritos sin que se llenasen tales requisitos, la Corte Suprema de Justicia dictó algunos fallos respaldando dicha atribución, lo que erróneamente indujo a algunos a creer que aquella alta corporación declaraba que las Asambleas podían cambiar las cabeceras sin cumplir formalidades de ninguna especie, como lo anota el doctor Jesús Perilla, en fallo de fecha 7 de febrero de 1916 (número 16 de los *Anales del Consejo de Estado*).

Este último artículo no fue reproducido en la Ley 4º de 1913 (nuevo Código Político y Municipal), como tampoco se consagró tal excepción en la Ley 71 de 1916 ni en la 49 de 1931, que es la que rige sobre la materia, por lo cual, desde entonces, se uniformó la jurisprudencia, sin una sola excepción que nosotros comozamos, en el sentido de que debía anularse toda ordenanza relativa a la creación de Municipios, cuando quiera que no se cumplieran previamente por el ordenador departa-

mental las exigencias previstas al efecto por la ley. Es, pues, contra esa jurisprudencia de cerca de 30 años, que irrumpe ahora la nueva tesis preconizada en la sentencia de la cual tengo la pena de disentir.

Sostiene la sentencia que son inconstitucionales y, por lo mismo, inaplicables, las leyes que requieren exigencias distintas de las de la base de población, única prevista por el Constituyente para la creación de Municipios. Analizaremos por separado los dos miembros de esta proposición:

¿Que las leyes son inconstitucionales? Contestamos: ¿quién lo ha declarado? No ha sido la Corte Suprema de Justicia, a la cual en el largo lapso a que he aludido no se ha llevado la correspondiente demanda de inexecutable. Al contrario, la misma Corte, cuando conocía los juicios de nulidad de las ordenanzas, aceptó y aplicó las normas legales entonces vigentes sobre la materia.

¿El Consejo de Estado? Todo lo contrario, como se ha visto por la síntesis que he hecho de la doctrina de esta corporación sobre el particular, que llegó en su reciente fallo, sobre creación del Municipio de Calima, a analizar el lleno de todas las exigencias legales, concluyendo que habían sido establecidas de conformidad y que, por lo mismo, no era nula la ordenanza entonces en estudio.

¿Pero es que acaso entre el texto constitucional y la ley hay una pugna ostensible, de donde pueda deducirse que la última contraría la primera? En mi concepto no. Para mí, el texto constitucional, al disponer que corresponde a las Asambleas crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de población que determine la ley, no consagró una condición única, que privara al Congreso de fijar otras igualmente importantes, máxime cuando agregó la expresión "consultando los intereses locales", en el caso de que se tratara de agregar o segregar términos municipales, fenómeno que se cumple cuando se crean Municipios y que en el caso en estudio es particularmente evidente.

Y no se diga, como algunos pretenden, que esas conveniencias locales pueden apreciarlas arbitrariamente las Asambleas, porque estando por sobre éstas la norma legal que indicó la manera de establecerlas, resulta inaceptable que se haga caso omiso de ellas, cuandoquiera que se trate de ejercitar la correspondiente atribución. Y que la Constitución necesariamente tuvo en mientes para el acto de creación de un Municipio, acto de suyo más importante que el de simple segregación o agregación, las dos circunstancias, población y conveniencias locales, se deduce de la consideración de que no puede aceptarse, dentro de la sabiduría del constituyente, que para tal acto menospreciara el segundo factor, por su naturaleza más importante que el primero, pues no parece lógico que a determinada porción de territorio se le dé la categoría de Municipio por el solo hecho de la cantidad de personas que dentro de él se agrupan, menospreciando o perdiendo de vista su cultura, su capacidad económica y fiscal, así como las no menos importantes exigencias de la educación, de la seguridad, de la higiene y del correcto ejercicio de la autoridad y la justicia.

Pero si ello no fuera así y si el texto constitucional hubiera de interpretarse en sentido restricto, declarando que sólo se refirió, para la creación de Municipios, a la base de población que determinara la ley, ello tampoco significaría que fueran inconstitucionales las leyes que desarrollaron el principio de la Carta, agregándole nuevas condiciones, porque debe entenderse que al referirse la Constitución a la base de población, quiso decir que en ningún caso se prescindiría de ella al tratarse de la creación de Municipios, sin que tal advertencia implicara una prohibición a la reglamentación normal del legislador, para hacer más eficaz y saludable la facultad concedida a las Asambleas sobre tan importante materia.

Son, pues, la Constitución y la ley, en el punto en estudio, armónicas y conducentes al mismo fin: facultad a las Asambleas para crear Municipios, sin que con ello se afecten fundamentalmente las organizaciones ya creadas o los intereses generales de la Administración Pública por el inadecuado funcionamiento de las nuevas creaciones municipales. Son los dos textos contentivos de disposiciones diversas, pero encaminadas al mismo fin y que por lo mismo no pueden considerarse como excluyentes o contrarias, lo que conduce a la segunda parte de este salvamento, relacionada con el hecho de que no es pertinente invocar el artículo 150 de la Codificación, que dice que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Sobre este particular ya fue suficientemente explícito el Consejo en el fallo de 21 de septiembre de 1932 (*Anales del Consejo* números 272 a 274, tomo XXV), cuando dijo: "En sentir del Consejo de Estado, estaría en razón el señor apoderado, si las precitadas leyes negaran a las Asambleas la facultad constitucional para crear o suprimir Municipios. En ese caso si estarían visiblemente en incompatibilidad con la Constitución, lo que obligaría a prescindir de ellas para dar aplicación a ésta, como sucedería, por ejemplo, si se expidiera una ley que estableciera la pena de muerte, cambiara el funcionamiento regular de los Poderes del Estado, o suprimiera alguna o algunas de las garantías sociales que la Constitución reconoce a los ciudadanos colombianos. Estos sí serían casos de incompatibilidad de la ley con la Constitución, porque supuesta la existencia de un precepto, no puede existir el otro. Pero cuando no se contempla el caso de incompatibilidad, sino de una disconformidad de la ley con la Constitución, el conocimiento del negocio y su resolución definitiva corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por mandato expreso del artículo 41 de la obra citada. Este texto con el anterior se complementan, mas no se contraponen."

Y a todo esto no puede oponerse el argumento expresado por el ilustre constitucionalista doctor Tascón, cuando dice que "para nosotros la incompatibilidad entre la Constitución y la ley surge de la imposibilidad de aplicar la una sin perjuicio de la otra y que así, si por ejemplo, el artículo 7 del Acto legislativo número 1 de 1936 dice que son ciudadanos los colombianos mayores de 21 años, se violaría la Constitución si bajo el pretexto de complementarla viniera la ley a establecer que son ciudadanos los mayores de 21 años que sepan leer y escribir". En efecto, en el primer caso se trata de un principio básico, fundamental del Estado, que no necesita ni permite ulterior reglamentación, en tanto que este de que se trata es, por su naturaleza, una simple facultad concedida a un organismo administrativo, que supone por lo mismo el desarrollo natural de la ley. En el primer caso se trata de un precepto estricto que la Constitución define y delimita; en el otro, de una autorización que la misma Carta remite a la reglamentación legal.

Si no se practicara o tuviera en cuenta la diferencia anotada por el Consejo entre incompatibilidad clásica y simple disconformidad de la ley con la Constitución, se correría el peligro de que los Jueces, por conceptos particulares e interpretaciones personales, en casos de simple disconformidad, invocaran incompatibilidad dejando de aplicar las leyes y sustituyendo así a la Corte Suprema de Justicia, que es la entidad a la cual le está encomendada, de manera privativa, la guarda de la Constitución.

Sobre este y otros particulares podría extenderme, como lo han hecho en otras ocasiones quienes han sostenido los mismos principios con razones análogas. Basta, para terminar, agregar que la tesis por la cual propugno es la única que se acomoda a las conveniencias nacio-

nales, como lo demuestra el hecho de que en el año de 1931 se consideraron deficientes las condiciones fijadas en la Ley 71 de 1916, por lo cual la Ley 49 de aquel año fijó, junto con el aumento de la base de población, lo relativo a las rentas, el número de familias, la existencia de locales adecuados para escuelas, casa municipal, cárcel y hospital o los recursos suficientes para construirlos, manera de solicitar la creación y condiciones territoriales del Distrito que sufre la segregación. Si a pesar de esta reagravación de exigencias, la estadística demuestra que hay una gran cantidad de Municipios parásitos, que en vez de constituir una ayuda son una carga para los Departamentos y para la Nación, ¿qué sería, pregunto, el día en que si persistiera la tesis del Consejo de que para crear Municipios no es menester cumplir ningún requisito distinto del de la base de población, se produjera ante las Asambleas el reclamo automático de aquellos sectores donde fue más copiosa la votación, aunque por su incultura, pobreza e impreparación fueran los menos aptos para ser elevados a la categoría de Municipios? Nos parece tan grave la tesis del fallo, que sería el caso de proponer a la Corte Suprema de Justicia la demanda de inexecutableidad de esta ley, para que diga la última palabra y determine así si es menester o nó una reforma constitucional sobre la materia.

Cómo en el caso en estudio, sobre creación del Municipio de San Pedro, aparece de autos que no se llenaron por la Asamblea de Bolívar, al expedir la ordenanza respectiva, las formalidades legales a que he aludido, estimo que el fallo apelado es jurídico y por lo mismo ha debido confirmarse.

Guillermo Peñaranda Arenas.—Luis E. García V., Secretario.

Jubilación de maestros.

Ponente: doctor, Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado—Bogotá, diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

El señor Marco Tulio Herrera Mazuera, mayor y vecino de Cali, por medio de apoderado demandó ante el Ministerio de Educación Nacional el reconocimiento y pago en su favor y a cargo de la Nación, de una pensión vitalicia de jubilación de \$ 100 mensuales por sus servicios prestados como "maestro y profesor de enseñanza primaria y secundaria en la Nación".

El Ministerio, por medio de la Resolución número 32 de 27 de julio del año en curso, reconoció y mandó pagar en favor del demandante y a cargo de la Nación, la pensión solicitada desde la fecha de la Resolución. El asunto ha venido al Consejo de Estado en grado de consulta, y como es oportuno, se procede a resolver.

El actor ha establecido en autos lo siguiente:

a) Que sirvió en el "Colegio Público y como Subdirector del Liceo de Instrucción Secundaria de Cartago", por un espacio de tiempo de 3 años 0 meses 0 días.

Como Rector del Colegio Público de Cartago 3 " 1 " 7 "
Rector del Colegio Académico de Cartago. 1 " 0 " 0 "

Prefecto de estudios y profesor de francés y religión en el Colegio Académico de Cartago 1 " 0 " 0 "

Profesor-Director del curso de francés 1º de bachillerato en el Colegio de Santa Librada, de Cali 6 " 4 " 0 "

Suma 14 " 5 " 7 "

En la enseñanza primaria:

Inspector Escolar de la Provincia de Cartago 0 " 10 " 24 "

Director de la Escuela Superior Urbana de Roldanillo 3 " 9 " 23 "

Director del curso preparatorio de enseñanza primaria complementaria del Colegio de Santa Librada, de Cali 2 " 0 " 0 "

Suma 6 " 8 " 17 "

Estos servicios se comprueban con los certificados expedidos por la Dirección de Educación Pública del Departamento del Valle del Cauca, que obran en autos.

b) Que el actor es mayor de 50 años de edad (partida de origen eclesiástico).

c) Que en la prestación de sus servicios se ha portado con honradez y consagración, observa buena conducta y carece de bienes y renta distinta del sueldo que ha devengado en el magisterio (testimonios de Ernesto García Vásquez y Nicolás Ramos Hidalgo).

d) Que no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional (certificado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público).

e) Que tiene arreglada su situación militar (certificado del Alcalde Mayor de Cali).

Como se ve, el actor ha servido 14 años, 5 meses y 7 días en la enseñanza secundaria, y 6 años 8 meses 17 días en la primaria.

La Ley 114 de 1913, en que se apoya la demanda, otorga (artículo 1º) a "Los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte años", una pensión de jubilación vitalicia equivalente (artículo 2º) a la "mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio", si cumplen los demás requisitos que exige la misma Ley.

La Ley 37 de 1933 hizo extensivas "las pensiones de jubilación de los maestros de escuela" (artículo 3º) a aquellos "maestros que hayan completado los años de servicio señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria".

Según se ha visto, el demandante sólo ha servido en la enseñanza primaria 6 años 8 meses 17 días, de los cuales solamente 4 años 8 meses 17 días en las escuelas primarias oficiales, incluyendo los 10 meses 24 días que sirvió como Inspector Escolar.

Ahora bien: el Consejo de Estado, en recientes y repetidas ocasiones, ha sostenido que, para que un maestro pueda invocar el derecho que confiere la Ley 37 de 1933, es preciso que haya servido más de la mitad del tiempo exigido por la ley en la enseñanza primaria oficial, ya que el complemento no puede, en sana lógica, ser inferior a lo complementado. Y en razón de ello, si el servicio de los maestros de escuelas primarias oficiales, para efectos de la jubilación, puede completarse con servicios "en establecimientos de enseñanza secundaria", los primeros deben ser de mayor extensión que los segundos. En consecuencia, como en el caso en estudio, los servicios en la enseñanza primaria prestados por el demandante son muy inferiores a la mitad del tiempo que exige la Ley 114 de 1913, las peticiones de la demanda no pueden ser acogidas y la Resolución consultada debe revocarse para negar, en su lugar, el reconocimiento solicitado.

También ha sido jurisprudencia del Consejo de Estado, fundada en muy sensata interpretación de la ley, que en el caso de que se completen servicios prestados en el magisterio en escuelas primarias oficiales con servicios en establecimientos de enseñanza secundaria, los sueldos que se tomen en cuenta, para la determinación de la pensión, deben ser los últimos devengados en las escuelas primarias oficiales y no los devengados en la enseñanza secundaria, pues lo contrario se podría prestar a abusos.

Finalmente, conviene observar que la Ley 42 de 1933 otorga pensión de \$ 80.00 a aquellos institutores que hubieren desempeñado durante más de 15 años puestos en el magisterio como profesores en establecimientos públicos o privados y que tengan más de 70 de edad. Esto concurre a confirmar de modo más convincente que para obtener la gracia que otorga la Ley 114 de 1913 es menester haber servido la mayor parte del tiempo requerido como maestro de escuelas primarias oficiales.

En tal virtud, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la Resolución número 32 de 27 de julio del año en curso, emanada del Ministerio de Educación Nacional, que ha sido materia de la consulta, y en su lugar *niega* las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Anibal Badel, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Decretos reservados. - Validez.

Ponente: doctor Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado—Bogotá, veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

En demanda presentada en legal forma en la Secretaría de esta corporación el día 31 de mayo postrero, el doctor Carlos Alberto Vergara Puertas, mayor y de esta vecindad, obrando en calidad de apoderado del Subteniente de Aviación señor Enrique González Fariás, igualmente mayor y de la misma vecindad, solicita que, previos los trámites pertinentes, se hagan, en sentencia definitiva, las siguientes declaraciones y condenaciones:

“Primera. Que es nulo, por ilegal, el Decreto ejecutivo número 411, fechado el 26 de febrero de 1943, en lo pertinente del artículo 1º, letra b), *Aviación*, y por cuanto retira, en forma temporal del servicio activo, al Subteniente Piloto Enrique González F., por edad, con base en el Decreto-ley número 1680 de 1942 —orgánico de la Aviación— y lesiona sus derechos militares y civiles.

“Segunda. Consecuencialmente, que: a) El Subteniente Piloto Enrique González F. debe reincorporarse a las Fuerzas Militares, en su grado y empleo, en situación de actividad, a partir de la fecha de su retiro, indicada en el artículo 4º del Decreto 411 precitado; b) El Tesoro Nacional —Ministerio de Guerra— le pagará, en concepto de indemnización de perjuicios, por vía reparativa, una suma equivalente a los sueldos y primas de vuelo dejados de percibir en virtud del acto ilegal, desde el 1º de junio del año en curso, día de su retiro definitivo, hasta la fecha que sea colocado nuevamente en situación de actividad; c) Debe otorgarse el grado de Teniente Piloto al Subteniente González F., en conformidad con el artículo 10 de la Ley 55 de 1938 y 29 del Decreto 991 de 1941, abonándosele la antigüedad con fecha 30 de abril de 1942, que cumplió los dos años de servicio exigidos por la ley.”

Dice así el acto acusado, en su parte pertinente:

“El Presidente de la República, en uso de sus facultades legales, *decreta*:

“Artículo 1º De conformidad con los artículos 34 del Decreto-ley número 1123 de 1942 y 32 del Decreto-ley número 1680 de 1942, retirase en forma temporal del servicio activo, por edad, a los siguientes Oficiales de las Fuerzas Militares:.....
b) *Aviación*. Subteniente Piloto Enrique González F....

“Artículo 3º Para los efectos de la formación de sus respectivas hojas de servicios, los Oficiales mencionados en los artículos que anteceden serán dados de alta, a partir de la vigencia del presente Decreto, en la Sección de Caja y Pagaduría del

Departamento de Control y Contabilidad del Ministerio de Guerra, por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales, los citados en el artículo pasarán a la reserva....

“Artículo 4º El presente Decreto surte efectos a partir del primero (1º) de marzo de este año...”

Los hechos en que el actor apoya su derecho se hallan expuestos en el libelo en la forma que sigue:

“1º El Decreto número 411 de 1943, originario del Ministerio de Guerra, y por medio del cual se retira en forma temporal del servicio activo —en su letra b), Aviación—, de las Fuerzas Militares al señor Subteniente Piloto Enrique González F., por edad, tiene como fundamento legal el Decreto número 1680 de 1942, emanado también del mismo Ministerio.

“2º El aludido Decreto número 1680 es de carácter *reservado*, no ha sido publicado en el *Diario Oficial*, órgano de promulgación de las leyes y demás providencias ejecutivas que obliga a los gobernados, y se basa en las mismas normas y autorizaciones extraordinarias de los Decretos-leyes números 1123 y 1025 de 1942, originarios del Ministerio de Guerra, los cuales no fueron aplicados por el honorable Consejo de Estado sino cuando entró en vigencia la Ley 43 de 1942.

“3º La Ley 43 de 1942 no contempla el mencionado Decreto número 1680.

“4º El Subteniente Piloto Aviador Enrique González Fariás ha servido en las Fuerzas de Aviación Militar hasta el 1º de junio del año en curso, fecha de su retiro, según la hoja de servicios, durante un lapso de siete (7) años dos meses (2).

“5º Como Subteniente Piloto Aviador sirvió desde el 30 de abril de 1940 (Decreto 865) hasta el 1º de junio de 1943, fecha en que la hoja respectiva cierra la liquidación de servicios; es decir, *tres años un mes*.

“6º Las normas vigentes al respecto, excepción del Decreto número 1680 de 1942, estatuyen el lapso de *dos años* de servicio en el arma como requisito para el ascenso de Subteniente a Teniente.

“7º El Gobierno, al otorgar el grado de Subteniente de Aviación (Decreto 865 del 30 de abril de 1940) al Alférez Enrique González Fariás, “*por haber llenado a satisfacción los requisitos legales* (subrayo), precisamente cuando había llegado a la edad del retiro exigida hoy en el grado, aceptó el hecho cumplido y contrajo la obligación consecencial de mantener el *status legal* de dicho aviador militar con todos sus derechos y obligaciones inherentes. El Gobierno demoró sus grados de Alférez a Subteniente y Teniente.

“8º El Subteniente González F. es uno de los pilotos militares más capacitados, cuya técnica y pericia lo hacen necesario en la difícil misión que deben llenar y cumplir los aviadores de nuestras Fuerzas Aéreas.

“9º El Decreto número 411 acusado de nulidad viola normas constitucionales, legales y reglamentarias de carácter militar y civil.

“10. Al pasarse por medio del Decreto 411 precitado a la situación de retiro temporal al Subteniente Aviador González Fariás, se lesionan sus derechos militares y civiles adquiridos.”

Estima el demandante que con el acto acusado se violaron los artículos 166 y 169 de la Constitución, que garantizan la estabilidad del Oficial en situación de actividad, con sus derechos y obligaciones inherentes; el 10 del Acto legislativo número 1 de 1936, que protege los derechos adquiridos con justo título; el 10 de la Ley 55 de 1938 y el 32 del Decreto 1265 de 1941, que fijan, respectivamente, el tiempo para el ascenso de Alférez a Subteniente y de este grado a Teniente, lo mismo que la edad y forma de retiro; y el 34 del Decreto 1123 de 1942, que establece la edad para el retiro de los Subtenientes.

Hé aquí el sentido en que el actor estima violadas las disposiciones que se acaban de citar, según los propios términos de la demanda:

"1º *Constitucionales*. El artículo 169, por cuanto estatuye que 'Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley', y, en primer término, el artículo 34 del Decreto-ley 1123 de 1942 no es aplicable a los pilotos aviadores sino a los Oficiales del Ejército terrestre; en segundo, el Decreto 1680 citado, tampoco es aplicable, toda vez que por tener carácter de *reservado* no ha sido promulgado ni hecho conocer en forma alguna a los gobernados, conteniendo, como contiene, derechos y obligaciones que dicen relación a los aviadores militares, y especialmente su artículo 32 los requisitos de retiro por edad. Por otra parte, se priva del ascenso a Teniente —como se privó de su ascenso en oportunidad y en conformidad con el tiempo legal— de Alférez a Subteniente, según se desprende de la hoja de servicios, a pesar de haber sobrepasado en un año el lapso impuesto por la norma vigente. (Artículo 10 de la Ley 55 de 1938).

"2º *Militares*.—Artículo 34 del Decreto-ley 1123 de 1942, en cuanto éste se refiere exclusivamente a los Oficiales del Ejército terrestre y no a los del arma de Aviación, pues ellos se rigen por normas distintas también de carácter especial (Ley 55 de 1938, artículo 10, Decreto 991 de 1941). Artículo 40 del Decreto 991 de 1941, en cuanto determina la forma de retiro distinta a la señalada por el Decreto acusado.

"3º *Régimen político y municipal*. El artículo 52 de la Ley 4º de 1913. Estatuye este artículo que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y el Decreto 1680 de 1942, base legal que toma el Decreto 411 de 1943, según lo certifica el Ministerio de Guerra, es de carácter *reservado* y no ha sido promulgado en conformidad con lo testificado por el Ministerio de Gobierno.

"*Acto legislativo número 1 de 1936*, artículo 10. Por cuanto este artículo garantiza los derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden ser desconocidos por leyes posteriores. El derecho de permanecer en la aviación militar en su carácter de piloto, con los demás inherentes, tales como cumplidos el año de servicio como Alférez, ser ascendido a Subteniente Piloto y los dos años de Subteniente Piloto a Teniente Piloto, y los ocho años en la Aviación Militar, el sueldo o pensión de retiro, fue adquirido por González Farias desde el momento que el Gobierno, por medio del Decreto 865 del 30 de abril de 1940, le concedió el grado efectivo de Subteniente Piloto y fue destinado a servir como tal en el Escuadrón de Bombardeo pesado de la Base 'Germán Olano' y halo sostenido en servicio activo durante tres años, dando como hecho cumplido el requisito de la mayor edad en el grado exigido en la actualidad y que no existía para los aviadores en la fecha de su ascenso a Subteniente."

El juicio ha soportado los trámites de rigor. El Fiscal de la corporación estima que deben negarse las peticiones de la demanda.

Para resolver, se considera:

Desde luego, no se advierte la violación de las disposiciones constitucionales que alega el demandante: no la del artículo 169, porque al señor González Farias *no se le ha privado de su grado, ni de sus honores, ni de sus pensiones* por medio del acto acusado. Simplemente se le retiró "en forma temporal del servicio activo" y se le pasó a la reserva, que es cosa bien distinta. El Subteniente González Farias, en su nueva situación, conserva su grado y demás prerrogativas inherentes a los militares retirados. Tampoco se viola el artículo 10 del Acto legislativo número 1 de 1936, por medio del cual se garantizan los derechos adquiridos con justo título, porque en lo tocante a la Fuerza Armada hay un estatuto especial que gobierna los derechos de los militares, y en las leyes que desarrollan el principio constitucional se establecen en forma clara y expresa los motivos por los cuales los militares pueden ser retirados del servicio. Por manera que las disposiciones constitucionales señaladas como violadas por el acto acusado, no juegan en este debate.

Verdad es, como lo afirma el demandante, que el acto acusado busca apoyo, entre otros, en un "Decreto-ley de carácter reservado" y no se explica el Consejo cómo pueden tener valor y fuerza obligatoria decretos extraordinarios, que tienen fuerza material de ley, de carácter reservado, es decir, que no se promulgan, siendo así que la ley sólo obliga en virtud de su promulgación, no sólo en el derecho positivo colombiano, sino en todos los estados de derecho. Por esta razón, el Consejo hará caso omiso del precitado Decreto de carácter reservado 1680 de 1942. Pero como el Decreto acusado invoca también el Decreto 1123 de 1942, preciso es examinar, caso de ser aplicable, si en conformidad con este Decreto el Gobierno podía retirar temporalmente del servicio al Subteniente González Farias. El artículo 34 de este Decreto dice que "Es forzoso el retiro, con pase a la reserva, de los Oficiales combatientes, de Intendencias y de Material de Guerra, cuando cumplan las siguientes edades: . . . Subteniente. . . 32 años". Ahora bien: como de la hoja de servicios del demandante se desprende que a la fecha de su retiro tenía más de 32 años, puesto que nació el 9 de febrero de 1908, forzoso es concluir que el Gobierno procedió en conformidad con este artículo, al decretar el retiro del señor González Farias.

Mas alega el demandante que esta disposición se refiere al ejército terrestre y no a la Aviación, que se rige por disposiciones especiales, pero es lo cierto que conforme al Decreto 991 de 1941, de carácter reservado y que en concepto del demandante es el aplicable al Subteniente González, también se fija la edad de 32 años para el retiro, y si por ser de carácter reservado este Decreto no es aplicable, las leyes anteriores fijan la edad de retiro para el Subteniente en un número de años inferior en todo caso a los que tenía el demandante cuando fue retirado. Nótese que el Subteniente González fue retirado, con pase a la reserva, únicamente por razón de edad.

También se pide en la demanda que se declare el derecho del demandante de ser ascendido de Subteniente a Teniente, por haber observado buena conducta y tener el tiempo requerido para el ascenso. No basta, en conformidad con la Ley 23 de 1916, que está vigente al respecto, el tiempo de servicio y la buena conducta para conseguir el ascenso. Se requieren varias otras condiciones, entre ellas, que haya una vacante en el cargo superior, y si hay varios con derecho al ascenso, se preferirá al que "reúna las mejores condiciones" para ocupar el cargo superior. (Artículos 8 y 9 de la Ley 23 de 1916). Y el actor no ha demostrado en el presente caso ni que haya la vacante ni que sea el único apto para ocuparla, caso de existir.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* las peticiones de la demanda presentada por el Subteniente Piloto Militar, en retiro, señor Enrique González Fariás, por medio de apoderado, sobre declaración de nulidad del Decreto número 411 de 26 de febrero de 1943 —artículo 1º, letra b) Aviación—, emanado del Ministerio de Guerra, en cuanto afecta al demandante, y sobre restablecimiento del derecho.

Cópiese y notifíquese.

Anibal Badel, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía, Guillermo Peñaranda Arenas.—Luis E. García V., Secretario.

Inelegibilidades electorales.

Ponente: doctor Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado—Bogotá, diez de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Luis Mufarrij, mayor y vecino de Cartagena, en escrito presentado ante el Juez 3º Civil del Circuito de aquella ciudad, demanda la nulidad de la elección recaída en la persona del doctor Raúl H. Barrios para miembro de la Cámara de Representantes en el período constitucional que cursa, elección declarada por el Consejo Electoral de Bolívar en la sesión comprendida del diez al once del mes de abril del corriente año de 1943 y que, en consecuencia, se declare también nula la credencial que le fue expedida al expresado doctor de su calidad de miembro principal del Congreso de la República.

Los fundamentos de hecho en que el demandante apoya la nulidad se hallan expuestos así en el libelo:

“I.—El señor Raúl H. Barrios ejercía jurisdicción y autoridad civil en el Departamento de Bolívar durante los tres meses anteriores a las elecciones que, de acuerdo con la ley, se efectuaron el veintiuno (21) de marzo último, tercer domingo de dicho mes.

“II. El señor Raúl H. Barrios ejercía jurisdicción y autoridad civil, porque ocupaba el cargo de Auditor General de la Contraloría de Bolívar, y como tal, desempeñaba, entre otras, las siguientes atribuciones:

“Todas las funciones que implican jurisdicción y autoridad y que, de acuerdo con la Ordenanza 40 de 1939 son funciones del Contralor Departamental, las cuales toca desempeñar al Auditor General, conforme a la Ordenanza 15 de 1942 del mismo Departamento, en todos los casos de ‘vacancia’ o ausencia del Contralor Auxiliar”;

“Las funciones exclusivas del Auditor General, entre las cuales señalo, como características de las llevan (sic) envuelta jurisdicción y autoridad, entre otras las que señala el artículo 3º de la Ordenanza 15 de 1942, expedida por la Asamblea de Bolívar.

“III. El señor Barrios ejercía tales funciones tres meses antes de las elecciones y aun con posterioridad al veintiuno (21) de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos (1942) estaba investido del cargo de Auditor General de la Contraloría de Bolívar, empleo para el cual sólo nombró reemplazo la Gobernación de dicho Departamento el día siete (7) de enero de mil novecientos cuarenta y tres (1943).

“IV. Por ejercer tales funciones el señor Barrios se hallaba inhabilitado para ser elegido Representante, al tenor del artículo 102 de la Compilación Constitucional.”

Señala como disposiciones violadas el demandante el artículo 102 de la Codificación Constitucional y demás "preceptos pertinentes de la Ley 4ª de 1913".

A la demanda acompañó el actor una copia auténtica de la *Gaceta Departamental de Bolívar*, donde corre publicada la Ordenanza número 15 de 1942 y la cual sirve de fundamento a los cargos de la demanda; un certificado expedido por el señor Gobernador del Departamento de Bolívar, según el cual el doctor Barrios presentó renuncia del cargo de Auditor General de la Contraloría Departamental el día 14 de diciembre de 1942 ante el señor Contralor respectivo, funcionario éste que por creer que no era de su competencia la consideración de la renuncia, la remitió a la Gobernación el 19 del propio diciembre, y el Gobernador, mediante el Decreto número 261 de 31 de diciembre de 1942, aceptó la renuncia y designó interinamente para reemplazar al dimitente, al señor Carlos Miguel Vergara Avilez, quien tomó posesión de su cargo el 14 de enero del año en curso; un concepto del Ministerio de Gobierno, según el cual, al tenor del artículo 102 de la Constitución, el doctor Barrios no podía ser elegido Representante legalmente por implicar el cargo que desempeñaba ejercicio de la jurisdicción, en conformidad con la Ordenanza número 15 de 1942 de la Asamblea de Bolívar, a no ser que el ciudadano que venía ocupando tal cargo se hubiera retirado definitivamente de él antes del 21 de diciembre próximo pasado, como el mismo artículo constitucional lo establece.

Solicitó, además, en su demanda el señor Mufarrij que antes de admitirse la demanda se solicitara por el Consejo de Estado de la respectiva corporación electoral de Bolívar una copia del acta de los escrutinios correspondientes "cuya copia no he podido obtener aún de la referida corporación electoral".

El Consejo de Estado, en auto de 7 de mayo del año en curso, ordenó solicitar la expresada copia, lo cual se hizo el mismo día por conducto de la Secretaría en despacho telegráfico, pero aconteció que desde el 27 de abril anterior ya reposaba en la Secretaría de esta corporación la aludida copia, remitida por el Secretario del Consejo Electoral de Bolívar, oficiosamente, copia que el Secretario del Consejo de Estado agregó a los autos con este informe: "Cumplido como está el auto de siete de los corrientes, paso este negocio a la mesa del señor Consejero doctor Gaitán, hoy diez de mayo de mil novecientos cuarenta y tres. El Secretario, *L. E. García V.*". Procedió así la Secretaría por cuanto al pedir la copia el Secretario del Consejo Electoral de Bolívar respondió que ya había sido remitida.

En vista de lo anterior, el Consejo, en auto de 10 de mayo postrero, admitió la demanda y ordenó darle el curso reglamentario.

En este estado pidió el doctor Raúl H. Barrios que se le tuviera como parte opositora en el juicio, a lo cual accedió el Consejo en auto de 11 de mayo.

El demandante y el opositor han venido actuando en el juicio por medio de sus apoderados, legalmente constituidos, doctores Carlos J. Medellín y Otto Barrios Guzmán, respectivamente.

El juicio ha soportado los trámites competentes: se produjeron pruebas en el respectivo término, se recibieron los alegatos de conclusión y se oyó al Agente del Ministerio Público. Este funcionario es de parecer que deben negarse las peticiones de la demanda, pero que debe tomarse copia de lo conducente y remitirse al funcionario instructor del caso para efecto de que se averigüe la responsabilidad en que haya incurrido el doctor Barrios por abandono del cargo de Auditor General de la Contraloría Departamental de Bolívar.

Ejecutoriado como está el auto de citación para sentencia y estando dentro del término que tiene el sustanciador para formular proyecto,

según el artículo 231 del Código de lo Contencioso Administrativo; se procede a fallar, con apoyo en las consideraciones que se leerán a continuación.

Como son varias las cuestiones planteadas en el debate, por razón de método el Consejo las tratará en capítulos separados y conforme al orden lógico.

I

Primeramente alega el opositor la "caducidad de la acción" y al respecto razona así, en síntesis: conforme al artículo 211 del Código de lo Contencioso Administrativo, a esta clase de demandas debe acompañarse copia auténtica del acto acusado, y sólo en el caso de que el funcionario que deba expedir la copia no la expidiere oportunamente, o negare su expedición, puede la entidad falladora, antes de admitir la demanda, solicitarla, en virtud de la afirmación que al respecto haga el demandante en el libelo. En el caso de autos, el señor Mufarrij afirmó en la demanda que la "copia no he podido obtener aún de la referida corporación electoral", y en vista de esta afirmación, el Consejo la solicitó. La copia ya estaba en la Secretaría de esta corporación, enviada, no para este juicio, sino para el archivo, a efecto de que pudiera utilizarse en los casos previstos por la ley, y por ello, el Consejo Electoral de Bolívar, seguramente por ahorrarse el trabajo, contestó que la copia en cuestión ya había sido remitida y el Secretario la agregó a los autos. Conforme al artículo 87 *ibidem*, la demanda debe presentarse debidamente aparejada y en el término de diez días hábiles a contar del siguiente al en que se verificaron los escrutinios correspondientes, prescrito por el artículo 209, y como el señor Mufarrij, conforme al certificado expedido el día 13 de mayo pasado por el Presidente y el Secretario del Consejo Electoral del Departamento de Bolívar no solicitó ni verbalmente ni por escrito la copia en referencia en el término de los diez días de que se ha hablado, hay que concluir que no aparejó oportunamente su demanda, lo cual conduce a la caducidad de la acción.

Para el Consejo tiene innegable fuerza la anterior argumentación: conforme al artículo 211 citado, es imperativo que se acompañe a la demanda copia del acto que se acusa, y únicamente en el caso de que la copia no se expida oportunamente o se deniegue su expedición, se puede ocurrir al procedimiento del inciso segundo del artículo en cuestión. De los términos ambiguos que usó el demandante en el libelo, concluyó el Consejero sustanciador lógicamente que no se le había expedido la copia oportunamente, pero las palabras del demandante fueron paladinamente contradichas por el Presidente y el Secretario del Consejo Electoral de Bolívar, y entre una simple afirmación de un litigante y la certificación de dos funcionarios, fuerza es creer a la segunda. Por esta razón debe concluirse que el demandante no se proveyó oportunamente de los elementos que la ley exige para presentar una demanda de carácter electoral, lo que conduce a sostener que la demanda viene a resultar extemporánea por tardía, ya que el señor Mufarrij no se hallaba en el caso previsto en la segunda parte del artículo 211 citado.

Y no se arguya que esta cuestión está precluida, que ha debido discutirse al admitir la demanda, que la ley acepta el simple dicho del demandado y no permite debate probatorio al respecto, porque conforme al artículo 215 del Código Contencioso Administrativo, contra el auto que admite la demanda "no hay ninguna clase de recurso" y por ello hubo de negarse la reposición que oportunamente solicitó el apoderado del opositor contra dicho auto. Si la ley, en obsequio a la brevedad, no permite determinadas discusiones en el decurso de un juicio

por considerarlas secundarias, no por ello prohíbe que se ventilen en la sentencia definitiva y si tienen influencia en lo fundamental, se libre el pleito en conformidad con ellas. En técnica procesal, las excepciones dilatorias por su naturaleza misma son de previo y especial pronunciamiento, y sin embargo, en gracia de la rapidez del juicio, el artículo 765 del Código Judicial dispone que en los juicios ordinarios de menor cuantía se fallen en la sentencia y que si se encuentran probadas no éntre el Juez en el fondo de la cuestión debatida. Muchos otros ejemplos se pudieran citar en corroboración de esta tesis.

La circunstancia de que la ley expresamente no autorice debate probatorio en determinado estado del juicio no priva a una de las partes del derecho de contraprobar cuando el juicio se llame a pruebas. Si la ley se fía en la palabra del demandante en determinados casos, puede el opositor infirmar luego las aseveraciones que haga. Tal ocurre en el caso de autos. El señor Mufarrij en forma no por implícita menos clara, asevera en su demanda que el Consejo Electoral de Bolívar no le expidió oportunamente la copia, lo cual implicaba necesariamente el haberlas solicitado, y el opositor demostró que el demandante nunca solicitó las copias, como debía haberlo hecho. Y es que la cuestión debatida no tiene un alcance meramente procesal. La ley ha querido garantizar la estabilidad en los nombramientos y elecciones, pero para no privar del derecho de demandar un nombramiento o una elección ilegales, ha señalado un plazo para ejercitar la acción, vencido el cual, el nombramiento o elección adquieren firmeza, no pueden demandarse. Y no basta simplemente la interposición de la demanda; es preciso que ella llene todos y cada uno de los requisitos de forma y de fondo que la ley exige.

Sin embargo, aunque lo anterior fuera bastante para desestimar la acción, quiere el Consejo tocar y definir todas las cuestiones controvertidas.

II

Sostiene el demandante que el cargo de Auditor General de la Contraloría de Bolívar, que desempeñaba el doctor Barrios, lleva anexa jurisdicción, y de consiguiente es uno de aquellos que causan inhabilidad para ser elegido Senador o Representante si se han ejercido tres meses antes de las elecciones, conforme al artículo 102 de la Codificación Constitucional. De su parte, el opositor estima que en virtud de varias reformas de la organización de la Contraloría Departamental de Bolívar, las funciones que últimamente tenía adscritas el Auditor no implican mando o jurisdicción.

Se considera:

La organización y funciones de la Contraloría del Departamento de Bolívar y sus dependencias se gobierna, como es obvio, por las ordenanzas de la Asamblea. La Auditoría General fue creada por la Ordenanza número 15 de 1942. El nombramiento lo debía hacer la Asamblea para períodos de dos años, y entre las funciones principales de este empleado estaban las de reemplazar al Contralor Departamental en sus faltas temporales y absolutas en defecto del Contralor Auxiliar; ejercer funciones de Jefe de la Sección de Cuentas Municipales, firmando los autos de observaciones o de fenecimientos que se dicten al examinar y estudiar las cuentas de los empleados de manejo municipales y todas aquellas providencias emanadas de dicha Sección; imponer multas a los empleados departamentales y municipales hasta por cincuenta pesos cuando no les suministren oportunamente los informes que les soliciten para el desempeño de sus funciones, etc., etc.

Es innegable, en conformidad con esta Ordenanza, que es en la que apoya el actor su demanda, que el Auditor General de la Contraloría si tenía jurisdicción. No otra cosa implica el poder dictar autos e imponer sanciones.

Pero alega el opositor que esta Ordenanza fue modificada sustancialmente en el sentido de suprimir varias de las funciones del Auditor hasta el extremo de convertirlo en un simple empleado subalterno sin mando ni jurisdicción y a propósito cita varias disposiciones que el Consejo analizará.

El artículo 37 de la Ordenanza 45 de 1942 (posterior a la 15), dispuso que "para los efectos de reglamentación interna de la Contraloría, considérase vigente la Resolución número 367 de 1942 de la Contraloría". La citada Resolución 367 dispone en su artículo 1º que se refundan en una sola sección "las que en la actualidad vienen funcionando con el nombre de 'Cuentas Municipales' y 'Control de Contabilidad', bajo la Jefatura del Jefe de la 'Sección de Control y Contabilidad'. Dispuso igualmente que el Jefe de la nueva Sección sometiera a la consideración del Contralor el reglamento de que trata el artículo 9º de la Resolución número 277 de 1939. Por esta Resolución número 277 las funciones de la Sección de Cuentas Municipales tan sólo se reducían a "proyectar los autos de glosas o de fenecimiento"; "proponer al Contralor las resoluciones sobre imposición de multas"; "preparar las notificaciones de glosas o de autos de fenecimientos"; "proponer al Contralor las visitas que deban practicarse"; "preparar todos los datos necesarios para la rendición del informe anual al Gobierno y a la Asamblea Departamental"; "preparar las circulares sobre contabilidad y los formularios respectivos que deban usarse en los Municipios", etc., etc. De esto deduce el opositor a la demanda que si las funciones del Auditor eran principalmente las de Jefe de la Sección de Cuentas Municipales y esta Sección se refundió con la de Control y Contabilidad, bajo la dirección del Jefe de esta última, es claro que el Auditor quedó como un simple empleado subalterno sin funciones que implicaran jurisdicción.

No lo estima así el Consejo, porque es regla que, cuando una disposición posterior no está en abierta oposición con otra anterior, ambas deben considerarse vigentes. Y lo dispuesto en la Ordenanza 45 no está en franca oposición con lo determinado en la número 15. La primera de estas Ordenanzas tan sólo facultó al Contralor para reglamentar el régimen interno de la Contraloría, y es claro que esta facultad no conducía ni podía interpretarse hasta el extremo de modificar las atribuciones que en forma expresa una ordenanza anterior había otorgado al Auditor General. No puede suponerse que el 18 de junio la Asamblea hubiera querido modificar una ordenanza dictada por ella misma el primero del mismo mes.

Y nada arguye la circunstancia de que el Contralor lo hubiera entendido de otra manera y lo hubiera practicado según su modo de pensar.

III

Resta por averiguar la tercera cuestión sometida al estudio del Consejo de Estado, a saber: *¿ejerció* (para emplear el verbo del artículo 102 de la Codificación Constitucional) o *desempeñó* (acogiendo la palabra del artículo 214 de la Ley 85 de 1916), el doctor Raúl H. Barrios, sí o no, el cargo de Auditor General de la Contraloría del Departamento de Bolívar dentro de los tres meses anteriores a su elección? Si la respuesta es afirmativa, la declaratoria de nulidad, por este aspecto, se impone; pero si es negativa, la solución será la contraria.

Las elecciones se verificaron el 21 de marzo del corriente año; de tal manera que antes del 21 de diciembre de 1942, el doctor Barrios, para no inhabilitarse, debió cesar en el ejercicio de sus funciones (artículo 102 de la Codificación Constitucional), o cesar en el desempeño de su cargo (artículo 214 de la Ley 85 de 1916).

El caso en estudio, por el aspecto de la cuestión de hecho, ofrece peculiaridades que no permiten sentar una regla general de jurisprudencia. Se ha dicho con razón que en cuestiones judiciales no se presentan

dos casos idénticos. Por ello, la misión del fallador consiste en aplicar la norma abstracta, general de la ley, debidamente interpretada, a la situación especial que ofrece cada juicio, para localizar o fijar el derecho en cabeza determinada, mediante el método deductivo. Mas no al contrario: de un caso concreto, que tiene peculiaridades propias, circunstancias específicas, no se puede sentar, por inducción, una regla general, porque al ir a aplicarla a otro caso semejante, no idéntico, resulta inadecuada, cabalmente por las circunstancias de hecho, que diferencian las situaciones jurídicas sustancialmente.

El doctor Barrios fue elegido Auditor General de la Contraloría de Bolívar por la Asamblea del mismo Departamento, y en receso de esta corporación, la renuncia del cargo, como es obvio, correspondía resolverla al Gobernador. Sin embargo, el doctor Barrios creyó, equivocadamente (y lo cree aún, como se desprende de su alegato presentado a última hora), que tal renuncia correspondía resolverla al Contralor, por ser su superior jerárquico y, efectivamente, ante este funcionario la presentó con el carácter de irrevocable el día 14 de diciembre de 1942, es decir, cuando aún no había empezado el período de la inhabilidad. El Contralor mantuvo la renuncia en su poder, del 14 al 19 de diciembre, sin resolver nada sobre ella, y en esta última fecha (en que tampoco había empezado la inhabilidad), la remitió a la Gobernación. El Gobernador la aceptó el 31 de diciembre (ya en tiempo de inhabilidad), y nombró interinamente al empleado que debía reemplazar al dimitente, empleado éste que tomó posesión de su empleo el 14 de enero siguiente.

Con un número plural de testigos que concuerdan en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y además, con el acta de inspección ocular practicada por el Consejo de Estado, en que se inspeccionaron los originales de despachos telegráficos remitidos de esta ciudad a la de Cartagena por el mismo doctor Barrios, se comprueba plenamente que desde el 15 de diciembre de 1942 hasta los primeros días de enero de 1943, el doctor Barrios se hallaba en Bogotá. Así, pues, el doctor Barrios presentó su renuncia el 14 de diciembre y se vino inmediatamente para Bogotá, sin esperar a que le fuera resuelta y sin volver a ocupar nunca el puesto que había renunciado. También está comprobado plenamente con el correspondiente certificado, que el doctor Barrios no percibió sueldos de su respectivo empleo en el período de la inhabilidad y que estos sueldos los cobró el empleado que interinamente ocupaba el cargo.

Pero es más: el 19 de diciembre el doctor Barrios le dirigió un despacho telegráfico de esta ciudad a Cartagena al señor Contralor Gómez Cásseres, en que le dice: "Suplícote considerar hoy mismo renuncia presenté Auditoría. Abrázote.—Raúl." (Este telegrama se autenticó debidamente en la inspección ocular ya referida).

De lo anterior se colige el propósito inquebrantable del doctor Barrios de no volver a la Auditoría. Y tenía pleno derecho a que su renuncia le fuera aceptada, desde luego que el cargo que desempeñaba no era de forzosa aceptación.

Quizá en virtud del despacho telegráfico que se acaba de mencionar, el Contralor dictó la Resolución número 877 de 19 de diciembre de 1942, donde dispuso que en vista del carácter irrevocable de la renuncia presentada por el Auditor y por haberse enviado dicha renuncia para su consideración al Gobernador del Departamento "mientras dicho funcionario resuelve acerca de ella, encárgase al Subjefe de la Sección de Cuentas Municipales don Luis F. Bustillo de la Auditoría General de la Contraloría" y el mismo día 19 de diciembre de 1942, el señor Bustillo recibió la oficina.

Para comprobar estos hechos el opositor a la demanda trajo a los autos copia de la nombrada Resolución 877 y del acta de entrega de la

oficina al señor Bustillo. El doctor Medellín sostiene que esta prueba vino irregularmente a los autos, contrariando el artículo 636 del Código Judicial, que dispone: "Cuando las parte pretendan hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación o a los memoriales sobre excepciones, piden dentro de los términos probatorios que se libre despacho al funcionario correspondiente para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento y la envíe por conducto del respectivo registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro". El doctor Barrios pidió directamente la copia al Contralor y la presentó a los autos sin proceder por conducto del Consejo, al tenor de la disposición citada, y por ello estima el doctor Medellín que la prueba en cuestión debe desestimarse en la sentencia.

Ha dicho el Consejo que dada la naturaleza de los derechos que se controvierten, es un error enfocar las cuestiones de Derecho Administrativo al través del prisma del derecho privado. En este último, domina en el procedimiento el sistema dispositivo, o de responsabilidad de las partes, en el cual el Juez desempeña un papel que pudiera llamarse pasivo, no busca él la prueba, espera que la prueba lo busque a él, y esto porque en *jus strictum* las partes son los mejores jueces de su propio litigio, como ha dicho Chiovenda. El Juez no puede ser beligerante. La sociedad no tiene un interés directo e inmediato en litigios en que se ventilan cuestiones de mero derecho privado. Su interés es mediato e indirecto en cuanto exige la recta administración de justicia. Y sin embargo, la rigidez del procedimiento dispositivo se amortigua con la institución de los autos para mejor proveer, que autorizan al Juez para esclarecer los puntos dudosos que se le presenten, mediante una inspección ocular, un contraintrrogatorio a un testigo, presentación de un documento, etc. (artículo 600 del Código Judicial), y con la facultad que tiene el Juez para declarar probada una excepción perentoria (con excepción de la de prescripción), aunque no haya sido alegada ni propuesta por una de las partes (artículo 344 *ibidem*). Si esto ocurre en el procedimiento civil, en que el Juez no está obligado a limitarse a fallar el pleito de acuerdo con el *in dubio pro reo* de que trata el artículo 234 del Código Judicial, sino que puede, mediante pruebas, aclarar los puntos dudosos que se le presenten, *a fortiori* tiene mayor amplitud en cuestiones de Derecho Administrativo o de Derecho Electoral, donde la sociedad tiene un mayor interés, desde luego que se trata de derechos no puramente privados y en ocasiones de derechos públicos o políticos como el *jus honoris* y el *jus suffragii*.

Lo que da esencialmente valor a las pruebas, ha dicho Ricci, es el principio de contradicción; que se produzcan con intervención de ambas partes, para que aquella contra la cual se esgrimen pueda contraprobar, tachar o redargüir de falsas las pruebas de su contrario, y este principio no se viola en el caso de autos; el certificado acompañado por el doctor Barrios no ha sido tachado ni redargüido de falso. Ha obrado en autos con conocimiento de su contraparte. Si tal documento fuera falso, que es lo que se propone evitar la regla procesal comentada, muy fácil hubiera sido demostrarlo con una simple atestación o declaración del propio funcionario que se dice lo expidió.

Ya la Corte Suprema de Justicia, aun tratándose de una cuestión de puro derecho privado, asentó la doctrina que ahora sustenta el Consejo. El Tribunal de Bogotá desechó como prueba una escritura pública "porque no fue presentada con la contestación de la demanda ni en los períodos probatorios del juicio" y al subir el negocio por virtud de recurso de casación a la Corte, esta alta corporación rechaza la interpretación del Tribunal en estos términos: "Insuficiente la primera de estas razones para negarse a estimar el mérito de una prueba que forma parte del proceso, por ser una interpretación excesivamente angosta de las reglas contenidas en el artículo 597 del Código Judicial". (*Gaceta Judicial* número

1944, página 652, 2a). Y el doctor Antonio Rocha, en su libro *De la Prueba en Derecho*, página 137, califica de "demasiado apegada al texto legal" la tesis de que no se pueda apreciar un documento por recepción directa, es decir, sin que medie el requisito de seguridad contemplado en el artículo 636.

Es conclusión de lo dicho que no es procedente desestimar la prueba de que se viene haciendo mérito.

Considera el doctor Medellín que conforme al artículo 305 del Código Político y Municipal, según el cual se produce falta o vacante absoluta de un empleo por "*renuncia admitida*", la Constitución y la ley exigen para la elegibilidad de los empleados que ejercen jurisdicción una separación de su cargo *de jure* y no simplemente *de facto*, de donde deduce que, como al doctor Barrios se le aceptó la renuncia cuando ya había empezado el periodo de la inhabilidad (31 de diciembre), quedó bajo la sanción de los artículos 102 de la Codificación Constitucional y 214 de la Ley 85 de 1916.

El artículo 102 citado dice en su inciso 2º: "Tampoco podrá ser Senador o Representante ningún individuo por Departamento o Circunscripción Electoral donde tres meses antes de las elecciones haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar". Bien claro se ve el propósito o fin que persiguió el Constituyente con esta disposición, que no es otro que el de evitar que estos empleados "pongan las influencias oficiales o las fuerzas morales o materiales del poder al servicio de sus candidaturas, ejerciendo así cierta presión o aun coacción sobre el cuerpo electoral", como lo dice el doctor Tulio Enrique Tascón en su *Tratado de Derecho Constitucional Colombiano*. Y Maurice Hauriou asigna como fundamento de la inelegibilidad la necesidad de que el personal del servicio permanezca alejado de la política, ya sea este personal civil o militar.

La elegibilidad es la regla general; la inelegibilidad es su excepción y, de consiguiente, de interpretación restrictiva. El artículo 102 de que se viene hablando, establece la inelegibilidad para quienes "*hayan ejercido*" un cargo con autoridad civil o militar y "*ejercer*", conforme al Diccionario significa "practicar los actos propios de un oficio, facultad, virtud". Y ejercicio, "ocuparse en una cosa".

Ahora bien: está claramente demostrado en el expediente, en forma que no queda lugar a la menor duda, que el doctor Barrios, en los tres meses anteriores a su elección no practicó los actos propios de su oficio, no se ocupó en él, según los términos gramaticales; vale decir que no ejerció el cargo, según los términos constitucionales.

El artículo 214 de la Ley 85 de 1916 prohíbe que sean elegidos los individuos que "desempeñen o hubieren desempeñado" empleos con mando o jurisdicción en los tres meses anteriores a su elección, y desempeñar, en la tercera acepción que le da el Diccionario, significa "cumplir, hacer aquello a que uno está obligado".

Y el doctor Barrios no cumplió o no hizo aquello a que estaba obligado en su carácter de Auditor General de la Contraloría del Departamento de Bolívar en los tres meses anteriores a su elección, luego no desempeñó el cargo y de consiguiente no estaba cobijado por la prohibición legal.

Y no se arguya que la misma razón existiría para los empleados que están en uso de licencia, lo cual se prestaría a la corruptela de obtener licencias para dedicarse a trabajos electorales en beneficio propio, en primer término porque no hay paridad en los casos, ya que por la licencia no se pierde el *status* de empleado, tan sólo se suspende el ejercicio de las funciones transitoriamente. Y en segunda lugar, y principalmente, porque el legislador contempló de modo expreso el caso de la licencia, lo cual constituye un argumento más en pro de la tesis que se viene sosteniendo. A propósito, dice el artículo 217 de la Ley 85 de 1916: "La separación con licencia de alguno de los puestos que no permiten a los que

los ejercen ser elegidos Senadores, Representantes o Diputados, al tenor de los artículos 214, 215 y 216, no habilita al empleado así separado para ninguna de tales elecciones”.

Finalmente, no sobra advertir que aun cuando el doctor Barrios presentó su renuncia ante funcionario que no podía resolvérsela, lo hizo con la debida anticipación para habilitarse o hacerse elegible. El Contralor recibió la renuncia el 14 y sólo hasta el 19 la envió al Gobernador y la tardanza de este funcionario no puede perjudicar al doctor Barrios. De otro lado, el Gobernador también recibió oportunamente la renuncia, o sea el 19 de diciembre, y sólo vino a resolverla el 31 de dicho mes. Y una renuncia, con carácter de irrevocable, debía haberse resuelto inmediatamente.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* las peticiones de la demanda propuesta por el señor Luis Mufarrij, tendiente a obtener la declaración de nulidad de la elección del doctor Raúl H. Barrios como representante al Congreso.

Cópiese y notifíquese.

Anibal Badel, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos nacionales. - Consulta de la sentencia del Tribunal a quo.

Ponente: doctor Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado—Bogotá, trece de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

Ante el Tribunal Administrativo de Cúcuta, el doctor Manuel Buenahora, como apoderado de la extinguida sociedad Larsen & Robledo, hoy Robledo Hermanos, y de sus socios señores Elías Robledo Uribe, Iván Robledo Uribe y Fritz W. Larsen, demandó:

“a) La nulidad de las Resoluciones números R-1146-H y R-1321-H, de fechas 23 de octubre y 30 de noviembre de 1942, respectivamente, originarias de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales; b) Que se revise la operación administrativa consistente en las liquidaciones practicadas por la Administración de Hacienda Nacional de Cúcuta, en virtud de las cuales se asignaron los impuestos que por concepto de renta, patrimonio y exceso de utilidades, debían pagar los señores Iván Robledo Uribe, Elías Robledo Uribe y F. W. Larsen, por sí y como socios de la firma comercial Larsen & Robledo, en el año de 1940; c) Que se haga una nueva liquidación que fije la suma a cargo de los mismos contribuyentes por ese mismo concepto; d) Que se declare que los expresados contribuyentes no están obligados a cubrir las sumas que les fueron asignadas por ese concepto y para el mismo año, por la Administración de Hacienda Nacional de Cúcuta y Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y que como consecuencia se ordene el reintegro o devolución a mis poderdantes de las sumas de dinero pagadas con exceso con ocasión de los impuestos y liquidaciones referidas”.

Admitida la demanda y adelantado el proceso, el Tribunal, oportunamente, profirió el fallo fechado el 5 de mayo del año en curso, por el cual declaró nulas las resoluciones demandadas, en cuanto a la liquidación del impuesto de exceso de utilidades, únicamente, de los señores Fritz W. Larsen, Iván y Elías Robledo Uribe, correspondiente al año de 1940; fijó la liquidación del impuesto de exceso de utilidades, que grava a dichos señores así: Fritz W. Larsen, la suma de \$ 334.77; Elías Robledo Uribe, \$ 398.22, e Iván Robledo Uribe, \$ 198.49; asimismo, ordenó devolver a los demandantes el exceso pagado por concepto del impuesto de exceso de utilidades de acuerdo con la liquidación anterior, es decir, a Fritz W. Larsen, \$ 696.22; a Elías Robledo Uribe, a \$ 901, y a Iván Robledo Uribe, \$ 699.13, resultantes de la diferencia entre lo pagado y lo que arroja la liquidación efectuada por el Tribunal.

En consulta de dicha sentencia ha sido enviado el expediente al Consejo de Estado. Aquí se surtió la tramitación propia de la segunda instancia y, como es oportuno, se procede a resolver.

El señor Fiscal, al emitir su vista de fondo, es de parecer que contra lo establecido ya por el Consejo en casos anteriores semejantes al presente, debe esta Corporación conocer en el fondo de la consulta. Asimismo, conceptúa que la sentencia debe confirmarse.

Considera el Consejo que las razones que ha expuesto en ocasiones anteriores para resolver casos análogos al que ahora se ofrece, no han sido desvirtuadas y, por consiguiente, no hay motivo que conduzca a cambiar la doctrina establecida. En fallo fechado el 6 de octubre de 1942, proferido en el juicio promovido por Isidoro Cohen ante el Tribunal Administrativo de Cali, sobre nulidad de la Resolución R-58-H de 25 de febrero del mismo año, emanada de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y cuyos considerandos son de cabal aplicación en el caso actual, dijo el Consejo de Estado:

“Antes de determinar si el presente negocio está o no sometido a consulta, es pertinente estudiar la aplicabilidad de las disposiciones contenidas en el Decreto número 554 de 28 de febrero de 1942, dictado en uso de las facultades extraordinarias de que trata el artículo 16 de la Ley 128 de 1941, ‘por el cual se dictan disposiciones sobre impuestos’, en relación con las del Código Administrativo que señalan el procedimiento en los juicios sobre impuestos.

“La Ley 128 de 1941, que otorgó facultades extraordinarias al Organó Ejecutivo para adoptar medidas encaminadas a ‘conjurar un eventual desequilibrio fiscal’, entró a regir el día trece de diciembre, inmediatamente después de ser sancionada, y la Ley 167 (Código Contencioso Administrativo) fue sancionada el 24 de diciembre, y sólo entró a regir el primero de abril del corriente año. Es, pues, posterior la expedición del Código Administrativo a la ley de facultades en que se apoya el Ejecutivo para dictar las disposiciones que contiene el Decreto número 554 de 1942. En el interregno comprendido entre la expedición de la Ley 167 de 1941 y su vigencia, fue dictado el Decreto 554 de 1942, en virtud de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 16 de la citada Ley 128.

“Considera el Consejo que en el supuesto de que dentro de las facultades conferidas al Organó Ejecutivo pudiera comprenderse la de dictar disposiciones reformativas de la legislación procedimental administrativa, que no aparece claramente del texto del artículo 16 de la mencionada Ley, es lo cierto que habiendo el legislador, con posterioridad a la expedición de la Ley 128, expedido el Código Contencioso-Administrativo, que contiene la reglamentación integral del procedimiento, tal facultad se habría extinguido por el mismo hecho de que el Congreso legislara sobre la materia. De ahí que resulte incongruente que una vez concretado el pensamiento del legislador en las disposiciones que contiene la Ley 167 de 1941, en forma clara, el Organó Ejecutivo, con apoyo en facultades anteriores a la expedición del Código, dicte disposiciones reformativas de la expresada Ley.

“Si bien es cierto que los Decretos expedidos por el Organó Ejecutivo en virtud de facultades extraordinarias tienen completa fuerza de leyes, que son verdaderas leyes en sentido material, también lo es que en presencia de una norma precisa y clara expedida por el Congreso, con posterioridad a la ley de facultades extraordinarias, y la que con fundamento en éstas dicta el Ejecutivo, el fallador puede dejar de aplicar las disposiciones que considere que no se acomodan a las facultades conferidas por el legislador, como ocurre en el presente caso.

“Atendidas las razones anteriores, el Consejo de Estado considera que no son aplicables las disposiciones del Decreto número 554 de 1942, en cuanto refórman la Ley 167 de 1941, orgánico de lo contencioso administrativo, que regula íntegramente la materia, y que, por tanto, las prescripciones de este estatuto tienen una indudable prelación.

“En lo que respecta al fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cali en el presente juicio, en concepto del Consejo, no es éste el caso contemplado por el artículo 134 de la Ley 167 de 1941, que ordena la consulta de la sentencia de primera instancia cuando declaren una obligación a cargo del Estado, puesto que en el juicio no se ha ventilado sino lo referente a la obligación del contribuyente a pagar a la Nación el impuesto sobre exceso de utilidades, la cual no fue declarada por el Tribunal. Del hecho de que el contribuyente no esté obligado a pagar a la Nación el monto del impuesto que le había sido asignado y haya de devolversele la cantidad pagada por anticipado, como requisito para poder demandar la respectiva resolución, no se puede seguir que la sentencia declare obligación alguna contra el Estado. Simplemente se limitó a expresar que el señor Cohen no estaba obligado a pagar un impuesto, y le ordenó devolver lo que por tal concepto había pagado, lo cual es absolutamente distinto. La Nación no ha sido condenada en la sentencia a ninguna prestación en favor del demandante; no ha perdido ningún pleito, ni nada parecido. El juicio de revisión en materia de impuestos no comporta en el caso de que el demandante logre sus pretensiones, ninguna obligación a cargo del Estado, y el hecho de que se obligue a éste a devolver lo que hubiere recibido por concepto del mismo impuesto, tampoco envuelve prestación alguna que pueda considerarse como obligación de las que contempla el referido artículo.”

En virtud de lo expuesto, *se resuelve:*

El presente negocio no es materia de consulta y no hay lugar a considerarlo en el fondo.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Anibal Badel, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Recompensas. - Suboficiales retirados por enfermedad.

Ponente: doctor Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado—Bogotá, siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

El Sargento 2º en retiro, Simón León Laverde, por medio de apoderado, demandó ante el Ministerio de Guerra lo siguiente:

a) El reconocimiento y pago en su favor de la compensación de que trata el artículo 21 del Decreto 1025 de 1942;

b) El reconocimiento y pago —previa alta si fuere necesario— de los haberes correspondientes a los 90 días de que trata el artículo 5º del Decreto 1307 de 1932. En subsidio, la prestación de que trata el artículo 3º de la Ley 86 de 1923;

c) El tratamiento médico que exige la enfermedad del demandante, según el citado Decreto 1307, artículo 1º.

El Ministerio, por Resolución número 1013 de 28 de septiembre posterior, negó las peticiones de la demanda. Apelada la resolución por el actor, vino al Consejo de Estado. Tramitado el recurso, ha llegado el momento de fallar, y a ello se procede.

El Ministerio funda así su negativa:

Respecto de la primera petición, alega que el retiro no se produjo por invalidez sino por edad, y que, por tanto, no hay lugar a la compensación.

Por lo que toca a la segunda y su subsidiaria, sostiene que el demandante, previamente al retiro fue dado de alta en la Sección de Caja y Pagaduría por tres meses, para la formación de la hoja de servicios; y que el pago de sueldo, durante la enfermedad, requiere que ésta sea temporal y que el agraciado se halle en servicio.

En relación con la tercera, dice el Ministerio que las probanzas que obran en el proceso hacen presumir que el demandante recibió el tratamiento conforme al Decreto 1307 de 1932.

Por su parte, el señor Fiscal, en la vista de fondo, sostiene que el actor tiene derecho a la compensación solicitada, puesto que el artículo 21 del Decreto 1025 de 1942 la otorga cuando “concurran determinadas circunstancias de hecho”, “independientemente de la forma de retiro”.

Cuanto a las otras peticiones opina que deben negarse, “por cuanto es calidad indispensable, para tener derecho a ellas, que el agraciado se encuentre en servicio activo del Ejército”.

El Consejo de Estado estima que el actor tiene derecho a la compensación a que se refiere la primera petición. En efecto, aun cuando en autos no figura la hoja de servicios que dé a conocer las causas del retiro del Suboficial Simón León Laverde, en el certificado que obra a folio 7 expedido por el Ministerio de Guerra para establecer que dicho Suboficial no ha incurrido en causal de inhabilidad para recibir pensión o recompensa, se hace referencia al retiro del servicio activo por edad, según Resolución 762 de 1942. A su vez, figura en autos copia de

las actas médicas de carácter militar, debidamente confeccionadas, según las cuales desde el año de 1941 el Sargento León Laverde padecía inhabilidad relativa y permanente, tanto para el servicio en el Ejército como para la vida civil, a causa de várices desarrolladas en las piernas, conceptos que fueron ratificados por la Junta Médica Militar en el mes de enero del año en curso.

De lo dicho se sigue que ya desde el año 1941 el demandante Sargento León Laverde podía haber sido retirado por inhabilidad relativa y permanente para el servicio y para la vida civil.

También aparece del certificado expedido por el Ministerio de Guerra (folio 9), que el actor sirvió en el Ejército 15 años 10 meses y 29 días.

Ahora bien: conforme al artículo 21 del Decreto 1025 de 1942, "El Suboficial que se retire, con más de ocho años de servicio, en las condiciones establecidas en el artículo 18 de este Decreto, tiene derecho al sueldo de retiro determinado por el artículo 19 de este estatuto y, además, a una compensación equivalente a diez meses del último sueldo devengado, pagadera por el Tesoro Público".

El artículo 18 que cita la disposición transcrita trata del retiro por causa de invalidez "relativa y permanente para la vida militar, y sólo relativa para las actividades civiles". Y el artículo 19, también citado, se refiere a "los Suboficiales que por razones de edad, de invalidez o de incapacidad técnica comprobada o por disposición de la autoridad militar competente, sean retirados después de cumplir ocho años de servicio". Todas estas disposiciones fueron modificadas por la Ley 43 de 1942, artículo 5º, en el sentido de elevar a 10 los años de servicio a que aquéllas se refieren.

De esta suerte, es manifiesto que, si un Suboficial que ha contraído invalidez y se retira con más de diez años de servicio, tiene derecho al sueldo de retiro de que habla el artículo 19 del Decreto 1025, y a la compensación de que trata el artículo 21 ibídem, habría una falta de equidad irritante que no consultaría el espíritu de la ley, si otro Suboficial que, estando en las mismas condiciones, pero teniendo además la edad de retiro, no tuviera derecho a la compensación. La edad en este caso no puede considerarse como un factor que mejore la condición del Suboficial que se retira. Cosa distinta es cuando el retiro se causa únicamente por edad, sin ninguna invalidez. Es cierto que la ley no considera, expresamente, el caso del Suboficial que habiendo contraído invalidez, llegue a la edad de retiro. Pero precisamente porque no hace ninguna distinción al respecto, es autorizado sostener que quien habiendo contraído invalidez en el servicio y llegue a la edad de retiro, siendo al efecto retirado con causa en la edad solamente, tiene derecho también a la compensación de que trata el artículo 21 del Decreto 1025 de 1942, si se retira con más de 10 años de servicio.

Cuanto a las demás peticiones de la demanda, comoquiera que ellas implican prestaciones sociales distintas de los reconocimientos de que trata el artículo 157 del Código de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado no es competente para conocer de ellas, de acuerdo con los artículos 35 y 36 del mismo Código.

Por lo demás, el actor ha comprobado en autos que el último sueldo devengado en el servicio activo fue de \$ 70 mensuales; que no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional ni es deudor moroso del mismo, y que no ha incurrido en causal de inhabilidad para recibir pensión o recompensa militar.

En tal virtud, el Consejo de Estado, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la Resolución apelada de que se ha hecho mérito en este fallo, en cuanto niega la primera petición de la demanda, y en su lugar, *resuelve*:

Reconócese en favor del Sargento 2º en retiro del Ejército, Simón León Laverde, y a cargo del Tesoro Nacional, una compensación equivalente a diez meses del último sueldo devengado, o sea la suma de setecientos pesos (\$ 700). Comuníquese a quien corresponda.

En lo demás de la Resolución apelada, el Consejo declara que no es competente para conocer en el fondo, y se abstiene de ello.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Registro. - Extracto de escrituras sociales.

Ponente: doctor Gonzalo Gaitán.

Consejo de Estado—Bogotá, catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Por escritura número 1019, otorgada el 14 de diciembre de 1933 ante el Notario 2º del Circuito de Cali, se organizó una sociedad anónima bajo la razón social de "Max Kantorowicz & Cia., S. A.", con domicilio en la misma ciudad de Cali y cuyo fin fue la explotación de negocios de comercio, tales como comisiones, representaciones, consignaciones y compraventa de mercancías.

El Notario expidió la primera copia de esta escritura con destino a la sociedad el día 19 del propio diciembre de 1933, y el mismo día fue registrada en la oficina correspondiente a folios 1079 y 1080, partida 1335, del Libro número segundo.

Con fecha 30 de marzo de 1940, la sociedad de que se viene hablando solicitó de la Superintendencia de Sociedades Anónimas que, puesto que había cumplido con todos los requisitos legales, se le otorgara permiso "de continuar ejerciendo el objeto social" para que había sido organizada.

La Superintendencia, en oficio número 0028 de 8 de enero de 1941, manifestó a la entidad solicitante que no podía acceder a lo pedido y se veía en el caso "de negar el permiso por cuanto el contrato de sociedad adolece del vicio de nulidad absoluta", lo cual impide que pueda seguir cumpliendo su objeto social normalmente.

El vicio de nulidad que observó la Superintendencia, lo deduce así:

"La sociedad se constituyó por escritura pública número 1019 corrida en la Notaria Segunda del Circuito de Cali el 14 de diciembre de 1933.

"El extracto correspondiente a la escritura mencionada fue registrado el 9 de febrero de 1934 en la Cámara de Comercio de la misma ciudad, bajo la partida número 487.

"El artículo 469 del Código de Comercio, textualmente, establece: 'Dentro de los 15 días inmediatos a la fecha de la escritura mencionada (escritura constitucional en este caso), los socios entregarán en la Secretaría del Juzgado de Comercio (hoy Cámara de Comercio) del lugar en que se establezca el domicilio social, un extracto de ellas, certificado por el Notario que las hubiere autorizado'. 'El extracto contendrá...'

"De acuerdo con estos artículos, la empresa 'Max Kantorowicz & Cia., S. A.', domiciliada en Cali, dejó de cumplir lo preceptuado en el puesto que ha debido registrar dentro de los 15 días inmediatos a la fecha de la escritura su extracto correspondiente en el respectivo Juzgado del Circuito.

"Según los artículos 472 del Código de Comercio y 567 de la misma obra, la omisión de la escritura social o de cualquiera otra de las solemnidades prescritas en los artículos 469 y 470, produce nulidad absoluta entre los socios, quedando éstos responsables

solidariamente a los terceros con quienes hubiere contratado a nombre y en interés de la sociedad.

Además, el artículo 474 del mismo Código establece que el cumplimiento tardío de las solemnidades prescritas, la ratificación expresa y la ejecución voluntaria del contrato no lo purgan del vicio de nulidad.

“Como se desprende del contexto de los artículos antes transcritos, el contrato por medio del cual fue constituida la sociedad anónima ‘Max Kantorowicz & Cia., S. A.’, con domicilio en la ciudad de Cali, adolece del vicio de nulidad absoluta, puesto que una de las solemnidades legales fue cumplida, pero con posterioridad al plazo que fija la ley, y este cumplimiento tardío no lo purga del vicio de nulidad.”

En el mismo oficio, la Superintendencia, invocando su función reguladora e inspectora de las sociedades anónimas y su misión de colaboración y cooperación en orden al funcionamiento de tales entidades, *sugirió* a la sociedad Max Kantorowicz & Cia., S. A., a fin de que legalizara su situación, la fundación de una nueva sociedad, con el aporte de los bienes y derechos de la antigua. La nueva sociedad debía hacerse cargo del activo y del pasivo, y a trueque del aporte que recibía debían darse a la antigua sociedad un número de acciones equivalente al valor real del activo que traspasara, deduciendo el valor del pasivo. La antigua sociedad, previa la convocatoria de una asamblea general de accionistas, debería disolverse y liquidarse por desaparecimiento de su objeto social.

Además, le señaló la Superintendencia a Max Kantorowicz & Cia., S. A., el término de 90 días para que llevara a cabo lo que le *sugería* la Superintendencia. (De paso cabe observar que el oficio de la Superintendencia resulta contradictorio, porque la forma en que esta entidad estimaba apta para legalizar la situación de la sociedad, se la insinuaba a manera de *sugerencia*, y sin embargo, termina señalando un plazo para que se lleve a término lo que le *sugería*, lo cual equivale a una orden o mandato).

En vista de las dificultades que se presentaban a la sociedad Max Kantorowicz & Cia., S. A., avisó a la Superintendencia que había resuelto transformarse de sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, en conformidad con lo que le permitía la Ley 124 de 1937, orgánica de esta última especie de sociedad.

La Superintendencia, en oficio número 2437 de 13 de junio de 1941 respondió a Max Kantorowicz & Cia., S. A., que no podía permitir la transformación deseada, porque la Ley 124 la permite para las sociedades de derecho, y dado que la sociedad Max Kantorowicz & Cia., S. A., no subsistía legalmente, por estar afectada de un vicio que la invalidaba, mal podía transformarse en otra sociedad, desde luego que la transformación implica necesariamente la existencia legal, anterior, de la entidad que se transforma.

Agrega que la sociedad tantas veces citada no puede considerarse como una sociedad legal, sino como una sociedad de hecho, y por tanto el único camino adecuado sería proceder a su liquidación, para luego constituir una sociedad distinta y enteramente desvinculada de la anterior.

A pesar de lo dicho por la Superintendencia, por escritura número 1018 de 21 de junio de 1941, pasada ante el Notario 2º de Cali, los socios de la antigua sociedad efectuaron la transformación y tomaron como razón social la de “Max Kantorowicz & Cia., Limitada”.

En nota número 5035 de 18 de noviembre de 1941, la Superintendencia se reafirma en sus primitivos puntos de vista, o sea que la sociedad Max Kantorowicz & Cia., S. A., por no haber cumplido con el requisito esencial exigido por el artículo 469 del Código de Comercio

Terrestre, debe considerarse como inexistente, por estar afectada de nulidad y que, en estas condiciones, resultaba jurídicamente imposible la transformación en sociedad limitada.

En providencia número 160 de 16 de marzo de 1942, la Superintendencia resolvió negar el permiso para el funcionamiento de la sociedad constituida bajo el nombre de Max Kantorowicz & Cia., Limitada, e imponerle una multa de cien pesos, multa que se haría sucesiva si en el término de 15 días, a partir de la notificación de la providencia, la sociedad no procedía a ordenar su situación jurídica; finalmente, por Resolución número 327 de 12 de junio de 1942, la Superintendencia negó la reposición de la número 160 de que ya se ha hablado; ordenó que en el término de quince días procediera la antigua sociedad Max Kantorowicz & Cia., S. A., "a ordenar su situación jurídica", y concedió apelación en lo tocante a la multa impuesta en la Resolución 160, para ante la Junta de Revisión, en conformidad con el artículo 73 de la Ley 45 de 1933.

Estos antecedentes, plenamente demostrados en el juicio y sustanciales en él, dieron origen a la demanda que, en su propio nombre, y además como apoderado de la sociedad Max Kantorowicz & Cia., Limitada, y del señor Max Kantorowicz, mayor y vecino de Cali, presentó el doctor Francisco Daza, también mayor y de la misma vecindad del poderdante, para que, previos los trámites legales del caso, se declaren nulos los actos y resoluciones de la Superintendencia de Sociedades Anónimas contenidos en la nota número 0028 de fecha 8 de enero de 1941; en la número 2437 de fecha 13 de junio de 1941; en la número 5035 de 18 de noviembre de 1941 (en la demanda no aparece expresamente citada esta nota, pero de su contexto se ve claramente que está demandado su contenido, como lo observa la Fiscalía y que, por un error mecanográfico, el libelo se refiere dos veces a la nota número 2437); la Resolución número 160 de 16 de marzo de 1942, excepto en lo que se refiere a la multa, y la Resolución número 327 de 12 de junio de 1942.

El libelo señala 39 hechos, que en gracia de la brevedad no se transcriben, y además porque la cuestión de hecho quedó sintetizada en la parte narrativa de este fallo y porque las más de las veces lo que el libelo llama "hechos" entrañan cuestiones de derecho, que se irán dilucidando por el Consejo de Estado a su debido tiempo.

Señala el actor como violados los artículos 22 y 52 de la Constitución; 469 y 472 del Código de Comercio; 2° de la Ley 42 de 1898; 2° de la Ley 50 de 1936; la Ley 58 de 1931 y la 124 de 1937.

La acción la apoya en los artículos pertinentes del Código de lo Contencioso Administrativo.

La demanda se admitió por auto de 12 de marzo postrero, pero se negó la suspensión provisional por considerarse que el asunto debatido envolvía cuestiones de fondo, propias de ser estudiadas en la sentencia, pero prematuras en el auto que resolvía sobre la suspensión provisional.

El juicio se ha tramitado legalmente. El Fiscal de la corporación, en una extensa vista, sostiene que los actos acusados se ajustan a la ley, y por consiguiente, pide que se nieguen las peticiones de la demanda.

Para resolver, se anteponen las siguientes consideraciones:

La cuestión básica en el juicio gira alrededor de la interpretación del artículo 469 del Código de Comercio, en armonía con el 473 de la misma obra, interpretación en que están en abierta pugna la Superintendencia de Sociedades Anónimas y los demandantes. Dicen estas disposiciones:

"Artículo 469. Dentro de los quince días inmediatos a la fecha de las escrituras mencionadas, los socios entregarán en la Secretaría del Juzgado de Comercio (hoy Cámara de Comercio, donde la haya) del lugar en que se establezca el domicilio so-

cial, un extracto de ellas, certificado por el Notario que las hubiere autorizado. El extracto contendrá las indicaciones expresadas en los incisos 1º, 2º, 3º, 4º y 7º del artículo 467, la fecha de las respectivas escrituras y la indicación del nombre y domicilio del Notario que las hubiere otorgado.”

“Artículo 473: “El cumplimiento tardío de las solemnidades prescritas, la ratificación expresa y la ejecución voluntaria del contrato, no lo purgan del vicio de nulidad.”

El artículo 474 *ibidem*, agrega:

“La inobservancia de las disposiciones consignadas en los artículos 465, 469 y 470 será además castigada con la multa de quinientos pesos, de que responderán solidariamente los asociados. Incurrirán éstos en la misma multa, siempre que dieren principio a las operaciones proyectadas, antes del otorgamiento, registro y publicación de la escritura social.”

La Superintendencia estima que el extracto de que habla el artículo 469 del Código de Comercio debe *registrarse* en la Cámara de Comercio dentro de los quince días a que se refiere dicho artículo, so pena de nulidad; y luego de extensos razonamientos cita en su apoyo la opinión del expositor chileno Gabriel Palma Rogers, emitida al comentar un artículo del Código chileno concebido en los mismos términos del artículo 469 del Código colombiano.

Los demandantes estiman que basta *entregar* el extracto dentro de esos quince días, aun cuando no se registre dentro de ese perentorio término, y afirman que efectivamente lo entregaron a la Cámara de Comercio de Cali en la debida oportunidad.

La Fiscalía no se pronuncia decididamente por ninguna de estas dos tesis, aun cuando parece inclinarse a la de los demandantes, pero dice que como éstos —los demandantes— no probaron haber entregado el extracto dentro de los quince días siguientes en la Cámara de Comercio respectiva, sea cualquiera la tesis que se adopte, la Superintendencia de Sociedades Anónimas procedió legalmente.

Para el Consejo de Estado la tesis verdadera es la propugnada por los demandantes, por las siguientes razones: a) El tenor literal del artículo comentado es claro: “*los socios entregarán*”, es la expresión del texto legal. Por manera que el requisito se cumple entregando el extracto en tiempo oportuno, aun cuando no se registre dentro de los quince días. A este propósito cabe citar el principio de hermenéutica consagrado en el primer inciso del artículo 27 del Código Civil: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. Entregar un extracto en la Cámara de Comercio y registrarlo son dos operaciones completamente distintas. b) La nulidad ha sido siempre considerada como una sanción, tanto por los expositores como por la propia ley, y sabido es, conforme a otro principio de hermenéutica, que las sanciones son de interpretación, no de interpretación extensiva, ni analógica. Así, pues, donde la ley, para imponer una sanción, dice *entregar*, no puede el intérprete reemplazar el vocablo legal por *registrar*. Si la ley es inconveniente, debe propenderse por su reforma. c) Si la nulidad —cosa no discutida— es una sanción, ésta sólo puede recaer sobre los responsables y no puede gravitar sobre personas que no podían ejecutar el hecho ordenado por la ley o evitar la omisión prevista por el legislador. Ahora bien: el registro lo hace la Cámara de Comercio, no los socios. Estos tan sólo pueden entregar al funcionario el extracto para que él verifique el registro, y sería injurídico e injusto que sufrieran una sanción por la inexecución de una obligación ajena, por la demora de los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes. Así, pues, los socios cumplen su obligación haciendo lo que

pueden hacer, es decir, entregando oportunamente el extracto en la Cámara de Comercio, y no puede sancionárseles porque la Cámara, por exceso de trabajo o por incuria de los empleados no verifique el registro dentro de determinado plazo. De este parecer es el doctor Antonio Rocha en su obra "De la Prueba en Derecho" (páginas 249 y 250). Allí se lee:

"*Término para publicar el extracto.*—Para Miguel Moreno Jaramillo, profundo conocedor de los problemas de sociedades, como el que más, es razonable, pero no seguro, considerar que el término de quince días es perentorio para registrar el extracto, mas no para publicarlo, por lo cual la publicación puede hacerse válidamente después (tomo II, número 234, página 528 de su obra 'Sociedades'). Luégo, página 1040, tomo IV, transcribe la opinión de Enrique López de la Pava, emitida en su tesis de grado sobre nulidad de sociedades por inobservancia de formalidades de constitución, según la cual tampoco es obligatorio hacer la publicación dentro de los quince días señalados por el artículo 469, pero si debe hacerse antes de que la sociedad dé comienzo a sus operaciones; es decir, en cualquier tiempo anterior al comienzo de operaciones.

"Fijémonos en que los artículos 469 y 470 no exigen que el extracto se registre ni se publique en los quince días inmediatos a la fecha de la escritura; no; el 469 exige que en ese término los socios entreguen el extracto, nada más; ni los razonamientos, ni la simple exégesis obligan a concluir que el registro y la publicación han de hacerse en el plazo en cuestión, mucho menos para multas o nulidades. En cambio, el 470 si dice que tanto el registro como la publicación han de hacerse dentro de quince días, pero de los que preceden a la apertura de nuevas casas de comercio, cuando una compañía ya constituida extiende sus actividades a otros parajes del Estado, con agencias, sucursales o actividades de asiento como las a que se refiere el artículo 18 del Código de Comercio.

"Es muy posible que haya sido el segundo Colón del 470 el que ha originado la confusión y ha hecho extender a la constitución de una compañía el requisito de la publicación del extracto, precisamente dentro de los quince días inmediatos posteriores. A esta creencia ha contribuido el artículo 473, o mejor dicho, las expresiones que emplea, puesto que al hablar de cumplimiento tardío de solemnidades, sugiere la idea de plazo definido.

"Sabido es que las formalidades son de estricta interpretación, y que tanto la escuela exégeta como la científica permiten concluir que las sanciones por su inobservancia no pueden extenderse a casos similares, sino que tales sanciones deben aplicarse exclusivamente a los casos contemplados por la ley. Si, pues, ella sólo prevé que el extracto debe ser 'entregado' en los quince días inmediatos a la constitución por escritura pública de la compañía, o al otorgamiento de una escritura de reforma, mal puede sancionarse con la nulidad un registro y una publicación hechos después de los quince días, puesto que la ley en ninguna parte así lo ha exigido.

"Veamos más bien para qué se prevé el registro del extracto y la publicación. Uno y otra no son sino testimonios que perduren, por medio del registro, lo más esencial de un estatuto, y que pregonen a terceros, por medio de la publicidad, por efímera que ésta sea, lo que puede y se propone hacer la nueva entidad. Ya vimos en la primera parte del curso las ventajas del formalismo, como es, entre otras, la de no confiar a la

memoria frágil de los hombres y a las deficiencias de la percepción, del recuerdo y del relato oral, convenios de cierta trascendencia, derechos y obligaciones que se pactan para un largo futuro, negocios en que las partes contratantes cuentan con un público indeterminado para celebrarlos. Pues bien: el registro del extracto y la publicidad miran a la seguridad de las obligaciones y derechos entre socios y a la garantía de terceros.

“Siendo ésta la principal razón de tales formalidades, parece lógico concluir que los socios son los más interesados en cumplirlas lo más pronto posible, y no precisamente en quince días, y que si se cumplen después, los terceros no sufren perjuicio ninguno con tal que el acto o negocio que celebren con la gerencia o dirección sea posterior a la publicación. Nada más. Lo que convierte a una sociedad regular de comercio en sociedad de hecho, no es, pues, que la publicación del extracto, ni siquiera que el registro mismo del extracto, se hagan después de los quince días inmediatos a la fecha de la escritura de constitución o de ciertas reformas estatutarias.”

La Corte, como lo anota el mismo doctor Rocha, no ha tenido oportunidad de pronunciarse especialmente sobre este tópico, aun cuando incidentalmente ha emitido conceptos en favor de la tesis que sostiene la Superintendencia de Sociedades Anónimas en los actos acusados.

Aceptado que a los socios, para cumplir la obligación que les impone el artículo 469 del Código de Comercio, les basta simplemente entregar dentro de los quince días el extracto en la Cámara de Comercio o en la Secretaría del Juzgado del lugar correspondiente, resta por averiguar si está demostrado en autos que los socios de Max Kantorowicz & Cia., S. A., entregaron efectivamente el extracto en la Cámara de Comercio de Cali. En verdad, no hay una prueba directa, positiva, del cumplimiento de esta obligación. En el tiempo en que se debió entregar el extracto no se llevaba en la Cámara de Comercio de Cali libro alguno en que se anotaran las fechas de entrega, como si se lleva de 1940 para acá. Así se comprueba con los certificados expedidos por dicha Cámara, visibles a folios 20 vuelto y 21 del expediente. Esta la razón de la dificultad en producir la prueba. Pero no es presumible que los socios de Max Kantorowicz & Cia., S. A. hubieran incurrido en la omisión que les imputa la Superintendencia, de no haber presentado el extracto en la oportunidad legal: desde luego, la constitución de una sociedad anónima implica necesariamente erogaciones de dinero, y en el caso de autos los socios de la sociedad tantas veces nombrada otorgaron la escritura de constitución, percibieron su copia, la hicieron registrar en la oficina de registro correspondiente y también llevaron los extractos a la Cámara de Comercio, donde fueron registrados, haciendo, claro está, los gastos del caso, y en estas condiciones —habiéndolo recibido el extracto con la debida anticipación— no es verosímil que hubieran dejado de cumplir el último requisito para la perfección del contrato social. Quienes van a organizar una sociedad, necesariamente estudian la cuestión legal y los requisitos que deben cumplir para lograr su intento, y resulta increíble que en el presente caso los socios hubieran incurrido en una omisión de tanta monta, que dejaba sin efecto y hacía inútil todo el proceso anterior.

De otro lado, es claro que si el extracto se hubiera presentado extemporáneamente para su registro, la Cámara de Comercio, concededora de la ley, por lo menos habría puesto dificultades para la inscripción.

Lo más natural es, pues, suponer que el extracto se entregó oportunamente en la Cámara de Comercio. No puede partirse de la base de que los ciudadanos violan la ley.

Si, pues, en la Cámara de Comercio no se llevaban libros en que se anotara la entrega de los extractos y no era costumbre expedir recibos a los enterantes, sería demasiado rigorismo considerar como nula e inexistente una sociedad por la falta de una prueba directa y positiva del cumplimiento de este requisito, algo así como exigir lo que los antiguos llamaban la prueba diabólica.

Por lo demás, el negocio no tiene la trascendencia que le ha dado el Superintendente de Sociedades Anónimas. El requisito mira a los intereses de los socios y a los de terceros, y en este caso los socios no tienen controversia entre sí al respecto, y los terceros están ampliamente protegidos por expresas disposiciones del Código de Comercio.

Si no puede considerarse como nula la sociedad "Max Kantorowicz & Cia., S. A." en vista de los razonamientos anteriores, caen por su base los actos demandados y redundan el estudio de los demás problemas planteados en el juicio. La sociedad que acaba de nombrarse podía seguir cumpliendo su objeto social, transformarse en otra de responsabilidad limitada, etc., etc.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Son *nulos* los actos administrativos contenidos en las siguientes notas y resoluciones emanadas de la Superintendencia de Sociedades Anónimas: a) Lo dispuesto en la nota número 0028, de 8 de enero de 1941; b) Lo ordenado en la nota número 2437 de fecha 13 de junio de 1941; c) Lo dispuesto en la nota número 5035 de 18 de noviembre de 1941, y las Resoluciones distinguidas con los números 160 y 327 de fechas 16 de marzo y 12 de junio de 1942, respectivamente, excepto en lo referente a las multas allí impuestas, cuestión esta última que no fue materia de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Anibal Badel, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos municipales.—Industria y comercio.

Ponente: doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Consejo de Estado—Bogotá, seis de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

En escrito de fecha 13 de marzo de 1942, el doctor Leonardo Tafur Garcés, obrando como apoderado de All America Cables and Rádio Inc., pidió al Tribunal Contencioso Administrativo de Cali que declarara la nulidad de la Resolución número 281 de la Secretaría de Hacienda de Cali, que es del siguiente tenor:

“Municipio de Cali—Secretaría de Hacienda—Impuesto de Industria y Comercio.—Resolución número 281. Aforo número 28. Cali, noviembre 30 de 1941.—Señor All American Cables and Radio, Inc.—Dirección: calle 12, número 1-6.—Sirvase tomar nota que la Junta de Aforos ha fijado a su negocio de oficinas de cablegramas y radios el valor que en seguida se anota, como impuesto mensual por razón de industria y comercio, el cual rige desde 1º de enero de 1942.—Con aforo mensual de setenta pesos (\$ 70.00) moneda corriente.—Esta suma debe usted pagarla por mensualidades anticipadas en la Caja de la Tesorería Municipal.—Junta de Aforos, V. Garcés C., Secretario.”

El actor se fundó en los siguientes hechos:

“1. La Compañía All America Cables and Radio Incorporated, tiene sus oficinas principales en la ciudad de Bogotá, donde reside su representante general, o sea el señor Frederick Munro, mayor de edad y domiciliado en dicha capital.

“2. La oficina de dicha compañía en la ciudad de Cali es una de las diversas y muy numerosas que tiene en la República de Colombia, en el Continente americano y en países de otros Continentes, para poder prestar servicios, de acuerdo con el contrato celebrado con el Poder Ejecutivo Colombiano, y en concordancia con diversas y muy numerosas compañías afiliadas.

“3. La tributación impuesta no se justifica, porque si se admitiera esa tesis, no solamente la generalidad de los Municipios colombianos, sino entidades paralelamente similares en otros países, podrían hacer lo mismo, y de esta manera el negocio pasaría del control estatal a una subordinación injurídica de diversas organizaciones municipales, hecho que se encontraría en desacuerdo no solamente con la legislación colombiana sino con el contrato mismo y con la naturaleza y significación comercial de esta clase de empresas.

“4. La tributación impuesta por la Junta de Aforos de Cali se refiere especialmente al negocio de ‘Oficina de Cablegramas y Rádio’, y no puede existir un concepto más errado, puesto que las comunicaciones de cablegramas y radios no se verifican dentro del Municipio de Cali, pues el Municipio de Cali no

tiene ni estaciones intermedias ni estaciones terminales dentro de su esfera o jurisdicción territorial, con respecto a las oficinas de la entidad gravada en esta ciudad.

"5. La Junta Municipal de Aforos de Cali carece de facultad legal para establecer esa clase de impuestos.

"6. Las radiocomunicaciones están subordinadas a legislación especial del Ramo (Decreto 1044 de 31 de mayo de 1937; Decreto 1105 de 30 de junio de 1937; Decreto 2081 de 28 de octubre de 1939, y Decreto 990 de 21 de mayo de 1939, etc.).

"7. Se han violado las siguientes disposiciones:

- 1) Artículos 17 a 20 del Acuerdo 62 de 1939 y las pertinentes del Acuerdo de Presupuestos del Municipio de Cali, para 1941.
- 2) Los contratos celebrados entre la Nación y la Compañía y las reglas sobre interpretación, artículos 25s y 1618s del Código Civil.
- 3) Artículo 26 de la Constitución Nacional y 28, 195 y 201 ibidem; 52, 179s, 199s, ibidem.
- 4) 1 a 5 del Código Fiscal del Valle, 29s. Numerales 1 y 12 del artículo 41.
- 5) Artículos 171, reglas séptima y novena, y 179. Decreto 1044 de 1937 y Ley 198 de 1938, y decretos reglamentarios.
- 6) Artículos 1s, 140s, 159s, 169s, 171, 172s del Código de Régimen Político y Municipal; Ley 5ª de 1918; Ley 72 de 1926; artículo 16 de la Ley 97 de 1913; Ley 41 de 1921; Ley 72 de 1926; Ley 28 de 1922."

El Tribunal *a quo*, por sentencia de 18 de diciembre de 1942, negó las peticiones de la demanda, después de analizar cuidadosamente las innumerables disposiciones que a juicio del actor se habían violado en el acto demandado. Apelado el fallo y concedido el recurso, procede el Consejo a dictar sentencia definitiva, para lo cual considera:

El Tribunal se atuvo principalmente a las siguientes conclusiones:

"1. De que esa empresa tenga alcance más que internacional, o sea intercontinental, no se sigue que no pueda ser gravada con los impuestos correspondientes en cada localidad en que desarrolla sus actividades. Claro está que el gravamen en cada localidad no puede recaer sino sobre las actividades de la empresa en esa localidad; pues a esto no se opone el que la empresa funcione en un radio mucho más amplio que el de la localidad supuesta.

"2. El contrato con la Nación, que permite el funcionamiento de la Compañía en el país, no es razón para que la compañía se equipare a la Nación, o se coloque en un plano superior al de las entidades políticas en que la Nación se descompone (Departamentos y Municipios).

"Ni se comprende por qué motivo ese contrato pueda obligar al Municipio de Cali, extraño a tal contrato, en relación al cual ese Municipio es tercero."

Muy importante dentro de las consideraciones que originan el presente fallo del Consejo es la modificación hecha al proyecto de contrato por el honorable Consejo de Ministros, en el cual se apoya también la argumentación del Tribunal Contencioso de Cali, así:

"En el proyecto de contrato se expresó así:

"Tercera. La Empresa Telegráfica a la cual se refiere este contrato, siendo de utilidad pública, estará exenta de derechos o gravámenes de cualquier clase, tanto nacionales como departamentales".

“El Consejo de Ministros modificó esa cláusula así:

“Tercera. La Empresa Telegráfica a la cual se refiere este contrato, siendo de utilidad pública, estará exenta de derechos o gravámenes de cualquier clase de *carácter nacional*” (Subraya el Consejo).

“Se advierte, en vista de la modificación, el espíritu de ella de limitar los efectos del contrato a la entidad oficial contratante: la Nación”, añade con mucha razón el Tribunal de Cali.

Respecto a la consideración 5, enumerada en los hechos de la demanda, de que “la Junta Municipal de Aforos de Cali carece de facultad legal para establecer esa clase de impuestos”, el Tribunal estudió acuciosamente las disposiciones legales en que el actor fundamentó tal afirmación, y llegó a la razonada conclusión de que “Se advierte tanto en la argumentación de la demanda, como en lo caudaloso de la cita de disposiciones, que no hay un argumento preciso, una razón determinada, un motivo concreto de fundamento”. Y esta afirmación del Tribunal es acertada, puesto que los Municipios gozan, por prerrogativa constitucional, del derecho de establecer contribuciones que no vayan contra la Constitución, la ley o la ordenanza. La inconstitucionalidad o ilegalidad de que pueda estar afectada la Resolución demandada será materia de examen más adelante.

Aclara el Tribunal que la All America Cables and Radio Inc. tiene un preciso carácter de comerciante, como se manifiesta por su inscripción en la Cámara de Comercio, de donde se deriva la imposición a la oficina de la compañía en Cali, por industria y comercio en un impuesto de carácter municipal.

Obrando como apoderado en la segunda instancia el doctor Juan Samper Sordo, impugnó el fallo presentando entre otros argumentos los que siguen:

“Conforme al artículo 195 de la Constitución Nacional, corresponde a los Concejos Municipales votar las contribuciones y gastos locales, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas; y de acuerdo con la atribución 2 del artículo 169 del Código Político y Municipal, corresponde a los Concejos imponer contribuciones dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas. Aun cuando es verdad que la Ley 89 de 1936 eximió a algunos Municipios, entre ellos el de Cali, como capital de Departamento, del requisito de obtener previa autorización de la Asamblea Departamental para establecer contribuciones locales, ello no quiere decir que los Concejos puedan desconocer el orden constitucional y legal y gravar negocios o actividades que por su naturaleza y de acuerdo con el régimen tributario nacional, no están en capacidad de gravar.”

La argumentación así expuesta es clara e incontrovertible. Tal es el espíritu y texto de las normas sobre la materia. Pero para el caso de autos lo que falta comprobar es que la Resolución demandada sea violatoria de la Constitución, o que exista alguna disposición legal que impida a los Municipios establecer la contribución materia de la demanda. Esto es lo que el actor no demuestra en el curso de su alegato cuando dice:

“Los Concejos Municipales no pueden gravar los servicios nacionales, porque hacerlo equivaldría a gravar a la Nación misma. Y a este propósito es quizás oportuno observar que no pueden fraccionarse o dividirse las diferentes etapas o los diferentes lugares, o las diversas formas en que un servicio ha de prestarse, para gravar en forma indirecta o poco franca lo que de manera directa no podría sujetarse a contribución.” Y agrega: “Al gravar la Junta de Aforos de Cali a All America Cables

and Radio Inc. vino a sujetar el servicio de telecomunicaciones a una disposición municipal, con violación del precepto del artículo 3º de la Ley 198 de 1936.”

Pero la argumentación peca por su base, desde luego que por el hecho de que una compañía preste un servicio de la naturaleza del que aquí se contempla, no quiere decir que no pueda ser gravada con impuestos municipales ni que este hecho implique sujeción del servicio mismo al Cabildo ni que con ello se viole el artículo 3º de la Ley 198 de 1936, pues dicha disposición se limita a declarar que los servicios de telecomunicaciones se subordinan en lo internacional a las disposiciones de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones y a los convenios y acuerdos que se celebren; y en lo interno, a las disposiciones contenidas en leyes especiales, y a los reglamentos del Gobierno concordantes con éstas.

De otra parte, no debe perderse de vista que en desarrollo de lo dispuesto en las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, los Municipios pueden establecer libremente los gravámenes que no recaigan sobre objetos ya gravados por la Nación o el Departamento.

No siendo violatorias de la Constitución o de la ley, los Municipios tienen facultad para imponer las contribuciones indispensables para atender los gastos del servicio. A este respecto, ya había dicho el Consejo en fallo del 9 de mayo de 1940: “... de manera que el Concejo Municipal de Santa Marta tiene facultad para crear impuestos sobre los prestamistas y negociantes en sueldos y salarios, porque no hay ninguna disposición de orden constitucional ni legal que le prohíba establecer esta contribución, en forma que al establecerla obra dentro de la Constitución y las leyes”. Otro tanto puede decirse ahora respecto del caso de autos.

Es también una clara noción de Derecho Público la de que el concesionario, aun cuando lo sea de un servicio monopolizado por el Estado, no es un organismo oficial; su patrimonio es, pues, un patrimonio privado, sometido al régimen de los particulares en materia impositiva, salvo lo que expresa y válidamente se le haya otorgado en la concesión. La All America Cables and Radio, Inc., como concesionaria, no podía estar exenta por el Gobierno del pago de impuestos departamentales o municipales, porque la Constitución Nacional es en este punto de una claridad meridiana al decir en su artículo 182: “Los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares. No podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los términos en que lo sea la propiedad privada. *El Gobierno Nacional no podrá conceder exenciones de derechos departamentales ni municipales.*” (Subraya el Consejo).

El señor Fiscal de la corporación es de concepto de que la sentencia es jurídica y por lo mismo no debe infirmarse.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, confirma la sentencia del Tribunal Administrativo de Cali, de fecha 18 de diciembre de 1942, materia del recurso.

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

Tulio Enrique Tascón, Guillermo Peñaranda Arenas, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Incompetencia de los Tribunales Administrativos.

Ponente: doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Consejo de Estado—Bogotá, catorce de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

Por sentencia de fecha 27 de febrero de 1943, el Tribunal Administrativo de Popayán puso fin a la demanda de nulidad promovida por el doctor Higinio Solarte V., sobre nulidad del Decreto número 320, dictado por el señor Gobernador del Departamento del Cauca, "por el cual se reorganiza el personal militar y civil de la Policía Nacional, División Cauca".

El fallo en referencia concluye anulando determinadas disposiciones, con el voto de la mayoría del Tribunal, pues el Magistrado doctor Laurentino Quintana fue de concepto de que el Consejo de Estado era el competente para conocer del negocio en primera y única instancia.

Apelada la sentencia por el señor Fiscal y concedido el recurso, procede hoy su decisión, para lo cual se considera:

Como al fallar corresponde, en primer término, estudiar lo relativo a la competencia, a ello se procede, para lo cual es suficiente observar:

El Decreto acusado fue sometido a la aprobación del Poder Ejecutivo, en obediencia al artículo 7º del Decreto nacional número 1968 de 1936, que así lo dispone, cuando se dicten providencias de la naturaleza de las contenidas en el Decreto demandado. Esta aprobación le da al acto acusado el carácter de providencia ministerial, ya que la resolución del Ministro es la que pone fin a la actuación administrativa. Si esto es así, la demanda del decreto del señor Gobernador del Departamento del Cauca, aprobado, como consta, por medio de la Resolución número 681 de 1942, originaria del Ministerio de Gobierno, no podía intentarse ante el Tribunal Administrativo de Popayán sino ante el Consejo de Estado, pues al respecto es terminante lo dispuesto por el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo, que dice:

"Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado, de los siguientes negocios: . . . 10. De los recursos contencioso-administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los Ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que ponga fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta."

El claro, pues, que se trata de una notoria incompetencia de jurisdicción del Tribunal de Popayán para conocer de este negocio, lo que impone la declaratoria de nulidad en todo lo actuado, de conformidad con los artículos 113 y 114 del Código Contencioso Administrativo.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, oído el concepto fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara la nulidad de todo lo actuado en el presente juicio.

Cópiase, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Tulio Enrique Tascón, Guillermo Peñaranda Arenas, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Expulsión de extranjeros.

Ponente: doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Consejo de Estado—Bogotá, tres de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

En escrito de fecha 14 de mayo de 1943, el doctor Gilberto Alzate Avendaño, en su carácter de apoderado del señor Heriberto Schwartzau Eskildsen, pidió al Consejo de Estado la nulidad de la Resolución proferida el 10 de abril del año en curso por el señor Director General de la Policía Nacional, por la cual se expulsa a su representado del territorio colombiano. El doctor Alzate Avendaño solicitó también la suspensión provisional del acto acusado, a lo cual accedió el Magistrado ponente doctor Gonzalo Gaitán por auto de 11 de junio pasado. Esta providencia fue suplicada por el señor Fiscal de la corporación.

Para resolver el recurso, se considera:

El Consejero sustanciador basó su decisión en el concepto que tiene de que al señor Schwartzau debe reputársele como colombiano, encontrando, por esta razón, inconstitucional e ilegal la resolución del señor Director de la Policía, que aplicó disposiciones referentes a extranjeros a un individuo que debe ser considerado como ciudadano de Colombia, de conformidad con el ordinal a) del artículo 7º de la Constitución. Para apoyar este concepto, anota los siguientes hechos, que se desprenden del estudio del expediente:

“1) Que los padres de Schwartzau han vivido en Colombia muchos años; 2) Que han tenido negocios de campo y de comercio en el país; 3) Que Schwartzau nació en Barranquilla en el año de 1917; 4) Que obtuvo cédula de ciudadanía; 5) Que obtuvo libreta de servicio militar.”

Agrega que el actor no sólo se halla domiciliado en la República, sino que se ha dedicado a negocios de campo en la hacienda “Calamar”, en el Valle del Cauca, y termina siendo de opinión de que como la nacionalidad del demandante está al estudio de la Corte Suprema de Justicia, no se le puede expulsar del país mientras esta corporación no se haya pronunciado en el juicio tendiente a obtener la declaración de que el señor Schwartzau “ha perdido la nacionalidad colombiana”.

El señor Fiscal considera que no se debe aceptar como cosa evidente el nacimiento del demandante en Barranquilla, por cuanto las pruebas que pretenden acreditar ese hecho son absolutamente inaceptables, por las razones fijadas en el escrito correspondiente. Sin embargo, en el estudio que se ha hecho del expediente aparece una aclaración de la Dirección de la Policía, que dice textualmente: “Este Despacho acepta el hecho del nacimiento del sindicado en territorio colombiano”. (Página 6). La frase transcrita aleja las dudas sobre el lugar del nacimiento, y por lo tanto no hay para qué insistir sobre el particular.

Se deduce de lo anterior que lo importante en el caso en estudio es lo relacionado con la determinación del domicilio del señor Schwartzau.

Al respecto observa la Fiscalía que no puede aceptarse que el actor haya adquirido domicilio en Colombia, de acuerdo con las dos exigencias del artículo 76 del Código Civil, que señala como elementos indispensables para su constitución la residencia acompañada del ánimo de permanecer en ella, ninguno de los cuales parece haber sido establecido por el señor Schwartau. Es además de concepto de que ni la cédula de ciudadanía ni la libreta militar equivalen a manifestación de domicilio, y agrega que cuando se examina esta noción para los efectos de adquirir la nacionalidad, es necesario considerarla no sólo desde el punto de vista del Derecho Privado, sino también, y principalmente, a la luz del Derecho Público, pues no se podría aceptar, dice, como domicilio simplemente la permanencia en determinado lugar, perdiendo de vista el desarrollo de actividades contrarias a los sentimientos, ideas e instituciones de la Patria u otros elementos de juicio que son indispensables para apreciar exactamente la posición de nacional.

Como se ve, el estudio del problema puede concretarse al examen del domicilio del señor Heriberto Schwartau, para ver si esta exigencia constitucional, indispensable para tener la calidad de colombiano, ha sido llenada por el actor en una forma tan clara, que permita la aplicación de los artículos 94 y 98 del Código Contencioso Administrativo sobre suspensión provisional de la Resolución acusada.

No es el caso de entrar, a propósito de este incidente, en un análisis profundo de las nociones sobre domicilio que se encuentran en nuestro derecho positivo o en la doctrina de los autores, por ser materia que de suyo corresponde a la sentencia de fondo. Sin embargo, conviene hacer algunas aclaraciones sobre la situación especial que en el caso de autos se contempla y que fundamentan la parte resolutive de esta providencia.

En efecto, en el expediente aparecen los siguientes hechos, que deben tenerse en cuenta: 1) El acta de nacimiento del demandante fue inscrita en el Consulado alemán de Barranquilla y no ante las autoridades colombianas competentes; 2) El señor Schwartau tuvo una educación completamente alemana y realizaba constantes viajes amparado por pasaporte alemán y cédula de extranjería; 3) Al adquirir la mayor edad, el actor trabajaba en alguna hacienda del Valle del Cauca, pero luego abandonó el país y viajó a España, luego a Brasil, Chile, Argentina y Ecuador, creyéndose además, según afirmación de la Policía, que viajó a Alemania, donde sirvió como intérprete en el ejército de ese país, y fue, además, tratado como natural alemán.

Este conjunto de circunstancias, agregado a la no menos importante de haber sido sorprendido Schwartau realizando actividades de espionaje al servicio de una potencia extranjera, con la cual no tiene hoy Colombia relaciones diplomáticas, inducen a pensar que la nacionalidad del demandante ofrece tales dudas, que no se justifica la declaración de que se ha expulsado a un colombiano y que por lo mismo la resolución respectiva viola de manera ostensible normas superiores.

No siendo, pues, evidente, para la Sala, como lo apreció el auto suplicado, que al señor Schwartau deba reputársele como colombiano, la Resolución que lo expulsó del país como extranjero indeseable, no puede por lo mismo suspenderse provisionalmente, ya que sólo en el caso de que se tratara de un colombiano podría invocarse, para decretar la suspensión, la violación flagrante de una regla superior de derecho.

Ya ha dicho y repetido constantemente el Consejo de Estado que para que proceda la suspensión provisional de un acto o providencia administrativa es preciso que haya manifiesta violación de las normas que se señalan como quebrantadas, cuando la acción ejercitada es de simple nulidad, y que cuando la acción es distinta debe aparecer comprobado el agravo que sufre quien promueve la demanda. Pero es claro que este agravio, para que pueda invocarse, tiene que proceder de una actividad irregular del Estado que quebrante el orden jurídico y que a

virtud de ello afecte legítimos intereses del actor. Es obvio, además, que tales perjuicios no pueden invocarse cuando la administración actúa sin violentar ostensiblemente esas normas; cuando ejercita actividades que le son propias y para las cuales está expresamente facultado; y, cuando, por lo mismo, el perjuicio que invoca el que por ella se considera afectado, no puede considerarse como tal, desde luego que sólo significa el desarrollo natural de determinadas atribuciones del Estado.

Por último, la circunstancia de que por un particular se haya propuesto un juicio ante la Corte Suprema de Justicia, tendiente a obtener la declaración de que el señor Schwartau "ha perdido la nacionalidad colombiana, no paraliza, en concepto de la Sala, la actividad del Estado en relación con la expulsión de extranjeros, ni impone la suspensión provisional de la medida, toda vez que el interesado no está bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado revoca el auto suplicado y en su lugar resuelve que no hay lugar a decretar la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la mesa de origen.

Tulio Enrique Tascón, Guillermo Peñaranda Arenas, Gabriel Carreño Mallarino, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Adquisición de textos escolares por los Municipios.

Ponente: doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Consejo de Estado—Bogotá, trece de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

Por sentencia de fecha once de septiembre del año en curso, el Tribunal Seccional Administrativo del Cauca falló la demanda de nulidad interpuesta por el doctor Jorge Isaac Garzón contra el Acuerdo número 1 de 31 de diciembre de 1941, expedido por el Concejo Municipal de Popayán, en los siguientes términos:

“Por lo expuesto, el Tribunal Seccional Administrativo del Cauca, de acuerdo con el concepto de su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla*: no es nulo el Acuerdo número 1, expedido por el honorable Concejo Municipal de Popayán, el 31 de enero (sic) de 1941, por el cual dispuso la compra de un libro para enseñar a leer.”

El fallo fue apelado por el demandante y, surtida la tramitación correspondiente a la segunda instancia, el Consejo procede a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El acto acusado es del siguiente tenor:

“Acuerdo número 1 (diciembre 31 de 1941), por el cual se ordena la compra de un libro con destino a la desanalfabetización de la clase proletaria y se apropia una partida.—El Concejo Municipal de Popayán *acuerda*: Artículo 1º Con el fin de impulsar la campaña de desanalfabetización en el Municipio de Popayán, el Personero del Distrito procederá a verificar la compra de tres mil (3.000) ejemplares del libro para enseñar a leer en el primer grado de la escuela primaria, titulado ‘Mi Primer Libro de Lectura’, publicado en Bogotá.—Artículo 2º Estos libros se distribuirán entre los escolares más pobres del Municipio, y particularmente entre los rurales.—Artículo 3º Con el fin de dar cumplimiento al presente Acuerdo, se incluirá la cantidad de novecientos pesos (\$ 900) en el presupuesto de la próxima vigencia fiscal.—Artículo 4º Este Acuerdo regirá desde su sanción.”

En concepto del demandante, la Ordenanza transcrita viola el artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal, que prohíbe a los Cabildos destinar los fondos a objetos distintos del servicio público; el ordinal 3 del artículo 44 de la Ley 89 de 1888 y el artículo 10 de la Ley 39 de 1903, que imponen al Tesoro Nacional la obligación de proveer de textos de enseñanza, útiles de escritorio, etc., a las escuelas primarias y normales del país; los artículos 72 del Decreto 491 de 1904 reglamentario de la Ley 39 de 1903, y 3 del Decreto 1525 de 1928, que en

desarrollo del artículo 120 de la Constitución Nacional, reglamentan la dirección e inspección de la instrucción pública, en cuanto someten a la aprobación del Ministerio de Educación Nacional los libros que se vayan a adoptar para la enseñanza en las escuelas públicas de la Nación; y los artículos 1 y 2 de la Ley 89 de 1888, que asignan al Ejecutivo Nacional la dirección y vigilancia suprema de la instrucción en la República.

Los cargos contra el acto acusado pueden concretarse principalmente a dos, uno de los cuales ya está definido claramente por la jurisprudencia del Consejo de Estado contenida en la sentencia de 9 de octubre de 1942 (demanda del artículo 5 de la Ordenanza 10 de 1941 de la Asamblea del Cauca), que acepta la competencia de las Asambleas y Concejos para colaborar en la prestación del servicio de distribución de textos de enseñanza, ya que expresos principios legales así lo autorizan, sin que con ello se pueda decir que se han violado los textos constitucionales y legales que facultan al Órgano Ejecutivo para dirigir la instrucción pública en toda la Nación. Esta clase de acuerdos no tienden a reemplazar al Gobierno central en su obligación de suministrar los textos de enseñanza, sino a cooperar en un servicio público en el cual intervienen la Nación, los Departamentos y los Municipios.

En cuanto a saber si el acto acusado adopta un texto para la enseñanza oficial, basta observar que ni el examen del acuerdo ni de la lectura de la exposición de motivos que justificó su expedición, permiten afirmarlo así. Allí no se ordena que el libro que se dispone comprar sea adoptado como texto oficial en las escuelas públicas, pues esto está reservado de manera privativa al Ministerio de Educación Nacional, sino que se activa e impulsa la campaña de desanalfabetización en el Municipio, determinándose simplemente que tales libros se distribuirán entre los escolares más pobres y particularmente entre los de la población rural.

Dilucidados estos dos puntos, resta analizar las disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal que prohíben a los Concejos aplicar los bienes o rentas municipales a objetos distintos del servicio público y al aspecto de legalidad del contrato celebrado entre el Personero de Popayán y el señor Luis Carlos Tobón Sierra, en desarrollo del acuerdo demandado.

En lo referente al primer punto, relacionado con el cargo de que la erogación en referencia implica una violación del ordinal 5 del artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal, basta anotar que, como se dijo cuando se trató de la competencia de los Concejos para dictar esta clase de acuerdos, debe entenderse este acto como un caso de colaboración de los organismos centrales, departamentales y municipales en un servicio público y que, por lo tanto, no se puede considerar en este caso que una partida del presupuesto, que tiene tal destinación, corresponda o sirva para objetos distintos de los autorizados por la ley.

En cuanto a la legalidad del contrato, que el demandante estima ha violado el artículo 16 y siguientes del Código Fiscal del Departamento del Cauca que exige las formalidades de la licitación para los contratos cuyos requisitos allí se determinan, debe observarse que esta formalidad de la licitación pública no puede tener lugar cuando se trata de la adquisición de objetos que tienen un dueño único conocido, ya que el artículo 76 de la Ordenanza 39 de 1922 dice: "Podrán los Municipios prescindir de la licitación, para su adquisición a título oneroso, en los siguientes casos: a) Cuando se trata de la adquisición de objetos que

tienen un dueño único conocido o sean productos exclusivos de una fábrica". Como este es el caso contemplado por el contrato a que se ha hecho mención, no se encuentran válidas las razones del demandante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal, confirma la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Popayán el día 11 de septiembre de 1943, que ha sido materia del recurso de apelación.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Anibal Badel, Guillermo Peñaranda Arenas, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Condonaciones por las Asambleas.

Ponente: doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Consejo de Estado—Bogotá, octubre catorce de mil novecientos cuarenta y tres.

Con fecha doce de febrero del año en curso, el Tribunal Administrativo de Santander decidió de la demanda propuesta por el señor Campo Elias Morales sobre nulidad de los artículos 1, 2 y 4 de la Ordenanza número 47 de 1941, por la cual se hace una condonación y se autorizan otras y se dictan varias disposiciones.

La sentencia fue acorde con las peticiones de la demanda, y como de ella apeló el señor Ciro Antonio García y el recurso fue concedido, corresponde al Consejo de Estado dictar el fallo definitivo, para lo cual se hacen previamente las siguientes consideraciones:

Se anota, en primer término, que como del fallo de primera instancia apeló únicamente el señor García, quien sólo tenía interés en que se revocara el fallo relacionado con el artículo 1º de la Ordenanza en referencia, por cuanto por dicho artículo se le condonaba la suma de tres mil doscientos sesenta y cuatro con setenta y tres, elevada a alcance a su cargo y a favor del Tesoro del Departamento, la nulidad de los artículos 2º y 4º proferida por el Tribunal de Bucaramanga debe considerarse en firme por cuanto la apelación se entiende interpuesta solamente en lo desfavorable al apelante.

En tal virtud, en esta segunda instancia sólo habrá de aludirse al artículo 1º acusado, que fue anulado por el Tribunal de primera instancia.

Como fundamento del fallo en referencia, el Tribunal *a quo* hizo las siguientes consideraciones que el Consejo acoge por considerarlas jurídicas:

“Con base en el artículo 54 del Acto legislativo número 3 de 1910, hoy 186 de la Codificación Constitucional, se expidió el Código de Régimen Político y Municipal, que en el ordinal 33 del artículo 97 destinado a fijar las funciones de las Asambleas, dijo: ‘Condonar las deudas a favor del Tesoro Departamental, total o parcialmente. Esto no podrá hacerse sino por graves motivos de justicia’.” (El subrayado es del Tribunal).

Luégo la Ley 71 de 1916 adicionó y reformó el anterior mandato dando a las Asambleas facultad “para que en cada caso especial autoricen a los Concejos para condonar deudas a favor de los Tesoros municipales, total o parcialmente”. Y expresamente volvió a insertar la terminante advertencia de que “esto no podrá hacerse sino por graves motivos de justicia”. (El subrayado es del Tribunal).

En forma clara y determinada la Ley 94 de 1928 estableció las formalidades a que habrían de sujetarse las condonaciones en el orden nacional, y dispuso en su artículo 5º “que las Asambleas Departamentales dictarán reglas análogas a las contenidas en la presente Ley, en relación con las deudas declaradas en favor de los Fiscos Departamentales

y Municipales". Y para el desarrollo de este mandato, el legislador santandereano expidió la Ordenanza número 6 de 1929, organismo que contiene las reglas a las cuales deben acomodarse invariablemente tales actos.

"Dispone el artículo 1º de esta Ordenanza que cuando se trate de condonar una deuda a favor del Tesoro Departamental, el interesado deberá elevar su solicitud ante el Secretario de Hacienda del Departamento, quien, oído el concepto de la Contaduría General del Departamento, emitirá su juicio razonado acerca de la justicia de la solicitud, y pasará el expediente a la Asamblea Departamental en las sesiones inmediatas."

Fuera de los anteriores conceptos, manda el artículo 2º *ibidem* que el expediente debe contener los autos de observaciones y de fenecimiento proferidos por la oficina contadora, o copia de la sentencia o resolución, o de cualquier otro documento, debidamente autenticado, en que consten las causas de la deuda. En forma inequívoca estatuye el artículo 4º que al tratarse de autorizar a los Municipios para condonar deudas, esa autorización no podrá proferirse mientras no se acompañen a la solicitud las documentaciones antes enumeradas.

"Siendo urgente para el Tribunal conocer los motivos que guiaron a la Gobernación de Santander para objetar la Ordenanza materia de este juicio, el Magistrado sustanciador dictó auto para mejor proveer, a efecto de que el respectivo mensaje de objeciones se trajese a los autos. A folios 17 del cuaderno principal figura la copia debidamente extendida, y la cual fue ordenada expedir por auto que suscriben el propio Gobernador actual y su Secretario de Hacienda. La copia está respaldada con la firma de este último funcionario.

"Este documento, al cual hay necesidad de prestar todo el valor que significa la autoridad oficial de quienes lo ordenaron y expidieron, demuestra, sin asomo de duda, que la Asamblea, al decretar las condonaciones de que se ocupan los artículos de la Ordenanza acusada, pasó por encima de las órdenes terminantes de la Constitución y de la ley, y que los mandatarios de la Administración seccional en ese entonces olvidaron también el cumplimiento de sus perentorias obligaciones de amparar y defender los dineros del Fisco, pues ya que la Asamblea no aceptó las objeciones formuladas, han debido dar las órdenes del caso para que el Agente del Ministerio Público hubiese intentado en tiempo las acciones legales que se fijan para tales ocurrencias.

"Dice así la Gobernación en la parte pertinente, cuyo texto es indispensable transcribir para la cabal inteligencia del asunto:

"Si las facultades de la Asamblea, en orden a condonaciones, no se ejercen examinando a fondo los graves motivos de justicia que puedan existir en cada caso, mediante estudio detenido de las solicitudes documentadas que establece la Ordenanza número 6 de 1929, emanada de la Ley 94 de 1928, actos éstos que se vinculan estrechamente entre sí, no es posible llegar a formar juicio exacto acerca de la conformidad de cada condonación con los preceptos legales y ordenanzaes y con el justo derecho que puedan tener los peticionarios. Esta, que es norma invariable para las Asambleas, lo es también para los Gobernadores, si llega el caso de tener que ejercer la facultad que les otorga el artículo 103 del Código de Régimen Político y Muni-

cial. En los expedientes sobre condonaciones, fuera del motivo primordial que deba deducirse de los autos en que se declararon alcances a cargo de los interesados, precisa averiguar también si se han observado estrictamente las demás formalidades legales, entre ellas las referentes a papel sellado y timbre nacional, porque es incuestionable que la omisión de cualquier requisito esencial debe tener (sic) el curso de la condonación en las Asambleas, y la sanción de los respectivos proyectos en las Gobernaciones.

'Para el estudio del proyecto en cuestión, no se acompañaron a sus antecedentes las documentaciones que debieron servir de base a su aprobación. Sin ellas, el juicio de los honorables Diputados proponentes, o de la honorable Comisión que rindió informe para segundo debate o del de la honorable Asamblea, no pudo ir al fondo. Lo propio ocurre o podría ocurrir en el análisis del proyecto, que debe hacer la Gobernación, tanto en lo que respecta a las formalidades legales y reglamentarias de cada expediente como a la justicia de la condonación. Puede suceder que las documentaciones existan, unas en poder de la honorable Asamblea y otras en curso para obtener conceptos de la Contraloría y de la Secretaría de Hacienda; mientras ellas no vengan formando parte integrante de los antecedentes del asunto, la Gobernación encuentra valla para impartir sanción ejecutiva. No puede estimarse legalmente que un proyecto de condonaciones, desprovisto de los elementos de estudio, especialmente para el Gobernador, tenga el mérito de estatuto reformatorio, en forma alguna, de la ordenanza número 6 de 1929, que tiene relativa fuerza de ley.'

"Al anterior mensaje contestó la Asamblea con la proposición aprobada en su sesión del día 10 de junio de 1941, por medio de la cual las declaró infundadas, lisa y llanamente."

Se sostiene por el actor que no debe tenerse en cuenta la prueba producida por el Tribunal a virtud de un auto para mejor proveer que dispuso oficiar a la Gobernación del Departamento para que remitiera copia auténtica del mensaje de objeciones que el Gobernador de Santander había enviado a la Asamblea Departamental, por medio del cual se oponía a la condonación proyectada, y la solicitud se funda en que no se trataba de aclarar un punto dudoso u obscuro de la contienda, sino de suplir una prueba que ha debido producir por sí mismo el actor.

Para el Consejo este argumento carece de solidez, desde luego que era potestativo del Tribunal dictar aquel auto, si estimaba indispensable la aclaración, dentro del negocio, de los motivos por los cuales la Gobernación se había opuesto al proyecto respectivo. De otra parte, aquel auto se ejecutorió y cumplió dentro del proceso sin reparo alguno, por lo cual resulta extemporáneo el pedimento que a esta hora se hace para que no se tenga en cuenta aquel documento.

Agrégase a lo dicho que las pruebas traídas en esta segunda instancia, en vez de debilitar los conceptos de la Gobernación, robustecen los argumentos de la misma, ya que el informe de la Secretaría de Hacienda dice al respecto:

"Señor Gobernador: Revisado el expediente que sirvió de base a la condonación de la suma de \$ 3.264.73, que la honorable Asamblea le Santander le hizo al señor Ciro Antonio García, por medio de la Ordenanza número 47 de 1941, artículo 1º, se obtuvo que al memorial de petición, de fecha 15 de mayo del mismo año, dirigido al Presidente y demás miembros de la Asamblea, no acompañó el señor Ciro Antonio García pruebas,

sino la información a que se refieren los párrafos antepenúltimo y último de dicho memorial, que a la letra dicen: 'Mis antecedentes de honradez y de buen ciudadano los conocéis de sobra, vosotros señores Diputados. Sin embargo, os presento sobre el particular una certificación ilustrísima, como es la del Presidente del Concejo Municipal de Zapatoca y la de los doctores Agustín Gómez Prada, Eduardo Rueda Rueda, Manuel Serrano Blanco y Domingo Arenas Serrano'. 'Señores Diputados: para vuestra información, acompaño a este memorial la copia autenticada del fallo de la Contraloría, la certificación sobre buena conducta de los caballeros antes nombrados, y la copia autenticada del auto de fenecimiento proferido por la Gobernación.'

Otro tanto acontece con la exposición de motivos que se acompañó al proyecto como del informe de la Comisión que estudió el artículo relacionado con la condonación del señor García, en el cual se hace constar, como razón de la medida, únicamente que el referido señor García no era experto en cuentas y lleva una caja común de sus propios haberes y de los oficiales que estaban a su cuidado; que este desarreglo de cuentas del señor García coincidió con la desorganización de la Tesorería General del Departamento, que vino a producir una confusión, un caos, que trajo como consecuencia dicho alcance, el cual afirma la Comisión, para concluir, que es más aparente que real. Como se ve, se trata de meras afirmaciones sin respaldo alguno en el expediente que al efecto ha debido levantarse para justificar una medida de la importancia de la señalada.

Al estudiar el Consejo de Estado con fecha junio 1º de 1943 un negocio análogo, hizo las siguientes declaraciones que, por corresponder a la misma materia y a la misma situación de hecho, se transcriben como complemento de los fundamentos de este fallo:

"No es, pues, exacto que la facultad de condonar, que se señala en el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, en el ordinal 33, sea una consecuencia de la autonomía patrimonial que se consagra en el artículo 182 de la Constitución, porque es claro que si esa autonomía fuera absoluta, no sería precisa la facultad legal para poder efectuar condonaciones. Valdría tanto como decir que si una disposición legal autoriza a los particulares para donar sus bienes, o para remitir sus deudas, ello sería consecuencia de la irrestricta libertad que tienen las personas capaces para disponer libremente de sus bienes, lo que resultaría a todas luces contradictorio; porque si hay autonomía absoluta no se necesita de facultad especial alguna.

"De otro modo, tendría que llegarse a la conclusión fácil de que están por demás las facultades consignadas en el artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, así como aquellas que establecen condiciones para que los Departamentos y Municipios puedan comprometerse en la contratación de empréstitos, como lo hace la Ley 6ª de 1928 y la disposición que prohíbe a las Asambleas decretar gracias o pensiones, así como muchas otras que, no obstante tener los Departamentos independencia para la administración de los asuntos seccionales, señalan requisitos para que esa administración, en determinados aspectos, se realice conforme a éstos.

"Lo que acontece es que las funciones de las Asambleas son señaladas en parte por la misma Constitución y en parte por las leyes. Lo que quiere decir que la independencia de las secciones para la administración de sus propios asuntos, no es absoluta sino que, en muchos casos, está condicionada por la misma ley.

Y si en materia de condonaciones existe una facultad de orden legal, que está enumerada entre las funciones que corresponden a las Asambleas, es porque ella fluye del precepto constitucional que determina que esas entidades ejercen las atribuciones que le señalan la Constitución y las leyes. Estas limitaciones, como está dicho, tienen un sentido de tutela o de protección administrativa. Por esta misma razón, la ley establece prohibiciones a las Asambleas en lo tocante a la disposición de fondos públicos, como acontece con la ordenación de gracias o pensiones, las cuales estarían fuera de lugar si se aceptara la tesis de que los Departamentos gozan de una irrestricta libertad para disponer de sus bienes y rentas, por tener éstos las mismas garantías que las propiedades particulares. Y por lo mismo, resulta inaceptable que en punto a condonaciones, tales entidades puedan obrar como personas de derecho privado, con facultad para remitir las deudas sin sujeción a normas superiores de ninguna especie.

“Sentado lo anterior, debe decirse que la facultad de las Asambleas para decretar condonaciones no es discrecional sino reglada, y como la ley exige que para tal efecto es necesario que operen graves motivos de justicia y además se prescribe por la misma que las Asambleas señalen normas análogas a las que están establecidas para la condonación de las deudas declaradas en favor del Tesoro Nacional, como hace la Ley 94 de 1928, es claro que, si por medio de una Ordenanza se han fijado esas normas, toda condonación debe ajustarse a ellas.

“Para que proceda la remisión de una deuda departamental es necesario atender los conceptos que emitan la Secretaría de Hacienda, la Contraloría General del Departamento y el Agente del Ministerio Público, y si estos conceptos son desfavorables a las pretensiones del deudor del fisco, la condonación no puede decretarse válidamente, porque la Asamblea no puede en este caso, obrar discrecionalmente, verdad sabida y buena fe guardada.”

Concretando la cuestión al caso contemplado en autos, es evidente que no se han llenado las prescripciones necesarias para decretar la gracia de que se trata, estableciéndose suficientemente los graves motivos de justicia y, por tal causa, la condonación hecha por la Asamblea de Santander en favor del señor Ferrreira carece de los requisitos indispensables al efecto, razón por la cual su ordenación está fuera del cauce legal, y por ello su anulación se impone.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia objeto del recurso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aníbal Badel, Guillermo Peñaranda Arenas, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos nacionales.

Ponente: doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Consejo de Estado—Bogotá, veintiséis de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

En libelo de fecha 11 de julio de 1942, el doctor Marco T. Mendoza Amaris, actuando como apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad, demandó ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Barranquilla las Resoluciones números R-1252-H, de 28 de agosto de 1941, y R-55-H de 25 de febrero de 1942, ambas de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, relativas a la liquidación del impuesto sobre la renta y sus complementarios, de la Sociedad poderdante, correspondientes al año de 1939.

El Tribunal, por sentencia de 20 de mayo del año en curso, falló en forma adversa a las pretensiones del actor, quien apeló de ese fallo ante esta corporación, donde surtido el procedimiento propio de la segunda instancia, ha llegado el momento de decidir lo que fuere del caso. El señor Fiscal del Consejo, en concepto número 241 de 21 de septiembre último, considera que debe confirmarse la sentencia apelada.

La demanda.

Los puntos concretos, donde el demandante fija sus reparos contra la liquidación de la Jefatura, son del siguiente tenor:

“Primero. Que es nula la Resolución número R-1252-H y la cuenta de impuestos que contiene, por haber sido practicada la revisión respectiva fuera del término señalado por el artículo 15 de la Ley 81 de 1931, para que dentro de él pueda la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales modificar los gravámenes de ejercicios anteriores.

“Segundo. a) Que se calcule o liquide también la cuota de depreciación a la tasa de 3½%, o de una mayor o menor que sea razonable a juicio del Tribunal, sobre la suma de \$ 8.182.929.77 correspondiente a ‘Capital Misceláneo sin Clasificar’, y que representa el costo de la inversión inicial en plantas, equipos, redes de transmisión y distribución, etc., etc., que están en servicio, produciendo renta que es gravable y que ha sido gravada en la liquidación que se impugna;

“b) Que se reconozca como gasto necesario e indispensable del negocio y por lo tanto como deducible de la renta bruta, el en que incurrió la Compañía durante el año, por valor de \$ 328.483.62 por diferencia de cambio en los pagos hechos en dólares sobre el Exterior a la sociedad acreedora American & Foreign Power Company, Inc., para abonar a obligaciones exigibles;

“c) Que se reconozca que la pérdida sufrida por la Compañía en la venta de bonos municipales recibidos en garantía de pago de servicios eléctricos prestados a las respectivas entidades públicas constituye una pérdida efectiva de renta deducible de la misma;

"d) Que se declare que habiendo sido fijado el patrimonio gravable de la Compañía en 31 de diciembre de 1939 en la suma de \$ 16.358.434.65, y habiéndosele exigido el impuesto sobre ese valor —precisamente porque no se le permitió la deducción de las obligaciones que constituyen la mayor parte de su pasivo, por no haber retenido y pagado el impuesto aplicable por cuenta de la entidad acreedora—, debe ser ese patrimonio de \$ 16.358.434.65 el extremo comparable con la renta líquida para verificar si se ha incurrido o nó en un exceso de utilidades, en vez de tomar (como ilegalmente lo hizo la Jefatura en la Resolución número R-1252-H) el patrimonio líquido de la Compañía como si se le hubiera reconocido el derecho a la deducción de sus obligaciones. Por consiguiente, esta petición la concreto así: solicito al Tribunal declare en la sentencia que no se ha causado el impuesto de exceso de utilidades que ha deducido la Jefatura de Rentas por valor de \$ 9.160.20; y

"Tercero. En subsidio, para el extremo de que el Tribunal niegue la petición hecha en el numeral d) del punto anterior, lo cual considero improbable, que al hacer el cómputo para la liquidación del exceso de utilidades se deduzca la suma de \$ 129.457.48 que efectivamente pagó la Compañía por impuesto sobre patrimonio, en vez de la que dedujo la Jefatura de Rentas en forma equivocada y arbitraria."

Como hechos fundamentales, el actor expuso los siguientes:

"1. La Administración de Hacienda Nacional del Atlántico liquidó a la Compañía Colombiana de Electricidad, con fecha 14 de mayo de 1940, los impuestos sobre renta y patrimonio por el año 1939, en cantidad de \$ 258.380.97, en total;

"2. Ese valor de \$ 258.380.97, quedó pagado en la Caja de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico el 8 de julio de 1940, según recibo número 087289;

"3. Con fecha 31 de octubre de 1940, la Compañía Colombiana de Electricidad reclamó ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales contra la liquidación de que se trató en el hecho primero, pidiendo su reforma y la devolución de la suma pagada en exceso;

"4. El señor Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, por Resolución número R-1252-H, de 28 de agosto de 1941, negó totalmente las peticiones de la Compañía y varió la liquidación exigiéndole un impuesto adicional de \$ 9.936.41;

"5. Dentro del término fijado por el artículo 115 del Decreto 818 de 1936, la Compañía, por escrito de 20 de octubre de 1941, pidió la reposición de la Resolución número R-1252-H, para que en su lugar se resolvieran favorablemente los diversos puntos materia de la reclamación;

"6. La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por Resolución número R-55-H, de 25 de febrero de 1942, se negó a revocar la providencia recurrida;

"7. Esta última resolución fue notificada el día 10 de abril del año actual al señor Víctor Echeverría, en su carácter de Gerente General de la Compañía;

"8. La Compañía objetó la liquidación de 14 de mayo de 1940, por diversas razones:

"a) Porque en concepto de depreciación sólo se concedió una deducción por valor de \$ 335.920.11, equivalente a un 2% sobre la suma de \$ 16.796.005.26, tomada erróneamente —como se observó en la reclamación de 31 de octubre de 1940— como el verdadero valor de la propiedad al terminar el período gra-

vable, en vez de aceptar la deducción por la cantidad de \$ 550.000 contabilizada bajo la cuenta 'Reserva para Retiros y Depreciación'. Y últimamente la Compañía tuvo que impugnar la reforma que aparece en la Resolución R-1252-H de la Jefatura de Rentas, porque en ella se dejó de castigar con la depreciación la partida de \$ 8.182.929.77, correspondiente a una apreciable cuota parte del capital invertido en el negocio;

"b) Porque no se le reconoció como tal el gasto en que incurrió por diferencia de cambio en los pagos hechos en dólares sobre el Exterior durante el año a la sociedad acreedora American & Foreign Power Company, Inc., de New York, por concepto de abonos a la obligación de adeudo ya vencida;

"c) Porque no se le ha reconocido la deducción a que tiene derecho por valor de \$ 5.665, que corresponde a pérdidas sufridas en la venta de bonos municipales recibidos en garantía de pago de servicios eléctricos prestados a esos Municipios;

"9. Para determinar el patrimonio gravable, la Compañía denunció como parte de su pasivo la suma de \$ 10.782.163.86, correspondiente al valor total de las obligaciones por ella contraídas, representadas en documentos a la orden pertenecientes a American & Foreign Power Company, Inc., de New York, y en documentos al portador poseídos durante 1939 por esa misma sociedad. Al hacerse la liquidación, fue rechazada la deducción por esas obligaciones por no haber presentado la Compañía el comprobante sobre retención y pago del impuesto respectivo por cuenta del acreedor; y, en consecuencia, se le exigió el gravamen de patrimonio sobre la totalidad de su activo bruto, sin tener en cuenta la deducibilidad de las mencionadas obligaciones. Pero más tarde la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por Resolución número R-1252-H, sólo tomó como patrimonio de la Compañía la suma de \$ 5.576.270.79, no obstante que allí mismo acepta la justipreciación que del patrimonio hizo la Oficina de primera instancia, por un valor de \$ 16.358.434.65, para deducir a la Compañía, mediante la comparación con la renta líquida, que se ha incurrido en un impuesto adicional sobre exceso de utilidades por valor de \$ 9.160.20."

En relación con la primera de las peticiones del actor, el Consejo estima que la Resolución del Jefe de Rentas, por la cual se revisó la operación de liquidación y que lleva como fecha 28 de agosto de 1941, encuentra pleno respaldo legal, ya que el artículo 15 de la Ley 81 de 1931 dice que con excepción de los contribuyentes mencionados en el numeral 2 de la misma disposición, no se hará cambio alguno por dicho Director General en la renta tasable o en el impuesto de cualquier contribuyente *después* del 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración. La operación de revisión se efectuó *antes* de dicho plazo, luego es legal. Y no importa que la notificación no se llevara a cabo antes del 1º de septiembre, pues el objeto de ésta no es otro que avisar al contribuyente la modificación llevada a cabo sobre el impuesto que le corresponde, para que pueda ejercer dentro del término legal las acciones que fueren del caso. Lo fundamental, pues, es que la Resolución de la Jefatura sea dictada dentro del término legal; lo que hay que aceptar en el presente caso, pues el actor se limita a atacar la mencionada Resolución sin allegar a los autos ninguna prueba que desvirtúe la fecha en que fue pronunciada.

En relación con la solicitud de la segunda parte de la petición a) del actor, el Consejo se atiene a las siguientes razones para resolver:

Sobre la suma de \$ 8.182.929.77 presentada como "Capital misceláneo sin clasificar", es imposible hacer cálculo o liquidación de cuota de depreciación, pues como lo dice la Jefatura de Rentas, "no puede soli-

citarse demérito sobre bienes cuya naturaleza es totalmente desconocida a la Jefatura y mucho menos cuando dentro de ellos deben existir, o existen, algunos no depreciables, como terrenos, etc. Dice el artículo 60 del Decreto 818 de 1936 que para conceder depreciación sobre bienes muebles o inmuebles, es necesario que se conozcan la naturaleza de las inversiones, los bienes de que se trata y el uso a que se destinen. Y no podría ser en otra forma, puesto que la finalidad que se persigue es el reintegro dentro de la vida útil, probable, de la propiedad, del valor de ella. Y sin conocer la naturaleza de los bienes es de todo punto imposible colegir su vida útil, probable y, por ende, tampoco podrá fijarse la alícuota razonable para su amortización”.

Estas razones son jurídicas y pertinentes, ya que estableciendo, como establece el legislador, normas precisas para que el contribuyente pueda obtener deducción, por depreciación, sobre los útiles empleados por él en su negocio, si no las sigue y presenta una cantidad escueta, habrá de atenerse a las consecuencias de tal omisión en la fijación del impuesto. Por tanto, la decisión por la cual se negó este punto de la demanda, habrá de confirmarse por ser jurídica.

Sobre la petición b) de la segunda declaración, se considera que no puede prosperar, por cuanto la suma que según el demandante es deducible de la renta bruta, está representada, como dice el señor Fiscal, por “la diferencia de cambio ocasionada por la baja del peso colombiano entre la época en que se contrajeron las obligaciones y la del pago de ellas, no es deducible porque los dólares que tomó prestados la Compañía demandante tuvieron que ser destinados a inversiones de carácter permanente para aumentar el valor de sus propiedades en Colombia, luego el gasto que implica cubrir estos préstamos queda comprendido dentro de las sumas para las cuales no concede deducción nuestra ley tributaria” (artículo 3, numeral 2, Ley 78 de 1935).

Al pagar la Compañía parte de su obligación pendiente con la sociedad acreedora American & Foreign Power Co., no hizo otra cosa que pagar parte de una suma estipulada en dólares que había prestado, y que está representada en su maquinaria, instalaciones permanentes, etc., es decir, en su capital; por tanto, la operación efectuada fue una operación de capital y no de renta, y la ley tributaria, expresamente manda que las pérdidas y ganancias derivadas de operaciones de capital no son deducibles de la renta.

Estudiando la petición c) de la demanda, hay que considerar que como se extinguió la obligación del deudor con la Compañía, puesto que la deuda no se comprueba debidamente en la declaración, al admitir los bonos lo que se hizo fue una verdadera dación en pago, aceptada por la Compañía. Al vender los bonos recibidos, la Compañía realizaba una operación extraña a su negocio habitual, y la pérdida que en ella pudiera sufrir no es materia deducible de la renta. Ya lo había dicho el Consejo de Estado en fallo que corre publicado en los Anales números 296 a 298, página 962: “El Estado cobra un impuesto sobre la renta realmente devengada por el contribuyente; lleva su participación en dicha renta y no tiene por qué verla menguada por causa de pérdidas de capital que pueden disminuir para el futuro la renta del contribuyente, pero no modifica ni puede modificar la cuantía de una renta producida por el capital afectado antes de la pérdida o por el que no la sufrió”. Por los argumentos anteriores, esta petición tampoco puede prosperar.

En cuanto a la solicitud d), el Consejo estima que no es el caso de acceder a ella, si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

Es cierto que la Jefatura fijó el patrimonio gravable de la Compañía en 31 de diciembre de 1939 en la suma de \$ 16.358.434.65, sin permitirle deducir obligaciones que constituyen la mayor parte de su pasivo: pero al proceder así no hizo sino cumplir lo dispuesto en la Ley, ya

que ésta ordena que todos los bienes poseídos en Colombia están sujetos al pago de tributos. La obligación de la Compañía era retener, en la fuente, el impuesto correspondiente a la suma de capital extranjero con que opera económicamente en territorio colombiano; al no hacerlo, la ley castiga tal omisión gravando como patrimonio propio de la Compañía esa suma extranjera, más el patrimonio real que posea.

Distinta situación se contempla para liquidar el impuesto de exceso de utilidades. Este se tiene que liquidar tomando como punto de comparación con la renta, *el patrimonio líquido*, poseído por el contribuyente, en desarrollo de la definición que la Ley 78 de 1935 da sobre patrimonio. Por eso se computó, para la fijación de dicho impuesto, la cantidad de \$ 5.576.270.79, suma que compone el patrimonio líquido de la Compañía y no el global —incluyendo la cantidad de capital extranjero— que se tomó en cuenta para la tasación del impuesto de patrimonio. De lo contrario no habría lugar a impuesto de exceso de utilidades a cargo de la Compañía, y esto sería aberrante e ilegal, ya que por la omisión de un requisito legal indispensable en materia tributaria, como es la retención del impuesto, se vería la Compañía favorecida por concepto de exceso de utilidades.

No es jurídico ni lógico que la pena impuesta por la ley se convierta en motivo de beneficio para su violador. La ley es clara y terminante y establece dos obligaciones indiscutibles: 1) Retener el impuesto, y 2) gravar exceso de utilidades sobre el patrimonio líquido; si la primera obligación no se cumple, se considera como un todo con el patrimonio del contribuyente la suma de capital extranjero que entre en él; pero esto no altera en nada la segunda obligación.

En cuanto a la última petición de la demanda, no es jurídico acceder a ella, ya que, como dijo el señor Fiscal, “en la cantidad de \$ 129.457.48, cubierta por tal concepto, se encuentra, no solamente la suma que le hubiera correspondido normalmente pagar, sino el recargo por no haber cumplido con la obligación de hacer la retención de que se habló en el número anterior”.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma, de acuerdo con su Fiscal, la sentencia del Tribunal Administrativo de Barranquilla de fecha 20 de marzo del año en curso, objeto del recurso, por la cual se negaron todas las peticiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Anibal Badel, Guillermo Peñaranda Arenas, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Incompetencia del Consejo. - Multas originadas en contratos.

Ponente: doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y tres.

Tiéndose al doctor Arturo Angel Echeverri como apoderado de Francisco Castro H., en los términos y para los efectos del memorial presentado el 16 de los corrientes ante el Consejo de Estado.

El doctor Angel Echeverri, obrando como apoderado del señor Castro, demanda la nulidad y solicita la suspensión provisional de las Resoluciones números 245 de 9 de agosto de 1943, "por la cual se aprueban las Resoluciones 14, 15, 16 y 17 del Director de las Minas de Marmato, y la 271 de 26 del mismo mes y año, que confirma la anterior, dictadas ambas por el Ministerio de Minas y Petróleos".

Como antes de dar curso a una demanda, precisa establecer la competencia, se hacen al respecto las siguientes consideraciones:

Como se ve por el contexto de la demanda y de la Resolución ministerial que confirmó las multas impuestas al señor Castro, ellas proceden del hecho de que, según la Dirección de Minas y el Ministerio, el contratista, señor Castro H., ha efectuado trabajos de explotación en una zona extraña a los términos de la respectiva concesión, según comparación que hace el Ministerio de los linderos del sector contratado con Castro.

Ahora bien: el artículo 73 del Código de lo Contencioso Administrativo consagra que no son acusables ante esta jurisdicción "las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo que tengan origen en un contrato"; a esta regla estableció el mismo Código una excepción consagrada por medio del artículo 258 del mismo, que dice que, "dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la decisión de la reposición, si se ha hecho uso de este recurso, o dentro del mismo término, contado desde la notificación de la declaración de caducidad, podrá ocurrirse en demanda ante el Consejo de Estado contra la resolución. Esta demanda se tramita y decide por el procedimiento del Capítulo XV. *El mismo principio se aplica cuando se demanda la resolución que se dicte sobre imposición de multas señaladas en contratos en que la Administración es parte*".

Como es sabido, esta última parte del artículo fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, y, en tal virtud, no rige como excepción a la regla contenida en el artículo 73 a que atrás se aludió, no siendo, por tanto, tales Resoluciones del conocimiento del Consejo de Estado. Pero se dirá que no se trata de multas por razón del contrato sino por desobediencia a las disposiciones del Director de Minas, a lo cual basta observar lo siguiente: que las resoluciones se fundan en el hecho de que el señor Castro estableció trabajos fuera del sector contratado, lo que no puede definirse sin un estudio del contrato mismo; que el artículo 13 del Decreto número 461 de 1940, que reglamenta la

Ley 72 de 1939, sobre explotación de minas, determina que, “en caso de incumplimiento de *cualquiera de las obligaciones contraídas* por los contratistas, el Director podrá imponer multas desde \$ 50 hasta \$ 500, según la gravedad del caso y sin perjuicio de declarar la caducidad del respectivo contrato, si hubiere causal para ello.” De tal manera que la competencia para las multas surge del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas; y, por último, porque la cláusula 13ª del respectivo contrato, insertada en la demanda, declara que, “en caso de incumplimiento por parte del contratista de cualquiera de sus obligaciones, el Director General de las minas podrá imponerle multas sucesivas de \$ 50 a \$ 500”, lo que establece, de manera terminante, que se trata de imposición de multas señaladas en contratos, las que, según la sentencia de la Corte, escapan al conocimiento de esta corporación.

Por lo expuesto, se dispone:

Niégrese la aceptación de la demanda.

Notifíquese y cópiese.

Guillermo Peñaranda Arenas.—Luis E. García V., Secretario.

Expulsión de extranjeros.

Ponente: doctor Guillermo Peñaranda Arenas.

Consejo de Estado—Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres.

En demanda de fecha 26 de abril de 1943, el doctor Diego Montaña Cuéllar, como apoderado del señor Alfredo Murra Ganem, demandó la nulidad de la Resolución número 7 de la Dirección de la Policía Nacional, mediante la cual se decretó la expulsión de éste, del territorio del país.

Surtida la tramitación de rigor, ha llegado el caso de dictar sentencia, para lo cual se considera:

Habiendo el sustanciador suspendido provisionalmente la Resolución, el señor Fiscal interpuso recurso de súplica, lo que dio lugar a que la Sala conociera del negocio. El referido auto fue confirmado mediante proveído de fecha 29 de julio del año en curso, del cual fue ponente el Consejero doctor Tascón.

Como en ese auto se hizo un estudio muy pormenorizado de las cuestiones planteadas en la demanda y observadas por la Fiscalía, el Consejo acoge como definitivas las razones allí presentadas y que se adoptan como parte motiva de este fallo. Dijo entonces el Consejo:

“El Director General de la Policía Nacional, con fecha 4 de julio de 1942, dictó la resolución siguiente:

‘De conformidad con lo pedido por el doctor Julio A. Tonoz en memorial de fecha 28 de julio, que antecede, manténgase en suspenso el fallo en las diligencias de expulsión que el Departamento de Extranjeros de la institución adelanta contra el señor Alfredo Murra, hasta tanto se haya proferido sentencia en la causa que contra dicho señor adelanta el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

‘Anótese y cúmplase.

‘Alfredo Azuero Arenas, Director General.—Manuel E. Carvajalino, Secretario General.’

“Estando ejecutoriada y cumpliéndose esta Resolución, la misma Dirección General de la Policía, sin que se sepa por qué, procedió a dictar la Resolución que ha sido suspendida por el sustanciador, y que es del tenor siguiente:

‘RESOLUCION NUMERO 7 DE 1943 (MARZO 18)

por la cual se decreta una expulsión.

‘El Director General de la Policía Nacional,
en uso de sus facultades legales, y

‘CONSIDERANDO:

‘Que el señor Alfredo Murra o Farid o Alfredo Murra Ganem, cuando entró a Colombia por primera vez en el año de 1926,

declaró haber nacido en Belén, Palestina, el 29 de junio de 1913 y ser hijo de Abraham Murra y Milave Ganem; que en el año de 1935 obtuvo la primera cédula de extranjería en Cartagena, documento que tiene el número 7078, y para cuya obtención presentó el pasaporte número 58/34, expedido por el Ministro de Inglaterra en Bogotá, en octubre de 1934; que en el mes de abril de 1935 obtuvo, también, en Cartagena, la tarjeta postal de identidad número 475, habiendo suministrado nuevamente sus datos como extranjero; que en julio de 1936 se le expidió, por la Oficina de Cartagena, una nueva cédula de extranjería que lleva el número 7688, y en esta ocasión hizo idénticas declaraciones sobre su nacionalidad; que el 18 de octubre de 1937, Alfredo Murra Ganem recibió del Jurado Electoral de Cartagena la cédula de ciudadanía colombiana número 28383, documento con el cual se ha identificado en diferentes actuaciones civiles y algunas diligencias ante las autoridades; que una vez dueño de la cédula en referencia, Murra obtuvo la libreta de servicio militar número 31470, en mayo de 1940, como reservista de segunda clase, esto es, por haber pagado la cuota de defensa, pero no el servicio efectivo; que entre la expedición de la cédula de ciudadanía y la libreta de servicio militar, Murra consiguió una partida de bautismo de la Parroquia de Santa Trinidad, en Cartagena, pero como posteriormente fuera denunciado como extranjero, el Arzobispado abrió una investigación, y como resultado de ésta dispuso cancelar el registro o partida de nacimiento y bautizo de Farid o Alfredo Murra; que la señora Milave Ganem de Murra entró al país por primera vez en 1926, y que habiendo nacido su hijo Farid o Alfredo en 1913, es de todo punto de vista imposible que este nacimiento hubiera ocurrido en territorio colombiano; que la situación del señor Alfredo Murra o a Farid Murra o Alfredo Murra Ganem es la contemplada en el aparte e) del artículo 1º del Decreto número 804 de 1936, sobre expulsión de extranjeros, previo concepto verbal del Ministerio de Gobierno,

‘RESUELVE:

‘Expulsar del territorio nacional al señor Alfredo Murra o Farid Murra o Alfredo Murra Ganem, palestino, registrado bajo el prontuario número 37153 C. M., que en el Departamento de Extranjeros de la Institución se lleva.

‘Conceder al señor Murra Ganem un plazo improrrogable de treinta días para que abandone el territorio de la República.

‘Si vencido el plazo anterior, el señor Murra no hubiere abandonado el territorio de la República, se pondrá a órdenes de Juez competente, para los efectos del parágrafo único del artículo 5º del Decreto 804 de 1936.

‘Cópiese, notifíquese y cúmplase.

José María Barrios T., Director General—*Jorge Eduardo Cabrera*, Secretario General.

‘Aprobado.—*Enrique Acero Pimentel*, Secretario del Ministerio de Gobierno’.

“El señor Murra Ganem, por medio de su apoderado especial, doctor Diego Montaña Cuéllar, pidió al Consejo que declarara nula la preinserta resolución y que decretara la suspensión provisional de la misma. Invocó en su demanda el artículo 22 de la Codificación Constitucional, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le

impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio; los artículos 142, 143 y 149 del Código Judicial, según los cuales la Policía Nacional no es competente para conocer de un negocio cuyo conocimiento ha aprehendido la justicia ordinaria en el concepto de ser el hecho constitutivo de delito, y el artículo 2º del Decreto 804 de 1936 según el cual, en los informes-denuncias contra extranjeros por causales que traen aparejada expulsión, debe levantarse informativo, recibiéndole indagatoria al inculpado, formalidades que fueron omitidas en este caso.

“Durante la sustanciación del recurso, el doctor Montaña Cuéllar produjo una certificación del Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Cartagena, fechada el 8 de mayo de 1943, en que da fe de que en ese Juzgado se adelantan diligencias sumarias contra el nombrado señor Murra por el delito de falsedad en documentos y otros, en relación con una partida de bautizo en que aparece nacido en Cartagena, con la cédula electoral y la libreta militar expedida a su favor, diligencias iniciadas en 29 de mayo de 1942, y que el mismo Juzgado con fecha 1º de abril de 1943, promovió competencia al Director de la Policía Nacional para que se inhibiera de seguir conociendo en el expediente de expulsión del señor Murra mientras se fallaba el proceso que por el mismo hecho se había radicado en ese Juzgado. Igualmente acompañó copia del auto de 9 de junio de 1943, por el cual el Juzgado 1º Superior de Cartagena declaró prescrita la acción penal y en consecuencia sobreseyó definitivamente en las referidas diligencias sumarias a favor del señor Alfredo Murra Gamen, auto enviado en consulta al Tribunal. Y por último acompañó partidas de origen eclesiástico en que consta que contrajo matrimonio católico en Cartagena con la señora Carolina Hiltzaca, natural de Plato, en el Magdalena, y que es padre del niño Evelyn, bautizado en la Parroquia de Santa Cruz de Manga, en Cartagena.

“Para mejor esclarecimiento de la cuestión jurídica que se controvierte, se procederá a hacer un estudio de las disposiciones sobre el particular vigentes:

“El artículo 6º de la Ley 2ª de 1936 facultó al Poder Ejecutivo para reglamentar, en forma que consulte los intereses nacionales, la entrada, residencia y expulsión de extranjeros, y derogó el artículo 9º de la Ley 48 de 1920 y todas aquellas disposiciones que se opusieron a la facultad que por tal artículo se otorgaba al Gobierno, pero sin referirse expresamente al artículo 8º de la misma Ley 48, que enumeró las causales por las cuales podrían los extranjeros ser expulsados del territorio nacional, previa la formación de un expediente justificativo.

“En ejercicio de tales facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 804 de 1936, cuyo artículo 1º dice:

‘Serán expulsados del país los extranjeros que se encuentren comprendidos en alguno o algunos de los casos siguientes:

‘e) Los que haciendo uso de documentos apócrifos o de otra manera finjan nombre o nacionalidad distintos de los que les corresponden.

‘q) Los que por medios fraudulentos obtengan documentos para acreditar su nacionalidad colombiana’.

“Los artículos 2º y siguientes del mismo Decreto reglamentaron la manera como debía decretarse la expulsión, que sería por resolución del Director General de la Policía Nacional, aprobada por el Ministerio de Gobierno, previo el perfeccionamiento de un

informativo, en el que se recibiría al inculpado declaración indagatoria.

"Posteriormente, el Gobierno, invocando las mismas facultades conferidas por el artículo 6º de la Ley 2ª de 1935, en el concepto de que éstas tenían carácter permanente, dictó el Decreto número 1205 de 1940, por el que adicionó las causales de expulsión de extranjeros, contenidas en las leyes y decretos vigentes, y dispuso por el artículo 8º lo siguiente:

'Podrán ser expulsados del territorio del país, mediante resoluciones del Director General de la Policía Nacional y previa consulta verbal con el Ministerio de Gobierno, los extranjeros que, a su juicio, hayan incurrido en alguna de las causales de este Decreto y demás disposiciones anteriores vigentes y otras semejantes.

'Estas resoluciones no tendrán ningún recurso ante el Ministerio de Gobierno y se cumplirán inmediatamente de notificadas'.

"El artículo 13 de este mismo Decreto dice:

'La Sección de Extranjeros de la Policía Nacional tendrá la vigilancia de la entrada, permanencia y salida de extranjeros en el territorio del país; y con los datos que reciba de las demás autoridades o los que le solicite preparará las resoluciones de expulsiones que deba dictar el Director General'.

"Según el artículo 14, este Decreto debía empezar a regir el 1º de julio de 1940.

"No es menester dilucidar ahora la cuestión de si las facultades concedidas al Gobierno por la Ley 2ª de 1936 se agotaron desde el momento mismo en que el Gobierno las ejerció al expedir el Decreto número 804 de ese año. Baste consignar aquí que el Decreto número 1205 de 1940, que el Órgano Ejecutivo dictó invocando las facultades que en 1936 le habían sido conferidas para reglamentar la expulsión de extranjeros, es de fecha posterior al 1º de julio de 1938, en que entraron a regir la Ley 95 de 1936 (Código Penal) y la Ley 94 de 1938, sobre procedimiento penal, leyes éstas que no podían ser modificadas por un decreto dictado en uso de facultades especiales concedidas por una ley anterior a dichos Códigos. Ya ha dicho el Consejo, a propósito del Decreto número 554 de 1942, expedido en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 128 de 1941, que el Gobierno no podía modificar o derogar por medio de aquel Decreto las disposiciones de la Ley 167 de 1941, sobre jurisdicción de lo contencioso administrativo, por ser este Código posterior a la ley que confirió las facultades extraordinarias referidas.

"Ahora bien: el artículo 42 del Código Penal dice que son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes: '... La expulsión del territorio nacional, para los extranjeros'. El artículo 45 establece la duración de las penas y no menciona la de expulsión de los extranjeros, con lo cual está indicando que esta pena es perpetua. El artículo 58 dice que, por regla general, y salvo las excepciones consignadas en la parte especial del Código, las penas de presidio y prisión llevan consigo, para los extranjeros, la expulsión del territorio nacional. Si, pues, la expulsión del territorio nacional es una pena accesoria de las de presidio y prisión, para los extranjeros que hayan cometido delitos castigados con dichas penas, parece claro que sólo el Juez de la causa puede imponer aquella pena accesoria en la sentencia que recaiga en el respectivo juicio criminal.

"En este sentido tiene razón el Consejero sustanciador cuando dice que si ocurre una falsificación de documentos públicos o

cualquiera otro delito común, la expulsión del extranjero sindicado frustraría tanto la acción penal como la civil, ya que es sabido que la suerte de ésta se halla estrechamente vinculada a la que corra aquélla.

“Fuera de eso, como el hecho que se imputa al señor Murra consiste en haber recibido del Jurado Electoral de Cartagena cédula de ciudadanía con fecha 18 de octubre de 1937, mediante una partida de bautizo que resultó falsificada, no podría aplicársele la pena de expulsión que le impuso la Resolución número 7, de 18 de marzo de 1943, porque en esta fecha ya había prescrito la acción penal, como así lo reconoció el Juez Superior del Distrito Judicial de Cartagena que conoció del delito, al declarar que dicha acción había prescrito a los cinco años contados a partir del mes de octubre de 1937, de modo que la prescripción se consumó en octubre de 1942, y sería absurdo que se admitiera que la prescripción estaba consumada para la imposición de la pena principal y no para la de la accesoria.

“Admitir que la Policía puede expulsar a un extranjero por sindicársele de la comisión de un delito que está al conocimiento de los Jueces comunes, aparte de las razones de orden legal que se dejan expuestas tendría la gravísima e irreparable consecuencia de que el delito se quedara impune, de que se hiciera nugatoria la acción civil para la reparación del daño causado, y de que, en caso de que el Juez sobreesyera en favor del acusado o dictara sentencia absolutoria, no pudiera éste volver al territorio nacional, con agravio de la justicia, y aun, como pudiera suceder en este caso, con menoscabo de los intereses del extranjero fincados en Colombia, y del cónyuge e hijos colombianos.

“Analizadas las disposiciones de las leyes y decretos vigentes sobre expulsión de extranjeros, se ve que existen dos procedimientos distintos, según que se trate de la expulsión como medida preventiva o como pena accesoria. Si se trata de la imposición de una pena accesoria por delito que merezca pena de presidio o prisión, ella no puede ser impuesta sino por el Juez que impone la pena principal y que conoce del proceso penal. Pero si se trata de la expulsión del extranjero como una medida preventiva, por los motivos de seguridad nacional que contemplan las disposiciones vigentes, ella puede ser decretada por la Dirección General de la Policía Nacional, con la aprobación del Ministerio de Gobierno, en vista de los datos que recoja la Sección de Extranjeros, sin que pueda decirse que la resolución que en estos casos dicte la Policía sea de las que ponen fin a un juicio de naturaleza penal, de las que el artículo 73 de la Ley 167 de 1941 excluye de acusación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, exclusión que no es una novedad introducida por aquella Ley, porque ya regía en idénticos términos bajo la legislación anterior, establecida por la Ley 99 de 1919, bajo cuyo imperio el Consejo conoció de negocios análogos, sin que entonces se hubiera suscitado la cuestión de competencia”.

A lo anterior debe agregarse que en el término de prueba se demostró que el señor Murra no fue indagatorio, como lo preceptúa el artículo 2º del Decreto número 804 de 1938. Y no vale argüir, como lo hace el señor Fiscal en su vista, que el sustanciador conceptuó que tal disposición había sido sustituida por el artículo 8º del Decreto 1205 de 1940, pues tal opinión no sólo no la comparte la mayoría del Consejo, sino que sería inaplicable al caso en estudio, desde luego que la expulsión se funda en hechos que no se relacionan con la seguridad o la política exterior del país, sino que tienen el carácter de delitos comunes y, por

lo mismo, deben ser juzgados mediante las formalidades relativas a la expulsión de extranjeros, consagradas en el Decreto número 804, invocado por la Resolución.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Es nula la Resolución número 7, de 18 de marzo de 1943, emanada de la Dirección General de la Policía Nacional y aprobada por el Secretario del Ministerio de Gobierno.

Notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Anibal Badel, salvando el voto; *Guillermo Peñaranda Arenas*, *Gabriel Carreño Mallarino*, *Gonzalo Gaitán*, *Carlos Riuadeneira G.*, salvando el voto; *Diógenes Sepúlveda Mejía*, salvando el voto; *Tulio Enrique Tascón*, *Luis E. García V.*, Secretario.

Salvamento de voto

de los doctores Badel, Sepúlveda Mejía y Rivadeneira G.

Salvamos el voto en la anterior sentencia por las mismas razones que los dos últimos Consejeros nombrados, en unión del entonces Consejero doctor Gustavo Valbuena, tuvieron en cuenta para salvarlo, al tratarse de la suspensión provisional de las resoluciones acusadas:

Tales razones son éstas:

«Correspondió al primero de los suscritos redactar proyecto de fallo en el presente negocio, y en tal virtud sometió a la consideración de la Sala, el que rechazado en desempate con el voto del Conjuez, doctor Camilo Muñoz Obando, reproducimos a continuación en su parte motiva, como fundamento del presente salvamento de voto, que manifiesta nuestra inconformidad con las opiniones de la mayoría y con la conclusión a que ésta llega, que es la de confirmar el auto apelado, cuya revocatoria sostuvimos nosotros.

«Para que una solicitud de suspensión provisional prospere, se necesita, como requisito indispensable, que el acto acusado viole, en forma ostensible o manifiesta, la norma o normas en que el demandante apoya o fundamenta la demanda de nulidad, pues esto, y no otra cosa, es lo que resulta de los términos en que están concebidos los artículos 84 y 94 de la Ley 167 de 1941, que se complementan y que a la letra dicen:

“Artículo 84. Toda demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo deberá dirigirse ante el Tribunal competente y contendrá:...4º La expresión de las disposiciones que estimen violadas y el concepto de la violación...”

“Artículo 94. El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto o providencia mediante las siguientes reglas:... ‘Si la acción es la de nulidad (que es el caso), basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.”

«¿Se cumple en el caso de autos el requisito apuntado?»

«Fácil es determinar que nó, sabiendo que el actor, en el libelo de demanda respectivo, señala como disposiciones violadas éstas únicamente: el artículo 22 de la Constitución, conforme al cual nadie puede ser juzgado sino con observancia plena de las formas propias de cada juicio; el parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto 804 de 1936, que dispone levantar, en casos como el que se estudia, el correspondiente informativo y recibir al inculpado declaración indagatoria dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, y los artículos 142, 143 y 149 del Código Judicial, que son de este tenor:

“Artículo 142. Por medio del Poder Judicial, la República ejerce permanentemente sobre nacionales y extranjeros la facultad de administrar justicia, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

“Artículo 143. Competencia es la facultad que tiene un Juez o Tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República.”

“Artículo 149. Cuando haya dos o más Jueces competentes para conocer de un asunto, el primero que aprehende el conocimiento previene e impide a los demás conocer del mismo.”

«Violaciones que el actor explica y deduce así:

“*Disposiciones constitucionales violadas.*—Artículo 22 de la Constitución Nacional, conforme al cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante el Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. La violación consiste en que el Decreto de expulsión dictado por la Dirección General de la Policía Nacional mediante la Resolución número 7 de marzo de 1943 no fue precedido de las formas establecidas en el Decreto 804 de 1936, parágrafo 1º, artículo 2º.

“*Violación de disposiciones legales.*—La violación consiste en haber aprehendido de un hecho constitutivo de delito, del que ya estaba conociendo un Juez competente, razón por la cual la Policía Nacional estaba impedida para seguir conociendo del mismo asunto.

“También se violó el Decreto 804 de 1936, parágrafo 1º, artículo 2º, conforme al cual los informes-denuncias contra extranjeros y por las causales que traen aparejada expulsión son la base para que la autoridad en donde se presenten proceda a levantar el informativo correspondiente, dentro del cual debía oírse al inculcado recibiéndole declaración indagatoria dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, puesto que la Policía Nacional dictó la Resolución número 7 de 1943 contra Alfredo Murra Ganem, sin haber levantado el correspondiente informativo ni habersele llamado a rendir indagatoria...”

«La simple lectura de los apartes transcritos es suficiente para deducir que la acusación, por violación del artículo 22 de la Carta, se formula con base en la afirmación de haber sido dictada la Resolución número 7 sin lleno de las formalidades procedimentales que para la eficacia de la sanción exige el parágrafo 1º del artículo 2º del Decreto 804 de 1936, afirmación que, para ser tenida en cuenta, requiere su demostración plena, no sólo por corresponder al actor la carga de la prueba de los hechos en que funda la demanda y por estar los actos de las autoridades amparados por la presunción de haber sido proferridos con sujeción a las normas legales, según doctrina uniformemente sostenida por esta corporación en repetidos fallos, sino, también, y más que todo, por aparecer de las distintas obras que obran en el proceso, que sí se siguió la investigación de que habla tal precepto. Véase, si no, al efecto:

«1º El memorial suscrito por el mismo reclamante Murra y su apoderado, doctor Julio A. Tono, al cual pertenecen estos apartes:

“Con la personería plena del perjudicado, a usted atentamente pido: que a mi costa se extienda copia debidamente legalizada de los siguientes documentos: a) De la primera providencia que encabezó la causa expulsativa, providencia emanada de ese digno Despacho; b) Del memorial por medio del cual el señor Alfredo Murra, por intermedio de su apoderado, solicitó la suspensión de la Resolución que ordenó en el año que acaba de pasar la expulsión del señor Murra, y de la providencia que

otorgó ese pedimento legal... y que se me certifique acerca de los siguientes hechos constantes en el mismo expediente”..., y

“2º Los autos de 15 de abril de 1943 y 4 de julio de 1942 visibles en copia a los folios 1 vuelto y 3, que en lo conducente dicen:

‘Auto de 15 de abril. En consecuencia, a continuación expídase copia de las siguientes piezas, que obran en el prontuario número 420 E. E.

‘Auto de 4 de julio. De conformidad con lo pedido por el doctor Julio A. Tonz en memorial de fecha 28 de junio, que antecede, manténgase en suspenso el fallo en las diligencias de expulsión que en el Departamento de Extranjeros de la Institución se adelanta contra el señor Alfredo Murra....”

«Por falta de la prueba referida, no imposible de presentar, por no tratarse de un hecho de negación indefinida y que bien podía consistir en el certificado del funcionario de policía que conoció del negocio, el referido cargo no puede tenerse en cuenta, hoy por hoy, para tener por violado el referido artículo 22 de la Constitución y el 2º del Decreto 804, y para fundamentar en tal violación la suspensión provisional pedida.

«Tampoco es valedero para decretar tal suspensión, el cargo referente a la violación de los artículos 142, 143 y 149 del Código Judicial, pues si bien es cierto que por medio del Poder Judicial la República ejerce permanentemente sobre nacionales y extranjeros la facultad de administrar justicia, y que cuando hay dos o más Jueces competentes para conocer de un asunto, el primero que aprehende el conocimiento previene e impide a los demás conocer del mismo, no es menos cierto:

«1º Que por medio del artículo 6º de la Ley 2ª de 1936 se facultó en forma amplísima al señor Presidente de la República, para reglamentar en la forma que mejor consultara los intereses del país, todo lo relativo a la entrada, residencia y expulsión de extranjeros. Los términos en que está concebido el mencionado precepto no dejan, con respecto a su alcance y extensión, la menor duda:

“Facúltase al Poder Ejecutivo para reglamentar en forma que consulte los intereses nacionales la entrada, residencia y expulsión de extranjeros.

“Parágrafo. Derógase el artículo 9º de la Ley 48 de 1920 y todas aquellas disposiciones que se opongan a la facultad que por el presente artículo se otorga al Gobierno....”

«2º Que en desarrollo de esta Ley, posterior a la Ley 105 de 1931, o sea al Código Judicial, el Organó Ejecutivo dictó los Decretos 804 de 1936 y 1205 de 1940, atribuyendo al Director General de la Policía Nacional la facultad de dictar las resoluciones de expulsión de extranjeros y señalando los casos en que esto podía hacerse, entre los cuales se cuenta el que a continuación se expresa, que es, precisamente, el que sirve de fundamento a la resolución acusada:

“Artículo 1º Decreto 804. Serán expulsados del país los extranjeros que se encuentren en alguno o algunos de los siguientes casos:

“...e) *Los que haciendo uso de documentos apócrifos o de otra manera, finjan nombre o nacionalidad distintos de los que les corresponden....”*

«Disposición ésta que es atributiva de competencia, por lo cual no puede afirmarse, con razón, que el Director de la Poli-

cia Nacional hubiera obrado sin autorización legal, fuera de la órbita de su competencia, arrebatando por su cuenta y riesgo una atribución propia de otra autoridad, y por ende que la Resolución acusada viole, *prima facie*, y de manera ostensible y manifiesta, los referidos artículos 142 y 143 del Código Judicial.

«3º Que el artículo 149 del Código Judicial dice relación y es aplicable al caso de que haya dos o más Jueces, del mismo orden, o sea del mismo ramo del Poder Público, competentes para conocer de un mismo asunto, no a los casos en que el mismo negocio esté atribuido por ley (que tampoco es el caso), a dos autoridades de distinto orden: judicial y administrativo, y en que no hay, por consiguiente, competencia de jurisdicción, sino de atribuciones.

«Si, pues, el artículo 149 se refiere a aquel y no a este caso, mal puede apelarse a él para suspender los efectos del acto acusado.

«4º Que la expulsión de Mourra se decretó, no en atención a que éste fuera o pudiera ser autor, cómplice o auxiliar de un delito de falsificación de documentos públicos, como parece haberlo entendido el demandante y el Consejero sustanciador en el auto que se revisa, sino por el hecho de haber solicitado y obtenido libreta militar fingiendo nacionalidad distinta de la que en realidad le correspondía, hecho que, precisamente, por haber sido ejecutado sin intención criminosa, sin ánimo de lucro y sin perjudicar a terceros, es tan sólo constitutivo de una simple contravención de Policía, sancionada por el Decreto 804, con la pena de expulsión, contravenciones de las cuales dice la comisión que estudia el Código Penal, lo siguiente:

“En resumen —continúa el doctor Lozano— de todo lo leído y discutido sobre este punto se deduce: que las contravenciones se distinguen de los delitos, primero, en que aquéllas no suponen la violación de los sentimientos ético-sociales de la comunidad; segundo, los delitos, casi invariablemente constituyen la violación de un derecho y el quebrantamiento del orden social, en tanto que las contravenciones son solamente la violación de una norma o de un reglamento. Por eso la contravención es menos grave que el delito y no acarreará al autor de ella indignidad o demérito alguno. Siendo esto así, hasta cierto punto sobra la investigación del elemento intencional que sólo tiene interés cuando se estudia al delincuente para saber qué grado de peligrosidad presenta para la sociedad. Desde el punto de vista práctico, el interés que tiene la sociedad de que sean reprimidas las contravenciones, en forma rápida y eficaz, exige una prescindencia de la investigación, semejante a la adoptada para los delitos, porque si se acepta un procedimiento dispendioso, complicado y sutil para averiguar la intención del agente contraventor, la culpa o el dolo con que haya procedido, la represión se hace nula y el efecto indispensable de intimidación desaparece. No se desconoce que dentro del campo de la teoría existen contravenciones dolosas y culposas; pero dada la relativa importancia de las sanciones, debe aplicarse en ambos casos la misma clase de pena, sin que esto quiera decir que los contraventores más peligrosos no sean también más severamente castigados. En las contravenciones no se admiten sino dos clases de disculpas: que no ejecutó el hecho que se le imputa, y que el hecho mismo fue un caso fortuito...”

«Con relación a este punto y alcance de la resolución acusada, son terminantes los siguientes apartes de ella:

“Que en el año de 1935 obtuvo la primera cédula de extranjería en Cartagena, documento que tiene el número 7078, y para cuya obtención presentó el pasaporte número 58-34, expedido por el Ministro de Inglaterra en Bogotá, en octubre de 1934;

“Que en el mes de abril de 1935 obtuvo, también en Cartagena, la tarjeta postal de identidad, número 475, habiendo suministrado nuevamente sus datos como extranjero; en julio de 1936 se le expidió por la Oficina de Cartagena una nueva cédula de extranjería que lleva el número 7688, y en esta ocasión hizo idénticas declaraciones sobre su nacionalidad;

“Que el 18 de octubre de 1937 *Alfredo Mourra Ganem* recibió del Jurado Electoral de Cartagena la cédula de ciudadanía colombiana número 2008383, documento con el cual se ha identificado en diferentes actuaciones civiles y algunas diligencias ante las autoridades.

“A las razones que preceden, suficientes por sí solas, a juicio de la Sala de Decisión, para revocar el auto suplicado, bien puede agregarse la que proviene de no tener hoy el Consejo de Estado competencia para conocer esta clase de negocios. Para llegar a esta conclusión basta tener en cuenta:

“1° Que la expulsión tiene el carácter de pena principal en unos casos y accesoria en otros, a la luz de lo preceptuado en los artículos 41 y 42 del Código Penal, que a la letra dicen:

‘Las penas para los mayores de 18 años son las siguientes: Presidio, prisión y arresto, confinamiento, multa.’

‘Artículo 42. Son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes: la prohibición de residir en determinado lugar. La publicación especial de la sentencia... La expulsión del territorio nacional para los extranjeros.’

“2° Que para decretar la expulsión por la vía policiva se requiere, de acuerdo con el artículo 2°, párrafo 1° del Decreto 804, iniciar y seguir una investigación sumaria, a la cual se le pone fin con la resolución, auto o sentencia, que decreta o niega la expulsión;

“3° Que por virtud de lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 167 de 1941, las resoluciones que se dicten en los juicios de Policía de naturaleza penal o civil, no están sometidas al control jurisdiccional del Consejo de Estado, pues tal precepto dice: ‘No son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativa: ... las resoluciones que se dicten en los juicios de policía, de naturaleza penal o civil.’”

«Razón más que suficiente por sí sola para negar la suspensión pedida, pues si no hay competencia para conocer del juicio, tampoco la puede haber para decretar la suspensión del acto que la motiva.

«Y no se alegue en contra de lo dicho que el Consejo de Estado en múltiples ocasiones abocó el conocimiento de negocios análogos al que se estudia, pues ello ocurrió durante la vigencia de la Ley 130 de 1913, cuando las expulsiones se regían por principios distintos, y cuando aún no había entrado en vigencia el referido artículo 73.

«Ni se arguya para sostener que los fallos relativos a la expulsión de extranjeros no caben dentro de la excepción de que trata el mencionado artículo 73, que de todo lo relacionado con tal expulsión es de carácter netamente administrativo, como se trata del derecho de un particular frente a la Administración, porque los que tal cosa aseveran olvidan al hacerlo:

que la Policía administrativa propiamente dicha es esencialmente preventiva; que las penas, sanciones o castigos son de Derecho Público, no privado; que la Policía encargada de sancionar contravenciones de nacionales y extranjeros es conocida con el nombre de 'Policía Judicial', no administrativa, y que la expulsión no pierde el carácter de pena que por ministerio de la ley tiene, por el hecho de ser impuesta por una autoridad de Policía y no por un Juez, como tampoco lo pierde por el solo hecho de aplicarse a infracciones o contravenciones de alta Policía de extranjeros.

«Al respecto son terminantes los siguientes conceptos de R. F. de Velasco, confirmados por García Oviedo y otros expositores, que sería prolijo enumerar:

“*Concepto de Policía.*—Con esta palabra *Policía* se designa aquella actividad desarrollada por la Administración para condicionar jurídica y físicamente, de una manera inmediata, el ejercicio de sus propias atribuciones y el de los derechos subjetivos....

“*Clasificación.*—La primera clasificación de la Policía es la que separa la administrativa de la judicial. Por Policía, en el sentido administrativo de la palabra, se entiende, según definición de Santi Romano, la actividad administrativa que, mediante limitaciones, eventualmente coactivas de la actividad privada, procura prevenir los daños que de esta última puedan derivar. Así definida se diferencia de varias instituciones; con la que guarda grandes analogías, se distingue: 1º Del complejo de medidas y limitaciones a que están sometidas las entidades públicas, menores respecto de las mayores, o las particulares, por razón del ejercicio o gestión de un servicio o función pública que les haya sido confiado. 2º De la facultad disciplinaria, que constituye la sanción específica de las relaciones especiales de subordinación, mientras que las limitaciones de la Policía se fundan en un poder de supremacía general, y 3º De la Policía Judicial que, dentro de la jurisdicción penal, tiene como fin, no prevenir, sino reprimir las violaciones jurídicas ya sobrevenidas.”

«Razón de más para concluir que las resoluciones sobre expulsión de extranjeros no están sometidas hoy a control jurisdiccional alguno, es la de que la Ley 167, en lo relativo al Contencioso de anulación, está calcada en la doctrina francesa (véase exposición de motivos acompañada al proyecto de ley), y de que ni en Francia ni en ningún otro país, tales resoluciones son revisables por las autoridades contencioso-administrativas, a decir de expositores como Duguít, de quien son los siguientes conceptos:

“*Situación de los extranjeros residentes en territorio francés.* Los extranjeros, lo mismo que los franceses, tienen derecho, por parte del Estado, al respeto y a la protección de su libertad individual. Considerada ésta como un derecho natural del hombre, todos aquellos franceses o extranjeros que se encuentran en territorio francés se hallan investidos de este derecho en igual medida y en cuanto a hombres. Todas las leyes anteriormente indicadas que garantizan el respeto a la libertad individual se aplican a nacionales. Y como, por otra parte, los extranjeros están sometidos a las leyes de Policía y seguridad que obligan a todos los que residen en el territorio nacional, justo es que, a su vez, participen y disfruten de las garantías que las leyes reconocen a la libertad individual.

“Desde cierto punto de vista, sin embargo, la situación de los extranjeros en Francia se halla sometida a un régimen especial de Policía, sin más garantías que el arbitrio gubernamental. Constituye una regla de índole discrecional, admitida en todos los países, la que atribuye al Gobierno la facultad de expulsar, por medida de Policía, y sin previo juicio ni condena, a los extranjeros residentes en el territorio nacional. Este derecho de expulsión está consagrado por los artículos 7º y 8º de la Ley 3ª, de diciembre de 1849. El Ministro del Interior puede, por medida de policía, y por simple disposición administrativa, que no tiene necesidad de estar motivada, requerir a todo extranjero, residente o transeúnte, a abandonar inmediatamente el territorio, y hasta hacerle reconducir a la frontera por los agentes de la autoridad....”

«El sobreseimiento que en copia presentó el señor apoderado de Mourra, cuando el proyecto de fallo estaba ya en circulación, si alguna finalidad jurídica pudiera cumplir, no sería otra que la de destruir, por su base, la única razón en que el auto suplicado se funda, o sea la de una supuesta colisión de competencias, pues fenecido tal sumario, como esa copia lo demuestra, nada habría que impidiera el cumplimiento de la resolución de Policía, que ha sido materia del presente estudio.

«A lo dicho anteriormente, sólo tenemos que agregar:

«Que cuando entró a regir la Ley 99 de 1919, que excluyó del conocimiento de las autoridades contencioso-administrativas los juicios de Policía de naturaleza penal, no existía el Decreto 804 de 1936, que atribuyó a la Policía el conocimiento de los negocios relativos a la expulsión de extranjeros y que dio a tales negocios el carácter de verdaderos juicios, al disponer que se levantara investigación y que se oyerá al inculcado, por lo cual tales negocios (los de expulsión de extranjeros, antes de la exclusiva competencia del Órgano Ejecutivo), no podían considerarse comprendidos en la excepción que estableció la Ley 99 de 1919. Esta y la consideración no menos importante de que tal Decreto, expedido en uso de autorizaciones especiales no podía reformar la Ley 99 citada, fueron causa, a nuestro juicio, para que el Consejo hubiera seguido conociendo entonces de las demandas de nulidad de los Decretos por medio de los cuales se ordenaba una expulsión.

«Hoy no puede decirse lo mismo, ya que la Ley 167 de 1941, que excluye del mismo conocimiento los juicios de Policía, sin excepción alguna, es posterior al Decreto 804, y, por ende, comprende todos los casos de que éste habla.

«Bogotá, julio 29 de 1943.—*Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Gustavo Valbuena....*»

Bogotá, diciembre seis de mil novecientos cuarenta y tres.

Anibal Badel, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía.

Carrera Administrativa.- Supresión del cargo de un inscrito.

Ponente: doctor Carlos Rivadeneira G.

Consejo de Estado—Bogotá, julio diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres.

Con poder de Alejandro Bretón, ocurrió, ante esta corporación, el doctor Carlos Arturo Díaz, solicitando, por escrito de 23 de marzo posterior, que se declare nulo el Decreto ejecutivo número 48, de 15 de enero de 1943, por el cual se suprime el puesto de Pagador de la Imprenta Nacional, a cargo entonces del expresado Bretón, empleado inscrito en la Carrera Administrativa; que se restablezca en dicho cargo a su poderdante, o se le nombre en el de Pagador General del Ministerio, al cual se adscribieron las funciones de aquél; y que se ordene pagar a tal empleado los sueldos que dejó de devengar desde el día de la supresión dicha hasta el día de su restablecimiento en el puesto.

Como petición subsidiaria, el referido apoderado formula ésta:

“Subsidiariamente solicito que, en caso de que no sea posible el restablecimiento del señor Bretón en el cargo de Pagador de la Imprenta Nacional, ni su nombramiento como Pagador General del Ministerio de Gobierno, se le nombre para otro puesto de igual o mayor sueldo o categoría del que ocupaba como Pagador de la Imprenta Nacional”.

Admitida la demanda por auto de fecha 30 del mismo marzo y apurados los trámites de rigor legal, procede fallar y, con tal fin, se adelantan las siguientes consideraciones:

Como hechos fundamentales de la acción instaurada alega el actor, entre otros, los siguientes, plenamente demostrados con los documentos acompañados a la demanda y los traídos, además, durante el término probatorio del juicio:

1º Que por Decreto ejecutivo número 1892, de 22 de octubre de 1938, fue nombrado Bretón como Pagador de la Imprenta Nacional, puesto que desempeñó a entera satisfacción de sus superiores y con absoluta consagración y honradez, desde el día 25 de noviembre de 1938 hasta el día 1º de febrero subsiguiente, fecha ésta en que empezó a regir el Decreto 48 demandado.

De este hecho dan cuenta los siguientes documentos:

Los *Diarios Oficiales* 23913 y 25157, en que fueron publicados los referidos Decretos 1892 de 1938 y 48 de 1943, que en lo pertinente son de este tenor:

Decreto 1892. “Artículo 1º Promuévese al señor Alejandro Bretón del cargo de Contador Primero de la Sección Primera del Departamento Administrativo de la Policía Nacional, al de Pagador de la Imprenta Nacional”.

Decreto 48 de 1943. "Artículo 1º A partir del 1º de febrero próximo, suprímese el puesto de Pagador de la Imprenta Nacional, y adscribense sus funciones al Pagador General del Ministerio de Gobierno.

"Artículo 2º El sueldo del Pagador General del Ministerio de Gobierno, a partir del 1º de febrero próximo, será de \$ 270.00 mensuales".

El acta de posesión de Bretón como Pagador de la Imprenta Nacional, de 25 de noviembre de 1938, visible al folio 2, junto con el certificado de la Secretaría General del Ministerio, visible al folio 3, en el cual se hace constar que el 15 de enero del año en curso, fecha del Decreto número 48, el demandante se hallaba en ejercicio del cargo dicho; y

La comunicación que el 25 de enero retropróximo, el Ministro de Gobierno, por conducto de la Secretaría, hizo llegar a manos de Bretón y que a la letra dice:

"Cumpliendo instrucciones del señor Ministro, atentamente comunico a usted que por Decreto número 48 del mes en curso, se ha dispuesto refundir en la Pagaduría General del Ministerio de Gobierno, la que funciona en la Imprenta Nacional a cargo suyo. Esta medida obedece exclusivamente a consideraciones del servicio que el Ministerio ha creído prestar en forma más eficiente, centralizando las funciones de las Pagadurías. Por otra parte, se ha tenido en cuenta la necesidad imperiosa de hacer la mayor suma de economías, y la medida fue ampliamente estudiada con el Director de la Imprenta y el Jefe de la Sección Primera. Quiero dejar constancia de que el Ministerio tiene el mejor y más amplio concepto sobre su pulcritud, su eficiencia y su competencia, y que en ningún caso esta medida se relaciona con la manera como usted prestó sus servicios al frente de ese cargo, los cuales el Ministerio ha considerado correctos y agradece debidamente. El señor Ministro está estudiando la manera de aprovechar sus conocimientos en otra dependencia del Gobierno...."

2º Que el expresado señor Alejandro Bretón fue admitido en la Carrera Administrativa por Resolución ejecutiva número 131, de 10 de mayo de 1941, por medio de la cual se ordenó, también, inscribirlo en el Escalafón en el cargo de Pagador de la Imprenta Nacional, que corresponde en el del Ministerio de Gobierno a la segunda categoría del Capítulo III.

Hecho satisfactoriamente comprobado:

Con el Decreto 1729, de 11 de septiembre de 1940, publicado en el *Diario Oficial* número 24464, por el cual se establece el escalafón de empleados del Ministerio de Gobierno, que en sus artículos 1º y 15, dice:

"Artículo 1º Apruébase el Escalafón de Empleados del Ministerio de Gobierno, elaborado por el Consejo Nacional de Administración y Disciplina, sobre la base del proyecto presentado por el mismo Ministerio, de acuerdo con la Ley 165 de 1938 y el Decreto número 2091 de 1939 que la reglamenta; Escalafón para el cual regirá la siguiente clasificación de categorías, y las condiciones mínimas de servicio requeridas, que se indican a continuación:

"CAPITULO III—IMPRESA NACIONAL

"Artículo 15. Pertenecen a la segunda categoría: a) Pagador; b) Inspector Liquidador; c) Jefe Técnico de la Sección de Corrección; d) Jefe de la Sección de Litografía...."

Con la copia visible al folio 4 de la mencionada Resolución número 131, que en lo pertinente es de este tenor:

“El Presidente de la República de Colombia,
en ejercicio de sus atribuciones legales, y

“CONSIDERANDO:

“Que los señores Alejandro Bretón S.,
empleados del Ministerio de Gobierno, han cumplido satisfactoriamente con los requisitos y condiciones establecidos por las leyes, decretos y resoluciones vigentes para ingresar a la Carrera Administrativa, y teniendo en cuenta que el Consejo Nacional de Administración y Disciplina ha rendido concepto favorable a la solicitud de dichos aspirantes,

“RESUELVE:

“Artículo. De conformidad con la Ley 165 de 1938, acéptase a los señores Alejandro Bretón S., en la Carrera Administrativa, en el servicio público nacional, quienes disfrutarán, a partir de la fecha de la presente Resolución, de todos los derechos establecidos por las disposiciones legales vigentes, quedando obligados a cumplir los deberes que el ejercicio del cargo les impone, de acuerdo con la Constitución y con la ley.

“El Consejo Nacional de Administración y Disciplina procederá a inscribir a los señores Alejandro Bretón S., en los cargos de Pagador de la Imprenta Nacional, respectivamente, que corresponden en el Escalafón de Empleados del Ministerio de Gobierno a la segunda categoría del Capítulo III.....”; y

Con el certificado, visible al folio 6, del Consejo Nacional de Administración y Disciplina, en que se hace constar que el demandante Bretón S. aparece escalafonado en la Carrera Administrativa; en el cargo dicho.

De estos hechos y con base en la Ley 165 de 1938, que establece la Carrera Administrativa, haciendo expreso que ésta consiste en el derecho que se reconoce a los empleados escalafonados a ser ascendidos y no ser removidos de su cargo sino por falta a los deberes que en el artículo 7º se determinan, deduce el demandante: que el Decreto ejecutivo 48, que como se ha visto ya tiene por objeto suprimir el cargo en que Bretón fue escalafonado, viola aquella Ley, es ilegal y por consiguiente nulo; que Bretón tiene derecho a que se le reintegre al servicio público nacional en tal cargo, o en otro de igual o mayor categoría; y, además, a que se le paguen los sueldos que por causa de tal supresión deje de devengar hasta el día en que sea llamado nuevamente al servicio.

No comparte el Consejo los puntos de vista que al actor sirven para fundamentar sus pretensiones, ni las conclusiones que de éstos deriva, por las siguientes razones:

1º Porque por medio de la Ley 45 de 1942, el legislador, dentro de cuyas atribuciones constitucionales está (artículo 69, ordinal 6º) la de crear los empleos que demande el servicio público y, por ende, la de suprimir los que considere innecesarios con el exclusivo objeto de evitar el desequilibrio presupuestal y ajustar el costo de tales servicios, facultó ampliamente al Organó Ejecutivo para reformar las disposiciones relativas a gastos públicos de carácter permanente, como los sueldos, con la sola limitación referente a los servicios de los Organos Legislativo y Judicial y a las apropiaciones destinadas al pago de auxilios, a establecimientos de enseñanza, beneficencia y asistencia públicas, a la administración y fomento de las Intendencias y Comisarias y a las obras públicas que no tuvieran cumplimiento en el año fiscal de 1942.

Autorización ésta que quita al acto acusado, o sea al Decreto 48, el carácter de arbitrario e ilegal, impidiendo su anulación por tal causa.

2º Porque la inamovilidad de que trata el artículo 2º de la Ley 165 tiene como límite el que proviene de la facultad que el constituyente reconoce al mismo legislador de derogar, reformar y sustituir preceptos o disposiciones legales anteriores, o mejor dicho, porque tal derecho, que es de creación legal, está subordinado al que el mismo legislador tiene constitucionalmente de derogar sus propias leyes y, por tanto, de suprimir empleos que considere innecesarios para el servicio público.

Por esto, con razón dice Varas, distinguido expositor chileno, al comentar disposiciones análogas a las de la Ley 165:

“.....La declaración de vacancia es otra medida que, como la destitución, importa la pérdida del empleo. La ley ha rodeado esta medida, en garantía de la estabilidad del empleado, de ciertas condiciones y requisitos que, bien examinados, no son otra cosa que la aplicación del principio constitucional de la permanencia en el empleo mientras dura el buen comportamiento y aptitud para el cargo. Lo dicho acerca de esta materia no obsta al derecho de la Administración para suprimir el empleo, si lo considera innecesario. En otros términos: es condición para la existencia del derecho de que tratamos (de permanencia en el cargo) la existencia misma del empleo, quedando aquél subordinado al que la Administración tiene para conservar o suprimir el empleo, según lo aconsejen las necesidades públicas....”

Sostener lo contrario equivale a negar, sin razón ni fundamento alguno, al legislador el derecho que tiene para crear y suprimir empleos, así como también a reconocer que por medio del citado artículo 2º se crea, no una situación jurídica individual, susceptible de desaparecer cuando el legislador así lo disponga y que sólo puede hacerse valer contra la Administración mientras esté vigente la norma que establece el servicio, sino un verdadero derecho adquirido, de aquellos que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores, siendo así que en contra de esta tesis obran, fuera de las razones indicadas ya, la de que la referida inamovilidad fue establecida en beneficio de una correcta administración pública, más que en el interés particular de los funcionarios que con ella quedaban favorecidos, así como también la de que la Ley 165 es de derecho público, no privado y, por consiguiente, inapta para fundamentar en ella la tesis de derechos adquiridos.

Razones éstas respecto de las cuales el señor Fiscal de esta corporación en su vista de fondo, al remitirse a la que rindió en el juicio seguido por Rafael Gómez Quiroga, dice lo siguiente, que el Consejo acepta y reproduce por encontrarlo en un todo ajustado a derecho, como fundamento del presente fallo:

“Consiste la carrera administrativa en el derecho que se reconoce a los empleados ya expresados, a lo siguiente: a) A no ser removidos del cargo que desempeñan sino por falta a los deberes que en el artículo 7º se determinan, y mediante un procedimiento especial en que sean oídos. El derecho a la inamovilidad no comprende el periodo de prueba. b) A ser ascendidos en caso de que se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, según sus méritos y competencia”.

“¿Consagra este artículo a favor de los empleados de carrera administrativa un derecho adquirido con arreglo a las leyes civiles, de aquellos que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores o por caer bajo el amparo del artículo 26 de la Constitución, primer inciso? ¿O es simplemente un derecho público subjetivo, una situación jurídica individual o concreta susceptible de desaparecer cuando el legislador así lo disponga

y que sólo puede hacerse valer contra la Administración mientras esté vigente la norma que la consagra?

“Indudablemente la solución correcta es la segunda.

“1º Porque si el constituyente ha revestido al legislador de las facultades arriba citadas sobre creación y supresión de cargos, fijación de calidades y antecedentes de los que deban desempeñarlos y condiciones de permanencia en ellos, ascenso y jubilación, no lo hizo con el fin de satisfacer intereses particulares, sino con el de regular el servicio público. Y si en un momento dado se considera que el mejor sistema de hacer eficiente el servicio público es el de darles estabilidad a los empleados y concederles otras garantías, aunque ello redunde en su provecho y se haya consagrado como un derecho a su favor, ese pretendido derecho no es otra cosa que una limitación a las facultades de la Administración, que de discrecionales que eran, se han tornado en regladas u obligadas. La autonomía del legislador para crear o suprimir servicios públicos y organizarlos en la forma más conveniente, no puede limitarse o ceder ante el interés particular del funcionario; sostener lo contrario sería tanto como afirmar que en Colombia los cargos públicos se establecen para provecho particular de los beneficiados, no en interés de la buena administración, y que el interés privado prima sobre el público o social, a la inversa de lo que dice el artículo 26 de la Carta en su inciso 2º; y

“2º Porque las leyes *civiles* son las únicas aptas para reconocer derechos, que una vez adquiridos, no pueden ser vulnerados por normas posteriores, y es evidente que las disposiciones sobre organización de los servicios públicos y estatuto de los funcionarios, no son leyes civiles sino administrativas. Basta leer los artículos 35 y 40 del Código Político y Municipal para convencerse de esto.

“Consecuencias de la naturaleza del derecho consagrado por el artículo 2º de la Ley 165, son:

“1ª El legislador puede derogar esta norma y volver al sistema anterior absoluto de libre nombramiento y remoción de los empleados públicos sin vulnerar derechos civiles de éstos y, por lo tanto, sin que puedan oponer, los de carrera, su antiguo estatuto a la aplicación de la nueva regla de derecho.

“2ª Mientras rijan las garantías del actual estatuto, los empleados amparados por él tienen un poder legal, un derecho público subjetivo que puede obligar a la Administración a que se les respete.

“Sin embargo, estando, como está, subordinado el derecho del empleado al interés público encarnado en las necesidades siempre variables y susceptibles de modificación de la Administración, cuando el correcto funcionamiento del servicio lo exija, el legislador, en uso de la atribución constitucional correspondiente, puede suprimir un cargo ocupado por un funcionario de carrera. El derecho de éste cede ante el interés general reconocido por la ley.

“Aquella, al suprimir el puesto, deja sin funciones al empleado, y como ‘no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga función detallada en ley o reglamento’ (artículo 57 de la Constitución), desaparecida la función, automáticamente y sin providencia administrativa que lo declare, quien la ejercía queda separado de los cuadros del servicio; se suspende su actividad como funcionario.....”

Demuestra lo dicho que el Decreto acusado no está afectado de nulidad por arbitrario e ilegal y, por ende, que no es posible ordenar la restitución de Bretón a ese cargo legalmente suprimido.

Otro tanto puede decirse en relación con la petición referente a que Bretón tiene derecho a ocupar el puesto de Pagador General del Ministerio, desempeñado hoy por un empleado que no es de carrera, ya que en contra de esta declaratoria obran las siguientes razones:

1ª Que el cargo referido pertenece a una categoría distinta de la en que fue escalafonado el demandante, y que para ese cargo se requieren condiciones mínimas de admisión distintas también a las exigidas para éste. Para comprobarlo, basta leer el artículo 49 del Capítulo primero del Decreto 1729 de 1940 y confrontarlo con el artículo 15, Capítulo III del mismo Decreto; y

2ª Que no entra dentro de las facultades del Consejo la de ordenar traslados de empleados de un puesto a otro, ni la de decretar ascensos, que a su conocimiento no han venido por acción instaurada contra el acto o la resolución administrativa que los niegue.

Tampoco es el caso de decretar, de conformidad, el pago de los sueldos a que la demanda se refiere y que sólo procede, por regla general, cuando el cargo se ejerce, o mejor dicho, cuando se realizan las actividades o funciones anexas a él, de las cuales el sueldo es la contraprestación correspondiente, y, por excepción: en los casos en que el legislador expresamente así lo ordena, como en los de licencia por enfermedad, desde luego que no puede decretarse ni ordenarse erogación alguna del Tesoro Público que no haya sido decretada por ley o reglamento, y en los de destitución arbitraria e ilegal, por vía de indemnización, pues esto y no otra cosa es lo que se deduce de los artículos 67 y 68 de la Ley 167 de 1941. Y ya se ve que en ninguno de estos casos está comprendido el que motiva el presente fallo:

No en el primero, porque suprimido el puesto en legal y debida forma, las funciones del empleado desaparecen y con ellas el derecho al sueldo, o sea a la prestación correspondiente;

No en el segundo, porque ni en la Ley de Carrera Administrativa ni en otra alguna, se reconoce a los empleados civiles cesantes derecho a sueldo de retiro o a parte de él, como sí se reconoce en otras legislaciones y aun entre nosotros, en el ramo militar;

No en el tercero, porque la supresión del puesto ni fue arbitraria ni es ilegal, según quedó demostrado anteriormente.

Al respecto es uniforme la doctrina, como se demuestra con las siguientes transcripciones:

(Varas. Página 322). "Salvo excepción legal expresa, el goce del sueldo sólo procede cuando se desempeña activamente el cargo; de ahí la fórmula corriente de todo decreto de nombramiento en que se establece que se pagará al nombrado el sueldo correspondiente a contar desde la fecha en que comience a prestar sus servicios. Los sueldos se devengarán, dice la ley, desde el día en que se asuman efectivamente las funciones en el lugar en que deban desempeñarse; o desde el día en que el empleado emprenda viaje para asumir sus funciones si necesita trasladarse de un punto a otro de la República; o desde 15 días antes de emprender el viaje, si se tratare de trasladarse al extranjero. En todos estos casos, la ley presume que el nombrado ha comenzado a desempeñar los deberes inherentes al cargo. Corrobera lo dicho acerca de que la remuneración es consecuencia de la prestación de servicios, la obligación de pagar el sueldo por mensualidades iguales y vencidas, sin perjuicio de que pueda anticiparse el pago algunos días, para facilitar la contabilidad oficial....."

(Fernández de Velasco. Página 397). "En el sueldo hay siempre algo de lo que se indica en las doctrinas expuestas, pero su causa está sencillamente en la ley. Esta confiere el sueldo a quien ocupe un cargo; el funcionario titular del cargo adquiere derecho a percibir el sueldo, por ser titular y por realizar la actividad adecuada al cargo..... El sueldo se debe por todo el tiempo en que se preste servicio, con título o sin él, si el cargo lleva anexo este derecho....."

Razón de más en pro de la tesis sustentada es la que se deduce de la misma finalidad perseguida por el legislador al autorizar al Ejecutivo para suprimir puestos y reducir sueldos, que no fue otra, según se expresa en el citado artículo 25 de la Ley 45 de 1942, que la de hacer economías a fin de evitar el desequilibrio del Presupuesto y ajustar el costo de los servicios públicos, finalidad que no se llenaría si hubiera de dejarse, en casos como el que se estudia, a cargo del Tesoro Público el pago de los sueldos de los puestos suprimidos.

Lo dicho hasta aquí no dice relación al reconocimiento de que el demandante tiene derecho a ser reincorporado en el servicio público en un puesto de igual categoría al en que fue escalafonado, pues, si bien es cierto que la supresión legal del puesto deja al empleado de carrera fuera del servicio activo, no es menos cierto que tal hecho, por sí solo, no lo excluye del Escalafón y que, como empleado escalafonado, conserva tal derecho, por lo cual al producirse una vacante o crearse un puesto de esa categoría, debe ser llamado al servicio con preferencia a los que no se hallen en las mismas condiciones. Y, en consecuencia, con este hecho habrá de hacerse la declaración consiguiente.

Para terminar, es bueno advertir, ya que el caso aquí contemplado guarda cierta analogía o semejanza con el de Rafael Gómez Quiroga, fallado en sentido distinto por esta misma corporación, que si esto se hizo, lo fue por haberse demostrado en ese juicio (demostración que en éste no se trajo a los autos), que tal supresión se hizo, no por necesidades del servicio, ni por hacer economías, sino con el exclusivo fin de deshacerse, con prescindencia de los trámites de ley, de un empleado que se consideró estorboso, hecho constitutivo de una clásica desviación de poder "que consiste en el hecho de que una autoridad administrativa con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos", lo que da base suficiente para calificar la destitución como arbitraria e ilegal, y, por ende, para ordenar, como entonces se ordenó, que el empleado fuera restituido a su puesto y que se le pagaran los sueldos correspondientes al tiempo que estuvo cesante.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Alejandro Bretón S. tiene derecho a ser reincorporado al servicio público nacional, en puesto de igual categoría al en que fue escalafonado, al producirse una vacante o crearse uno análogo, y el Ministerio de Gobierno está en la obligación de hacerlo, en este evento.

No es el caso de hacer las demás declaraciones a que se refiere la demanda que dio lugar al presente juicio.

Notifíquese, cópiese, dése cuenta al señor Ministro de Gobierno y archívese el expediente.

Tulio Enrique Tascón, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Elección de Senadores. - Antioquia.

Ponente: doctor Carlos Rivadeneira G.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintidós de mil novecientos cuarenta y tres.

Cinco son las demandas contra la elección de Senadores hecha por la Asamblea Departamental de Antioquia el 28 de abril último, que por lo dispuesto en el artículo 229 de la Ley 167 de 1941, debe el Consejo decidir por medio del presente fallo, a saber:

a) La iniciada por Bernardo Vieira J. el 11 de mayo postrero, cuya parte petitoria es de este tenor:

“Como consecuencia de todo lo anterior, respetuosamente pido al honorable Consejo de Estado que, previos los trámites del juicio correspondiente, haga las siguientes declaraciones:

“1ª Que es nulo el acto o resolución de la Asamblea Departamental de Antioquia, aprobado en su sesión del 28 de abril de 1943, mediante el cual acto o resolución, dicha Asamblea, por 18 votos afirmativos contra 16 negativos, adoptó o resolvió hacer el escrutinio de 9 Senadores con sus respectivos suplentes, por el Departamento de Antioquia, en lugar de 8 Senadores, como lo sostuvieron los Diputados conservadores, apoyados en las disposiciones constitucionales, y los declaró electos en tal forma.

“2ª Que en consecuencia de lo anterior, el honorable Consejo de Estado declare que la Asamblea del Departamento de Antioquia no debió escrutinar ni declarar la elección de 9 Senadores por la Circunscripción Senatorial de Antioquia, sino únicamente la de 8 Senadores, por cuanto constitucionalmente no es posible hacerlo en ninguna forma o pretexto.

“3ª Que por consiguiente se disponga nuevo escrutinio de 8 Senadores por el citado Departamento, de acuerdo con las normas legales que regulan la aplicación del cociente electoral, para lo cual el honorable Consejo dará cumplimiento a lo que ordena la ley sobre el particular.

“Como petición subsidiaria, pido al honorable Consejo de Estado ordene la rectificación del escrutinio y declaración de elección de Senadores por el Departamento de Antioquia, hechos por la Asamblea de ese Departamento, en la sesión de la fecha citada atrás, con el fin de que el honorable Consejo de Estado, con observancia de las disposiciones legales pertinentes al cociente electoral, rectifique tales actos, escrutando y declarando electos únicamente 8 Senadores con sus respectivos suplentes, por el Departamento varias veces citado.

“Como última petición subsidiaria pido que el honorable Consejo declare, total o parcialmente nulos los actos de elección, escrutinio y declaración de elección de Senadores de que se trata, por cuanto la Asamblea de Antioquia, eligió mayor número

de Senadores que el que, de acuerdo con la Constitución Nacional y la Ley 24 de 1939, le correspondía al Departamento, y una vez declarada dicha nulidad ordene lo que sea del caso.....”

b) La instaurada por Toribio Guerrero Velásquez, en escrito presentado ante el Juez 1º Civil del Circuito de Medellín el 10 del mismo mes de mayo ya citado, por medio de la cual se formulan como peticiones principales y subsidiarias las que con el carácter últimamente indicado formuló el expresado señor Vieira, agregando como nuevas éstas:

“.....7ª O, con base en la nulidad total y absoluta de las declaraciones principales, la Asamblea Departamental de Antioquia elegirá, escrutará y declarará electos 9 Senadores por la Circunscripción suya, así:

“a) Por el sistema de cociente electoral 8 Senadores, que corresponden a la población del Departamento de Antioquia;

“b) En acto distinto y por mayoría absoluta el Senador único que corresponde a la población de la Intendencia del Chocó.

“8ª Finalmente, son nulos absolutamente la elección, el escrutinio, el acto que declaró la elección y la credencial o comunicación respectiva de don Pedro Olarte Sañudo como Senador de la República, en su carácter de primer suplente de don Alberto Lleras Camargo, por cuanto el señor Olarte ejercía el cargo de Alcalde de Medellín dentro de los 90 días anteriores a su elección y el propio 28 de abril de 1943.....”

A estas peticiones reformadas, fuera de tiempo, por escrito de fecha 17 del mismo mes de mayo, agrega el demandante como nuevas las siguientes:

“Finalmente son nulos absolutamente la elección, el escrutinio, el acto que declaró la elección y las credenciales o comunicaciones respectivas de todos y cada uno de los Senadores de Antioquia, principales y suplentes, muy especialmente en cuanto a los señores Rafael Arredondo V. y Roberto Quintero, por haber sido elegidos con el voto del Diputado Arturo Arredondo, hijo de don Rafael y cuñado de don Roberto.....”

c) La iniciada por Antonio Torregrosa, con el objeto de obtener las mismas declaraciones de nulidad a que dicen relación las peticiones segunda y tercera, hechas por el señor Bernardo Vieira J., y la octava, formulada por Toribio Guerrero Velásquez.

d) La que para obtener la nulidad de la elección del señor Pedro Olarte Sañudo, primer suplente del principal Alberto Lleras Camargo, instauró don Juan Antonio Murillo el día 10 del citado mayo; y

e) La que en su propio nombre inició el doctor Guillermo Valencia Ibáñez, solicitando se declare nula la elección del señor Alberto Lleras Camargo como Senador principal del Chocó, y la de los señores Pedro Olarte Sañudo y Jonge Gutiérrez, como primero y segundo suplentes, respectivamente.

Como hechos fundamentales de todas estas demandas se alegan, entre otros, que para el caso carecen de importancia, los siguientes:

1º El 28 de abril del año en curso la Asamblea de Antioquia, previa resolución adoptada contra la opinión de los Diputados conservadores, escrutó, como Senadores para el periodo constitucional en curso, 9 renglones, en vez de 8, declarando al efecto electos a los siguientes señores:

Principales.	Primeros suplentes.	Segundos suplentes.
Alberto Jaramillo Sánchez.	Enrique González R.	Libardo Ospina.
Gilberto Moreno T.	Luis Carlos Mesa.	Mario Villa R.
Eduardo Fernández B.	Gerardo Molina.	Aurelio Tobón.
Rafael Arredondo V.	Alfonso Castro.	Roberto Quintero.
Alberto Lleras Camargo.	Pedro Olarte S.	Jorge Gutiérrez E.
Laureano Gómez.	Darío Botero I.	Francisco Aramburo.
Alfonso Uribe Misas.	José Roberto Vásquez.	Rafael J. Mojica C.
Jesús María Duque.	Jesús M. López V.	Jesús María Arias.
Mariano Ospina Pérez.	José Bernal.	Luis Ospina V.

2º Que para llegar a este resultado, o sea al de elegir y escrutar 9 Senadores, en vez de 8 que son los que le corresponden al Departamento de Antioquia de acuerdo con el censo vigente y con lo dispuesto en los artículos 86 de la Codificación Constitucional y 1º de la Ley 24 de 1939, la Asamblea sumó a los habitantes de este Departamento los de la Intendencia del Chocó;

3º Que la elección de los 9 Senadores se hizo en un solo acto, escrutándose los 9 renglones, por el sistema del cociente, dentro de los que obtuvieron mayor número de votos en la única votación que al efecto se hizo;

4º Que no se eligió ni se escrutó un 9º renglón chocono en acto separado y por mayoría entre los 34 Diputados, como era de rigor hacerlo;

5º Que entre los elegidos figura el señor Pedro Olarte Sañudo, Alcalde de Medellín el día de la elección y durante los tres meses anteriores a ésta, y

6º Que los señores Rafael Arredondo V. y Roberto Quintero fueron elegidos el primero como principal y el segundo como suplente, con el voto del Diputado Arturo Arredondo, hijo del primero y cuñado del segundo.

Hechos éstos demostrados en legal y debida forma, con excepción del 6º, respecto del cual no se trajo a los autos comprobación alguna, así:

Los cuatro primeros con el acta número 5, de la Asamblea de Antioquia, correspondiente a la sesión del día 28 de abril del año en curso, acompañada a las distintas demandas y a la cual pertenecen los siguientes apartes:

“La Presidencia anuncia que de acuerdo con el orden del día se va a proceder a la elección de Senadores. En consecuencia el honorable Diputado Vanegas Escobar anuncia que ha inscrito en la Secretaría, en asocio de los Diputados Villa Moreno y Pedro Adán Rodríguez, una lista formada por los señores Rafael Arredondo V. y Alberto Lleras Camargo como principales; Alfonso Castro y Pedro Olarte Sañudo, como primeros suplentes, y Roberto Quintero y Jorge Gutiérrez Escobar, como segundos suplentes, respectivamente. Asimismo, el honorable Diputado Humberto Muñoz inscribe en la Secretaría, en asocio de los Diputados Florentino Rojas, Bernardo Giraldo, Emilio Jaramillo, Aurelio Gómez Aguilar, Antonio J. Velásquez, Jorge Escobar Arango, Juan de Dios Calle R., Alberto Villegas, Alberto Fernández Cadavid y Luis E. Vanegas Franco, una lista formada por los señores Alberto Jaramillo Sánchez, Gilberto Moreno T. y Eduardo Fernández Botero, como principales; Enrique González R., Luis Carlos Mesa y Gerardo Molina, como primeros suplentes, en su orden; E. Libardo Ospina, Mario Villa Restrepo y Aurelio Tobón, como segundos suplentes, respectivamente.

“El honorable Diputado Francisco Barrera Ortiz inscribió una plancha formada por los señores Mariano Ospina Pérez, como principal; José María Bernal, como primer suplente, y Luis Ospina Vásquez, como segundo suplente. Se inscribió también por el honorable Diputado Julián Uribe Cadavid una plancha formada por los señores Alfonso Uribe Misas, José Roberto Vásquez

y Rafael J. Mejía, como principal, primero y segundo suplentes, en su orden. El honorable Diputado Ignacio Mesa Salazar inscribió una plancha formada por los señores José María Duqué, Jesús M. López V. y Jesús María Arias, como principal el primero y los dos últimos como primero y segundo suplentes, y, por último, el honorable Diputado Dionisio Arango Ferrer se acerca a la mesa de la Secretaría para inscribir la plancha formada por los señores Laureano Gómez, como principal; Darío Botero Isaza y Francisco Aramburo O., como primero y segundo suplentes, en su orden, respectivamente.

“Al verificarse la votación con 34 votantes, la Presidencia nombra escrutadores a los honorables Diputados José Vanegas Escobar e Ignacio Mesa Salazar, los cuales anunciaron el siguiente resultado de los escrutinios: la lista encabezada por el señor Rafael Arredondo obtuvo 7 votos; la lista encabezada por el señor Alberto Jaramillo S. obtuvo 11 votos; la lista encabezada por Laureano Gómez, 4 votos; la lista encabezada por el señor Jesús María Duque obtuvo 4 votos; la lista encabezada por el señor Mariano Ospina Pérez 4 votos, y la lista encabezada por el señor Alfonso Uribe M., 4 votos. Hechas por los señores escrutadores las operaciones aritméticas correspondientes, anunciaron que, si la Asamblea adoptaba la fórmula de elección de 8 Senadores, el resultado sería el siguiente: siendo el cociente de 4.250, la lista quedaría formada así: Rafael Arredondo, electo por cociente, y el segundo renglón de la plancha, obtendría un residuo de 2.750; Alberto Jaramillo Sánchez, por cociente; Gilberto Moreno T., por cociente, y el tercer renglón de su plancha, con un residuo de 2.500; Laureano Gómez con un residuo de 4.000; Jesús María Duque, con un residuo de 4.000; Mariano Ospina, con un residuo de 4.000, y Alfonso Uribe Misas, con un residuo de 4.000, y que si la fórmula adoptada por la Asamblea era la de elegir 9 Senadores, el resultado sería el siguiente: Rafael Arredondo, elegido por cociente; el segundo renglón de su plancha, con un residuo de 3.222; el señor Alberto Jaramillo Sánchez, por cociente; el señor Gilberto Moreno T., por cociente, y el tercer renglón de esa plancha por un residuo de 3.444; el señor Laureano Gómez, por cociente; el señor Jesús María Duque, por cociente; Mariano Ospina Pérez y Alfonso Uribe Misas, por cociente.

“La Presidencia pregunta a la Asamblea cuál de los dos escrutinios anunciados adopta, y el honorable Diputado Díaz López pide la palabra y expone lo siguiente: en concepto de las personas más versadas en estas cuestiones, la Asamblea debe adoptar el escrutinio de los 9 Senadores, por ser el más racional y el que se ajusta cabalmente a las disposiciones legales en vigencia. Anuncia que en relación con este problema dejará una constancia en la Secretaría, y pregunta a la Diputación minoritaria explique las razones que tenga para manifestarse inclinada a la adopción del escrutinio de 8 Senadores únicamente.

“Terminado que hubo el honorable Diputado Díaz López, pide la palabra el honorable Diputado Manuel J. Betancur, y manifiesta que considera que la elección de Senadores por Antioquia no puede alcanzar a 9 renglones por carecer de fundamento constitucional esta determinación; cita el artículo 172 de la Constitución reformada en 1936. Dice además que la elección de Senadores es una elección indirecta, o de segundo grado, según lo establece claramente la Constitución en otros artículos por él citados.

"Interviene el honorable Diputado López para solicitar al orador en dónde prohíbe la Constitución la elección de un Senador que como en el caso de Antioquia ha de hacerse para representar la población del Chocó.

"Continúa el orador manifestando que los tratadistas sostienen la tesis de que la Constitución sólo concede facultad a los Departamentos para elegir Senadores en representación de su propia población y agrega que sobre el particular hay doctrina especial del Consejo de Estado, y lee algunos conceptos de la expresada entidad.

"Continúa leyendo algunas providencias dictadas por el Consejo de Estado en relación con la elección de Senadores por Antioquia, ocurrida en años anteriores, y termina manifestando que la elección de un Senador más de los 8 a que tenían derecho, no se justifica y carece de base constitucional.

"La Presidencia suspende en el uso de la palabra al honorable Diputado Manuel J. Betancur y éste apela de la decisión presidencial.

"Concedida la apelación se procede a votar, resultando 17 votos favorables a la resolución presidencial y 17 en contra.

"Como consecuencia, el honorable Diputado Betancur continúa en el uso de la palabra y se lamenta del procedimiento de la mayoría liberal al negarse a oír a un Diputado de la minoría cuando no hace un debate demagógico de política, sino que en un tono sereno y elevado contribuye a la discusión de un problema constitucional que tiene grande importancia y mayor actualidad, máxime tratándose de asunto tan delicado como el que en estos momentos ocupa a la Asamblea de Antioquia. Avanza en su exposición y hace citas pertinentes de la Constitución, de la ley y de la jurisprudencia sobre tal problema. Dice que la ley concede el derecho de elegir Senador por el Chocó, palabras de las cuales pide el honorable Diputado Díaz López se deje constancia en el acta. Terminó el honorable Diputado Manuel J. Betancur, y la Presidencia pidió a los Diputados que fueran partidarios de la adopción del escrutinio de los 9 Senadores se sirvieran manifestarlo poniéndose de pies, lo cual hicieron 18 Diputados, manifestándose asimismo 16 por la fórmula del escrutinio de 8 Senadores únicamente.

"A continuación la Presidencia pregunta a la Asamblea si habiendo obtenido los votos que figuran en el escrutinio los señores..... (aquí los nombres de los candidatos ya expresados) los declara legalmente electos, a lo cual la Asamblea contesta afirmativamente....."

Y el cuarto, o sea el relativo a la elección de Pedro Olarte Sañudo y al cargo que entonces desempeñaba y que desempeñó durante los 90 días anteriores a su elección, con la misma acta y además con el Decreto número 273, de 12 de septiembre de 1942, por medio del cual se le nombra Alcalde de Medellín, con el acta de posesión visible al folio 13, y con el certificado que obra al folio 11, que es de este tenor:

"El suscrito, Gobernador del Departamento de Antioquia, en atención al exhorto que precede, certifica que el señor don Pedro Olarte S. ha desempeñado, sin interrupción, desde el 16 de septiembre de 1942 hasta la fecha, el cargo de Alcalde del Municipio de Medellín....."

Demostrado como está que la Asamblea del Departamento de Antioquia eligió 9 Senadores en vez de 8, que son los que corresponden al número de habitantes de ese Departamento (1.188.587), dividido este número

por 150.000, como lo previene el artículo 86 de la Codificación Constitucional, y demostrado, también como está, que para obtener ese resultado la Asamblea sumó a esos habitantes los que de acuerdo con el censo corresponden a la Intendencia del Chocó, el problema que el Consejo debe estudiar queda reducido a saber si esta agregación es legal o no, para lo cual basta tener en cuenta:

1º Que el artículo 17 de la Ley 2ª de 1943 ordena que para la elección de Senadores la población de las Intendencias y Comisarias se sume o agregue a la de los Departamentos allí indicados, al decir, como dice, tal precepto:

“Mientras la elección de Senadores corresponda a las Asambleas Departamentales, la población de las Intendencias y Comisarias queda agregada a la de los Departamentos para formar las respectivas Circunscripciones Senatoriales, así: a la de Antioquia, la de la Intendencia del Chocó; a la de Bolívar, la de la Intendencia de San Andrés y Providencia; a la del Magdalena, la de la Comisaría de La Guajira; a la de Nariño, la Comisaría del Putumayo; a la de Boyacá, la de la Comisaría de Arauca; a la del Huila, las de las Comisarias del Amazonas y Caquetá; y en la de Cundinamarca, la de la Intendencia del Meta y las Comisarias del Vichada y Vaupés”.

2º Que tal orden se basa en lo dispuesto por el artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1936, que autoriza ampliamente al legislador para anexar, unir o agregar las Intendencias y Comisarias a los Departamentos, de manera total o general, para todos los efectos legales consiguientes, o de manera parcial, en todo o en parte, para determinados efectos, ya sean de orden político, como el que se estudia, o administrativo simplemente, como los de prestación de determinados servicios públicos, etc., pues esto es lo que resulta del significado natural y obvio de la frase: “anexarlas total o parcialmente”, cuyo significado gramatical según el Diccionario de la Real Academia Española, es:

Anexar: “Unir o agregar una cosa a otra con dependencia de ella. U. principalmente hablando de la agregación de una ciudad o provincia a una nación, de una nación a otra o de un beneficio eclesiástico a otro”.

Unir: “Juntar dos o más cosas entre sí, haciendo de ellas un todo. Mezclar o trazar algunas cosas entre sí incorporándolas. Atar o juntar una cosa con otra, física o moralmente. *Acercar una cosa a otra para que formen un conjunto o concurren al mismo objeto o fin.* Confederarse o conferirse varios para el logro de un intento ayudándose mutuamente.....”

Agregar: “Unir o juntar unas personas o cosas a otras.....”

Total: “General, universal y que lo comprende todo en su especie.....”

Parcial: “Relativo a una parte del todo. No cabal o completo.....”

Así, al menos, parece lo entendió o interpretó el legislador de 1943, con autoridad suficiente para ello, desde luego que con base en ese precepto expidió la referida Ley 2ª, como lo demuestran los siguientes apartes de los informes de la Comisión que tanto en el Senado como en la Cámara lo estudiaron detenidamente para segundo debate:

Informe de la Comisión de la Cámara.

“.....En el año de 1937, en desarrollo del artículo 5º de la Constitución Nacional, los mismos proponentes presentaron al estudio de las Cámaras el proyecto de ‘Estatuto Especial’, que con-

tenía las disposiciones legales que ellos creyeron convenientes para la buena administración de la Intendencia del Chocó, pero en esa época tal proyecto tuvo algunas resistencias por parte de los Senadores y Representantes de ese entonces, y de allí que no alcanzara a ser ese 'Estatuto Especial' ley de la República.

"Para obviar las dificultades que se presentaron para que el estatuto especial del Chocó fuera ley de la República, los señores Arriaga y Abadía han extractado algunos de los principios que informaban dicho estatuto, es decir, haciendo viable la legislación que ellos proponen en el mencionado proyecto. Además, el artículo 5º de la Constitución Nacional define (sic) la obligación de dictar las normas jurídicas que deben regular la administración de las Intendencias y Comisarias....."

"Por todo lo expuesto, en forma muy sencilla y clara se llega a la conclusión que el proyecto de ley 'por la cual se dictan algunas disposiciones sobre administración y fomento de la Intendencia del Chocó' es legal y conveniente, porque así lo ordena la Constitución Nacional y porque viene a compilar disposiciones dispersas que constan en decretos y leyes desde el año de 1910....."

Informe de la Comisión del Senado.

"Honorable Senadores:

"Hemos estudiado el proyecto de ley 'por la cual se dictan algunas disposiciones sobre administración y fomento de la Intendencia del Chocó', originario de la honorable Cámara de Representantes, y lo encontramos tan plausible, en términos generales, que no solamente acogemos lo sustancial de su articulado sino que habremos de proponeros que sus normas se extiendan y adapten a las demás Intendencias y Comisarias, carentes hoy de una adecuada regulación legislativa. Por lo demás al obrar así no hacemos sino acoger las sugerencias que el Ministerio de Gobierno nos ha hecho llegar por conducto de uno de los autores del proyecto, condensadas en un interesante pliego de posibles modificaciones, que hemos tenido muy en cuenta al elaborar el nuestro.

"Por mandato legal vigente, las Intendencias y Comisarias están agregadas para la elección de Senadores a las mismas Circunscripciones a que corresponden para la de Representantes. Pero como la Ley 187 de 1936 sustrajo al Chocó de la Circunscripción Electoral de Medellín para formar una independiente, que elige sus Representantes, hoy esos 112.000 colombianos carecen de representación, directa o indirecta, en una de las Cámaras. Los habitantes de las demás Intendencias y Comisarias la tienen, al menos en teoría, al través de los Departamentos...."

3º Que para decretar la nulidad de la elección a que se contraen las demandas, en la parte que de ellas se estudia y analiza, se requiere declarar inaplicable el referido artículo 17 de la Ley 2ª de 1943, por inconstitucional, cuestión que no puede hacerse en casos como éste, no sólo por tener tal precepto, como ya se dijo, apoyo constitucional, sino también por no ser clara, definida y ostensible la incompatibilidad alegada, o mejor dicho por no ser manifiesta la oposición de tal precepto, con los de orden constitucional que los demandantes citan para fundamentar en derecho las respectivas demandas, y que son el 1º, 2º y 3º del Acto legislativo número 1º de 1930 (86, 174 y 175 de la Constitución Nacional):

No lo es con respecto al primero, o sea al artículo 86, por limitarse esta disposición, que para nada toca con los Departamentos, a expresar

que el Senado debe componerse de tantos miembros cuantos correspondan a la población de la República, no de aquellas entidades, en la proporción allí señalada.

No lo es con respecto al segundo, o sea al 174 de orden, porque ni el sistema de elección, ni la entidad encargada por este precepto de hacerla, se cambian o alteran por lo dispuesto en el artículo 17. Con o sin esta disposición son las Asambleas Departamentales, y en el caso especial de que se trata la de Antioquia, las que realizan o hacen la mencionada elección.

No lo es con respecto al tercero, o sea al 175 de orden, por las siguientes razones:

Porque el solo aumento de la población computable no varía las Circunscripciones Electorales en sí, como no se variaron para la elección de Representantes por el hecho de que la Intendencia del Chocó hubiera votado con Antioquia estando vigente el artículo 5º del Acto legislativo número 1º de 1930 (93 de la Codificación), cuyo párrafo único, de igual contenido al del artículo 175 de orden, reza textualmente: "Cada Departamento constituirá una Circunscripción para la elección de Representantes." Y como no se hubiera cambiado tampoco si el legislador de 1943, en vez de hacer de tal Intendencia una Circunscripción especial para Representantes, hubiera agregado esa población a cualquier otro Departamento, para tal fin, con base en el artículo 2º tantas veces citado del Acto legislativo de 1936 (5º de la Codificación) que substituyó al 4º del Acto legislativo número 1º de 1930, dándole mayor amplitud al principio en él consagrado; y

Porque tal cambio, si es que existe, emana de lo dispuesto en el referido artículo 5º de la Codificación, por lo cual no podría considerarse como inconstitucional, aun cuando violara preceptos de Constituciones anteriores, los cuales habrían de estimarse como reformados y limitados en su efecto en cuanto pugnarán con aquél, de acuerdo con los principios que rigen en materia de interpretación y aplicación de leyes, entre los cuales se cuenta el de que en caso de incompatibilidad entre una disposición anterior y una posterior, preferirá ésta, siendo aplicable la anterior sólo en cuanto no pugne con la posterior.

La circunstancia alegada por algunos de que el comentado artículo 17 altera la tradición colombiana de que el Senado es representante de las entidades públicas y administrativas en que se halle dividida la República y no del pueblo y sus habitantes, es inválida, en concepto de la mayoría, desde luego que la elección de un Senador más, como consecuencia de un simple aumento en la base de población computable para ello, no cambia el carácter de la entidad representada, cualquiera que sea la causa de que provenga ese aumento. Esta razón cobra fuerza si se observa que para la formación de la Asamblea de Antioquia no concurren votos extraños a los del respectivo Departamento.

Pero en todo caso, sea de ello lo que fuere, es lo cierto que tal alegación si bien pudiera ser considerada por la Corte, en juicio de inexequibilidad, no es, ni puede ser atendible por entidad distinta de ésta para declarar inaplicable una ley, por la sencilla razón de que para hacer esto se requiere que exista una norma constitucional que con ella pugne, que provea en sentido contrario al en que la ley provee, y tal norma ni fue citada por el demandante, ni existe.

Ni se arguya en contra de lo dicho y para desvirtuarlo, que esta misma corporación en concepto de 9 de febrero de 1940, y más luego en sentencia de 1º de marzo del mismo año, publicadas ambas en los *Anales del Consejo* números 287 a 289, llegó a conclusiones distintas a las que se llega en el presente fallo, pues aun cuando esto sea verdadero, como en realidad lo es, no es menos cierto que ello tuvo y tiene como causa no existir entonces el artículo 17 de la Ley 2ª de 1943, que da carácter

legal a la elección realizada por la Asamblea de Antioquia, que por medio del presente fallo se estudia y analiza.

Para demostrarlo, basta confrontar la fecha de tales documentos con la de la ley y advertir, además, que las razones que en apoyo de las conclusiones a que entonces se llegó, inaplicables hoy al caso de autos por virtud del artículo 17 ya citado, son éstas:

1ª Que el artículo 8º de la Ley 7ª de 1932, por medio del cual se dispuso que para la elección de Senadores se agregaran las Intendencias y Comisarias a las mismas Circunscripciones a que pertenecían para la elección de Representantes, no tenía base o apoyo alguno en la Carta Fundamental vigente entonces; y

2ª Que el artículo 4º del Acto legislativo número 1º de 1930, que los demandantes de entonces habían invocado para buscar algún fundamento constitucional a sus pretensiones, no podía tenerse en cuenta por referirse, no a Circunscripciones Senatoriales, sino a Circunscripciones Electorales formadas para la elección de Representantes, que son sustancialmente distintas de aquéllas.

Al respecto, son terminantes los siguientes apartes de los referidos documentos:

“Como se ha visto, todas las cuestiones planteadas en los dos juicios acumulados se reducen a una sola, a saber: si la Circunscripción Senatorial de Antioquia se compone solamente del Departamento de este nombre, caso en el cual sólo tiene derecho a elegir 7 Senadores, o si se compone del Departamento de Antioquia y de la Intendencia Nacional del Chocó, caso en el cual tendría derecho a elegir los 8 Senadores conforme a las tesis sostenidas por los demandantes.

“Estos no han podido citar ninguna disposición constitucional que autorice al legislador para agregar las Intendencias o Comisarias a los Departamentos con el objeto de formar Circunscripciones Senatoriales. El artículo 175 de la Codificación Constitucional (artículo 3º del Acto legislativo número 1º de 1930), establece que cada Departamento constituirá una Circunscripción Senatorial, sin hablar en manera alguna de la agregación de Intendencias o Comisarias.

“Los demandantes, para buscar algún fundamento constitucional a sus peticiones, han invocado el artículo 4º del Acto legislativo número 1º de 1930, que fue declarado expresamente modificado por el artículo 34 del Acto legislativo número 1º de 1936; modificación que consistió en dejar a la ley la reglamentación de la organización electoral de las Intendencias y Comisarias, como puede verse en el inciso último del artículo 2º del mismo Acto legislativo número 1º de 1936 (5º de la nueva Codificación Constitucional).

“De modo que la demanda no puede apoyarse en el artículo 4º del Acto legislativo número 1º de 1930, que ha sufrido una modificación sustantiva, por lo cual no fue incluido en la nueva Codificación, y el que, aunque estuviera vigente, no tendría aplicación al caso de que se trata, porque él no se refiere a las Circunscripciones Senatoriales sino a las Circunscripciones Electorales, formadas para las elecciones de Representantes”.

Estudiando esta misma cuestión en otras ocasiones anteriores, dijo el Consejo:

“Se arguye, no obstante, que el artículo 4º del Acto legislativo número 1º de 1930 dijo que la ley agregaría a las Circunscripciones Electorales el territorio de las Intendencias o Comisarias; pero esta disposición se refiere únicamente a las Circunscrip-

ciones para la elección de Representantes, de que trata el párrafo del artículo 4º del Acto legislativo número 1º citado, pues la Constitución llama 'Circunscripciones Electorales' a las formalizadas para la elección de Representantes al Congreso, para distinguirlas de las Circunscripciones Senatoriales, formadas para la elección de Senadores, respecto de las cuales dice el artículo 5º del mismo Acto legislativo número 1º, que cada Departamento constituirá una Circunscripción Senatorial.

“Como es sabido, el mencionado artículo 4º fue declarado expresamente modificado por el artículo 34 del Acto legislativo número 1º de 1936, porque el inciso último del artículo 2º del mismo Acto dispone que corresponde a la ley reglamentar la organización electoral de las Intendencias y Comisarias.

“La interpretación que erróneamente se ha dado a dicho artículo 4º, para sostener que la ley podría agregar el territorio de las Intendencias y Comisarias a las Circunscripciones Senatoriales o Departamentales para la elección de Senadores, provino de que dicho artículo fue colocado después del 3º, que se refería a la elección de Senadores, en vez de serlo después del 5º, que es el relativo a la elección de Representantes, respecto de la cual sí debía hablar de Circunscripciones Electorales. La historia fidedigna del establecimiento del Acto mencionado, hecha en otra ocasión por el Consejo, explica claramente el error: en el pliego de modificaciones propuesto por la Comisión informante del Senado, el que es hoy el artículo 4º, figuraba como inciso 2º del que es hoy artículo 5º, y en la discusión fue introducido como artículo nuevo, sin que la mente del constituyente aparezca en manera alguna que hubiera sido la de que las Intendencias y Comisarias pudieran ser agregadas a las Circunscripciones Senatoriales (de las cuales no trata el artículo), incurriéndose por la Comisión de Redacción del proyecto en el error de incluirlo después del artículo 3º, debiendo serlo después del 5º

“Este hecho explica por qué el artículo 8º de la Ley 7ª de 1932, a que se refiere el oficio del señor Ministro de Gobierno, hubiera dispuesto—institucionalmente— que para la elección de Senadores se agregaran las Intendencias y Comisarias a las mismas Circunscripciones a que pertenecían para la elección de Representantes. Con semejante agregación no se hizo más, como es notorio, que aumentarles el número de Senadores a los Departamentos favorecidos con ella, sin que en realidad las Intendencias y Comisarias estuvieran políticamente representadas, puesto que en ninguna forma intervenían en la elección de Senadores. Fuera de que, como ya se vio, el artículo 4º del Acto legislativo número 1º de 1930 está expresamente modificado por el artículo 34 del Acto legislativo número 1º de 1936, en relación con el inciso último del 2º del mismo Acto.

“El legislador, en ejercicio de la facultad que le confiere este inciso, expidió el artículo 11 de la Ley 187 de 1936, que dice:

‘Cuando una Intendencia o Comisaría tenga más de cincuenta mil habitantes, de conformidad con el censo de población vigente, formará una Circunscripción Electoral independiente, con los organismos legales adecuados, para la elección de Representantes. Para el cumplimiento de este mandato queda autorizado el Gobierno para señalar las corporaciones electorales, el sistema de votos y demás requisitos que deban llenarse’.

“En desarrollo de esta disposición, el Órgano Ejecutivo expidió el Decreto 450 de 1937, que dijo que la Intendencia Nacional del Chocó formaría para la elección de Representantes una Circuns-

cripción Electoral independiente con el nombre de 'Circunscripción Electoral del Chocó' y con capital en Quibdó. De manera que ya ni siquiera para la elección de Representantes la Intendencia del Chocó está agregada al Departamento de Antioquia..."

Para terminar este punto es bueno advertir que al telegrama del señor Ministro de Gobierno, inserto en el fallo que anteriormente se cita, no le da la mayoría la importancia que la minoría le atribuye; no porque desconozca el altísimo valor intelectual de su autor, doctor Darío Echandía, verdadero maestro en cuestiones jurídicas, sino por ser tal telegrama anterior a la ley que motiva este fallo, ley sancionada sin objeción alguna por él mismo como Ministro de Gobierno, seguramente por haberla encontrado ajustada a la Constitución.

Sirve lo dicho para concluir que la Asamblea de Antioquia procedió en legal y debida forma al escutar 9 Senadores para el periodo constitucional en curso, y que tal acto no es nulo, ni rectificable por esta corporación, así como también para concluir que si alguna incongruencia existe entre el fallo de hoy y las determinaciones adoptadas en ocasiones anteriores, ello se debe a que en el año en que estas decisiones fueron tomadas no había el legislador decretado la anexión de que trata el artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1936, hecho realizado en el presente año por medio de la Ley 2ª en su artículo 17.

En sentido análogo al anterior deben fallarse las peticiones tendientes a obtener la nulidad de la elección hecha en la persona de los señores Alberto Lleras Camargo, Rafael Arredondo y Roberto Quintero. Las referentes al primero, por no haber disposición legal alguna que preceptúe que uno de los 9 Senadores corresponde al Chocó; y las referentes a los dos últimos, por no haberse traído a los autos la prueba del hecho alegado como base de la nulidad, así como también por no haber precepto que consagre como causal de nulidad para ser elegido Senador el hecho de actuar en la Asamblea que hace la elección un pariente del elegido.

Cosa distinta cabe afirmar en cuanto a la demanda instaurada contra la elección del señor Pedro Olarte Sañudo, ya que en autos aparece plenamente comprobado que el día de la elección y dentro de los 90 días anteriores a ella, este señor desempeñó el cargo de Alcalde de Medellín, cargo que lleva anexa autoridad y jurisdicción, y ya que el artículo 102 de la Constitución Nacional en su único inciso dispone lo siguiente:

"..... Tampoco podrá ser Senador o Representante ningún individuo por Departamento o Circunscripción Electoral donde tres meses antes de las elecciones haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar".

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, oído el concepto de su Fiscal y de acuerdo en parte con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º Es nula la elección hecha por la Asamblea Departamental de Antioquia, en su sesión del 28 de abril del año en curso, en la persona del señor Pedro Olarte Sañudo, como Senador primer suplente del principal Alberto Lleras Camargo.

2º Cancélese la credencial expedida por la Asamblea Departamental de Antioquia al expresado señor Olarte Sañudo.

3º No es el caso de hacer las demás declaraciones de nulidad de las demandas a que dice relación la parte motiva del presente fallo, ni de ordenar la rectificación de los escrutinios en ellas pedida.

Notifíquese, cópiese, dése cuenta al Senado de la República, al señor Ministro de Gobierno, al Gobernador del Departamento de Antioquia y archívense los expedientes.

Aníbal Badel, Tulio Enrique Tascón. Firmo con salvamento de voto respecto del punto 3º de la parte resolutive: *Carlos Rivadeneira G.; Gabriel Carreño Mallarino.* Con salvamento de voto: *Gonzalo Gaitán.* Con salvamento de voto: *Guillermo Peñaranda Arenas; Diógenes Sepúlveda Mejía, Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V.,* Secretario.

Salvamento de voto

del Consejero doctor Tulio Enrique Tascón.

En el fallo que precede salvo mi voto únicamente por cuanto por él se niega la demanda de rectificación de los escrutinios practicados por la Asamblea Departamental de Antioquia en la elección de Senadores por esa Circunscripción.

Las razones que tengo para votar negativamente esa parte del fallo son las mismas expresadas tanto en la resolución de la consulta que formuló el Ministerio de Gobierno al Consejo sobre la facultad de orden constitucional o legal que existiera para anexar las Intendencias y Comisarias a los Departamentos a fin de formar con ellos Circunscripciones Senatoriales, como en la posterior sentencia de fecha 1º de marzo de 1940, publicada en los *Anales del Consejo de Estado*, números 287 a 289, página 28.

Esta sentencia fue entonces proferida con el voto unánime de los Consejeros, y si ahora algunos de los que suscriben el fallo en que salvo este voto han llegado a conclusiones contrarias, está lejos de mi ánimo hacerles por ello reproche alguno, porque sé que en cuestiones jurídicas no puede haber criterios infalibles, y por eso el legislador, con muy buen acuerdo, derogó la disposición de la Ley 153 de 1887 que ligaba a los Jueces a lo establecido en la jurisprudencia mediante el injurídico sistema denominado de la doctrina legal más probable. Si invoco estos antecedentes, es para hacer constar que al votar, como lo hago, negativamente, la parte del precedente fallo, por la que no se accede a la rectificación de los escrutinios acusados, no hago sino guardar consecuencia con las tesis que sostuve en la resolución de la consulta y en la sentencia memoradas.

Y no se diga que entre éstas y el fallo de ahora no existe contradicción, porque aún no se había expedido la Ley 2ª del año en curso que anexó la Intendencia del Chocó a la Circunscripción Senatorial de Antioquia, pues ni la resolución ni la consulta en realidad se basaron en la falta de una ley que reglamentara la incorporación de las Intendencias y Comisarias a las Circunscripciones Senatoriales formadas por los Departamentos, sino en la tesis de que las Intendencias y Comisarias no podían constitucionalmente ser anexadas a los Departamentos para el efecto de la elección de Senadores.

Son palabras que copio del fallo de 1º de marzo ameritado, las siguientes:

“Dijo en otra ocasión el Consejo que ninguno de los dos principios básicos enunciados (la elección indirecta y la representación de los Departamentos) favorecían la tesis de que las Intendencias y Comisarias pudieran tener representación política en el Senado de la República, desde luego que no forman parte de ninguno de los Departamentos ni eligen Diputados a las Asambleas Departamentales, que son las únicas corporaciones que constitucionalmente pueden hacer la elección de Senadores”. (*Anales citados*, página 36).

Tesis ésta que fue la misma sostenida por el Ministro de Gobierno, doctor Darío Echandía, a la consulta que sobre el particular le hizo la Asamblea de Antioquia en telegrama de 1º de junio de 1935, cuando dijo:

“Aunque es verdad que la Ley 7ª de 1932, en su artículo 8º agregó las Intendencias y Comisarias, para los efectos de la elección de Senadores, a las mismas Circunscripciones a que pertenecen para la elección de Representantes, lo cierto es que la misma Ley no determinó, ni otra posterior lo ha hecho, la manera como han de participar dichos territorios en la elección de Diputados a la correspondiente Asamblea Departamental que debe elegir Senadores. Por esta circunstancia considero que las Intendencias y Comisarias no pueden tenerse hoy en cuenta para tal elección. Si otra cosa resolviera *vendrían a resultar Departamentos privilegiados con aumento de representación en el Senado por territorios limítrofes, cuyos habitantes no han contribuido con un solo voto en la formación de la entidad que ha de hacer la designación de los miembros de la Cámara Alta del Congreso, lo que sería, a más de antidemocrático, un verdadero contrasentido*”.

Esta tesis irrefutable del Ministro de Gobierno fue prolijada por el Consejo en su sentencia de 1º de marzo de 1940, y no encuentro que haya motivo ahora para separarse de ella, como lo ha hecho la mayoría de mis distinguidos colegas, por lo que habré de sustentarla aun cuando sea muy brevemente.

El artículo 2º de la Codificación Nacional estatuye que la soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, entendiéndose por ésta el pueblo colombiano, del cual emanan los poderes públicos. Este principio es la base de la democracia, que consiste en que el Estado sea gobernado por el pueblo, por medio de órganos de representación popular, elegidos mediante un mandato representativo, aunque no imperativo. Y de acuerdo con este principio, la Constitución establece que las dos Cámaras que forman el Órgano Legislativo sean elegidas popularmente: la de Representantes, por elección directa, y la de Senadores por elección indirecta.

La primera representa al pueblo colombiano, y la segunda ha representado a las entidades políticas en que ha estado dividida la República (Provincias, Estados Soberanos, Departamentos), lo que ha sido una tradición constante de nuestro derecho público, sin que pueda argüirse que por el hecho de atenderse a la población para fijar el número de Senadores de cada Departamento se haya quebrantado el principio de que el Senado representa las entidades administrativas, pues de otra manera esta corporación quedaría sin significación política, ya que ambas Cámaras vendrían a representar a la población colombiana.

La Constitución no establece sino que los Senadores serán elegidos por las Asambleas Departamentales y que cada Departamento formará para este efecto una Circunscripción Senatorial. Nada dijo, ni podía decir sobre representación de las Intendencias y Comisarias en el Senado de la República, por lo mismo que el sistema de elección adoptado excluía a los habitantes de estos territorios de representación en las Asambleas Departamentales.

Sin embargo, se invoca el artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1936 (5º de la Codificación Constitucional), que facultó al legislador para reglamentar la organización electoral, judicial y contencioso-administrativa de las Intendencias y Comisarias, y el artículo 17 de la Ley 2ª del presente año, que, con base en aquella autorización, estatuye que la población de la Intendencia del Chocó queda agregada al Departamento de Antioquia para formar la respectiva Circunscripción Senatorial.

Esta Ley, en mi concepto, es manifiestamente inconstitucional. La reforma de 1936 autorizó a la Ley para reglamentar la organización elec-

toral de las Intendencias y Comisarias; pero el verbo *reglamentar* tiene una significación propia: los *reglamentos* se refieren a cuestiones *adjetivas*, en tanto que los *estatutos* dicen relación a cuestiones *sustantivas*, fundamentales. Hay que entender que el constituyente facultó al legislador para reglamentar la organización especial de ciertos servicios en las Intendencias y Comisarias siempre *dentro de la estructura constitucional de la República*, como muy bien lo ha expuesto el doctor Ricardo Sarmiento Alarcón, uno de los juristas que intervinieron en la expedición del Acto legislativo número 1º de 1936. Sería inadmisibles que *dentro del sistema unitario adoptado por la Constitución de 1886* fueran a existir en Colombia dos regímenes constitucionales distintos: uno para los Departamentos y otro para las Intendencias y Comisarias. No a otra cosa equivale el aceptar que en los Departamentos los Senadores se eligen por las Asambleas, y que en las Intendencias y Comisarias, obran en representación de sus habitantes los Diputados de las Asambleas de aquellos Departamentos a que la ley agrega dichas Intendencias y Comisarias.

Porque aquí cabe un razonamiento que podría concretar así en relación con el caso que se estudia:

O el noveno Senador que ha elegido la Asamblea Departamental de Antioquia representa a este Departamento o a la Intendencia del Chocó. Si representa al Departamento, se viola con ello el artículo de la Constitución, según el cual los Departamentos eligen Senadores a razón de uno por cada 150.000 habitantes, lo que significa que, conforme al censo de población, la Asamblea de Antioquia no puede elegir más de 8 Senadores. O el noveno Senador que ha elegido la Asamblea de Antioquia representa a la Intendencia del Chocó, y en este caso se violan los preceptos constitucionales según los cuales los Senadores son elegidos por la población de la República en elecciones de segundo grado, actuando para ello como electores los Diputados a las respectivas Asambleas, sin que los habitantes del Chocó intervengan en forma alguna en tal elección, lo que desde luego excluye todo vínculo de representación entre el elector y el elegido, con violación de los principios básicos de la democracia, como muy bien lo expresó el Ministro doctor Echandía en el telegrama transcrito, y consagrando un contrasentido constitucional.

El inciso final del artículo 5º de la Codificación faculta a la ley para reglamentar la organización electoral de las Intendencias y Comisarias; pero basta leer el artículo 17 de la Ley 2ª de 1943 para comprender que por él no se reglamenta la organización electoral del Chocó en punto a la elección de Senadores, sino la organización electoral del Departamento de Antioquia. En efecto, la disposición no reglamenta la intervención de la Intendencia del Chocó en la elección de Senadores, sin duda porque el sistema adoptado por la Constitución para elegir el Senado no permite que en él tengan representación las Intendencias y Comisarias, sino que, en el fondo, lo que estatuye es que la Asamblea de Antioquia, cuando vaya a hacer la elección de Senadores por esa Circunscripción, tendrá en cuenta, no sólo la población del Departamento, sino la población de la Intendencia del Chocó, lo que es contrario a los artículos 86 y 175 de la Codificación Constitucional, según los cuales los Departamentos elegirán Senadores en la proporción de uno por cada 150.000 habitantes. No hay disposición constitucional que faculte a la ley para expedir estatutos especiales sobre la organización electoral de los Departamentos. Por eso este juicio versa sobre la nulidad o rectificación de las elecciones verificadas por la Asamblea Departamental de Antioquia, sin conexión con ningún acto intendencial.

Interpretar el artículo 5º mencionado, en el sentido de que la ley puede atribuir a las Asambleas de otros Departamentos la elección de los Senadores que corresponden a la población de las Intendencias, re-

sulta tan inadmisibles como sostener que porque dicho artículo faculta a la ley para reglamentar la organización judicial, podría mañana crearse el Distrito Judicial de Quibdó y disponerse que las ternas para los Magistrados que debieran componerlo serían formadas por la Asamblea Departamental de Antioquia. Esto equivaldría a poner al pueblo choconano bajo la tutela del Departamento de Antioquia.

Es principio elemental de derecho público que la función constitucional del sufragio es indelegable, en forma que ningún individuo puede votar en representación legal de otro, y lo que se dice de los individuos puede afirmarse de las poblaciones, que no son sino agregados de individuos.

Se arguye que la Constitución permite a la ley crear y suprimir Intendencias y Comisarias y anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, para deducir de aquí que esa anexión puede concretarse a determinados servicios, como el del sufragio; mas lo que la disposición quiso expresar fue que la ley puede verificar esas creaciones, supresiones o anexiones respecto de las Intendencias sin sujeción a los requisitos que los incisos anteriores exigen cuando de los Departamentos se trata; pero aun admitiendo, en gracia de discusión, que esta anexión parcial fuese posible, el artículo 17 de la Ley 2ª no anexó el territorio del Chocó al Departamento de Antioquia para la elección de Senadores, sino que dijo, literalmente, que la población de la Intendencia del Chocó quedaba agregada a la del Departamento de Antioquia para formar la Circunscripción Senatorial de este nombre. ¿En dónde está la facultad constitucional para agregar la población de una Intendencia a la de un Departamento limítrofe, sin otro resultado, como bien lo expresó el Ministro Echandía, que el de hacer de tal Departamento una entidad privilegiada? Si la anexión de que se habla fuera constitucional, lo lógico sería que la Intendencia del Chocó pudiera elegir Diputados a la Asamblea de Antioquia para los efectos de las elecciones de Senadores, pero esto también sería contrario al artículo 185 de la Codificación.

Por último, se observa que la Constitución estatuye que cada Departamento formará una Circunscripción Senatorial y una Circunscripción Electoral. Lo primero se dispuso porque bajo el imperio del Acto legislativo número 3 de 1910, las Circunscripciones Electorales se componían de varios Departamentos y los Senadores eran elegidos por Consejos Electorales. Lo segundo, porque antes de la expedición del Acto legislativo número 1º de 1930, había Circunscripciones formadas ad hoc, con territorio de varios Departamentos, para obtener determinados resultados electorales, corruptela con la cual se quiso acabar. Y es bien notable que este Acto legislativo no habló de que las Intendencias y Comisarias pudieran agregarse a las Circunscripciones Senatoriales, y en cambio, dispuso en su artículo 4º:

“La ley agregará a las Circunscripciones Electorales el territorio de las Intendencias y Comisarias”.

¿Por qué esta diferencia? Porque tratándose de la elección de Senadores, las Intendencias y Comisarias no podían intervenir, por lo mismo que no tenían representación en las Asambleas Departamentales que debían hacer la elección; pero este no era el caso de la elección de Representantes, en la cual los habitantes de las Intendencias y Comisarias votaban al igual de los habitantes de los Departamentos.

No es exacto que dicho artículo 4º esté derogado, pues el artículo 34 del Acto legislativo número 1º de 1936 lo que dice es lo siguiente:

“Quedan expresamente derogados los artículos de la Constitución Nacional..... y modificados los artículos..... 4º del Acto legislativo número 1º de 1930”.

La modificación consiste en que este artículo hacia imperativa la agregación de las Intendencias y Comisarias a los Departamentos al decir: "La ley agregará.....", en tanto que la reforma de 1936 permite al legislador agregar o no las Intendencias y Comisarias a los Departamentos, facultad mediante la cual se ha podido hacer de la Intendencia del Chocó una Circunscripción Electoral aparte.

Agregar el territorio de una Intendencia o Comisaría a otro Departamento para formar una Circunscripción Electoral, o hacer de una Intendencia o Comisaría una Circunscripción Electoral, como ha acontecido con el Chocó, es cosa que cabe dentro de la organización electoral, tanto más cuanto que la Constitución expresamente lo ha permitido, y ello porque los habitantes de las Intendencias y Comisarias sufragan en las elecciones para Representantes, como atrás tantas veces lo he repetido. Pero repito que otra cosa muy distinta es tratándose de la elección de Senadores: 1º Porque la Constitución no ha hablado de que el territorio de las Intendencias y Comisarias puede agregarse a los Departamentos para formar así Circunscripciones Senatoriales; y 2º Porque esto no sería posible dentro del sistema adoptado para la elección de Senadores, en que los habitantes de las Intendencias y Comisarias no podrían tomar parte, y en esa virtud la agregación de la población de una Intendencia a un Departamento limítrofe para aumentar el número de sus Senadores rompe la estructura constitucional de la República.

Bogotá, septiembre 22 de 1943.

Tulio Enrique Tascón. Prohijo el salvamento precedente: *Gabriel Carreño Mallarino.* Adhiero a los conceptos jurídicos del anterior salvamento, que fueron, con menos brillo, expuestos en parte por mí en las discusiones orales de la Sala: *Gonzalo Gaitán.*—*Luis E. García V.,* Secretario.

Autos del Consejo. - Recursos de hecho.

Ponente: doctor Carlos Rivadeneira G.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cuarenta y tres.

Para que un recurso de hecho prospere, ha dicho en repetidas ocasiones esta misma corporación, se necesita, de acuerdo con el artículo 516 del Código Judicial, entre otros requisitos, que la apelación sea procedente, o mejor dicho, que la providencia de que se trata sea susceptible legalmente de tal recurso.

En el caso que motiva el presente fallo, el auto por medio del cual el Magistrado sustanciador niega la comisión pedida para la práctica de una prueba, aun cuando interlocutorio, no es susceptible de apelación, tanto porque en el procedimiento contencioso-administrativo tan sólo son apelables para ante el superior los autos o providencias respecto de los cuales la ley consagra expresamente este recurso, al tenor de lo dispuesto en los artículos 35 y siguientes de la Ley 167, que señalan taxativamente los casos en que el Consejo puede conocer de negocios que sufren primera instancia ante los Tribunales, como porque respecto de los autos interlocutorios que dicten los Magistrados, cuando no proceden como Juez *ad quen*, es decir, cuando obran como Juez *a quo*, que es el caso, el único recurso que procede es el de súplica, de que trata el artículo 511 del Código Judicial, que a la letra dice:

“De los autos interlocutorios que dicte un Magistrado cuando no procede como Juez *ad quen*, sólo se concede el recurso de súplica para ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión”.

A estas razones, suficientes por sí solas para negar el recurso propuesto por el apoderado de Restituto Piñeros, bien puede agregarse la que proviene del hecho de que al Consejo sólo pueden subir, por recurso de apelación o consulta, providencias que lleven las firmas de los Magistrados que integran el respectivo Tribunal. Prueba de ello son los artículos 88 y 96 de la expresada Ley 167, que exigen tales firmas en los autos de inadmisión de las demandas y de suspensiones provisionales, que sí son apelables para ante el Superior.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado niega el recurso propuesto por el doctor Luis Sarmiento Buitrago en memorial de 17 de agosto del año en curso.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Badel, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Maestros de Escuela.-Destitución.

Ponente: doctor Carlos Rivadeneira G.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cuarenta y tres.

El Tribunal Administrativo de Pasto profirió, el 15 de marzo último, en el juicio de nulidad del Decreto número 473, de 25 de septiembre de 1942, de la Gobernación de Nariño, la sentencia cuya parte resolutive se transcribe en seguida, y que por recurso de consulta debe revisar esta Superioridad:

“1º Es nulo el Decreto 473, de 25 de septiembre de 1942, dictado por la Gobernación de Nariño, en cuanto por él se designó al señor J. Climaco Ojeda como Director de la Escuela Nocturna de Obreros de esta ciudad, en reemplazo del demandante.

“2º Restablécese al señor J. Ignacio Aguilar en el susodicho cargo de Director de la Escuela Nocturna de Obreros de Pasto.

“3º El Tesoro del Departamento pagará al demandante, una vez en firme esta sentencia, los sueldos que dejó de devengar a causa de su remoción desde que ésta se produjo hasta el día que se verifique su restablecimiento en el cargo de Director de la sobredicha Escuela.....”

Para resolver, se considera:

Con las pruebas acompañadas a la demanda se demuestra en forma plena:

1º Que el demandante Aguilar, maestro de primera categoría, fue nombrado por el Decreto 451, de 27 de septiembre de 1937, Director, en propiedad, de la Escuela Nocturna para Obreros de la ciudad de Pasto, cargo que desempeñó desde entonces hasta el día 30 de septiembre de 1942, fecha en que tomó posesión el señor Climaco Ojeda, nombrado por medio del Decreto acusado; y

2º Que el mencionado Aguilar, maestro muy competente, estricto cumplidor de sus deberes, contra el cual no había queja alguna, fue destituido del cargo de Director de la referida Escuela Nocturna, por el solo hecho de haber aceptado y estar entonces desempeñando un cargo de Mecanógrafo de la Secretaría de Gobierno, con \$ 30.00 mensuales de sueldo, cuyo ejercicio, por ser diurno, en nada se oponía al ejercicio del cargo de Director de la referida Escuela, que debía desempeñarse en las horas de la noche.

Estos hechos, debidamente comprobados como están, dan base suficiente para concluir que la sentencia del Tribunal, en cuanto anula el Decreto y ordena la restitución del demandante a su puesto de Director de la Escuela Nocturna de Pasto, es legal, ya que la causal tenida en cuenta, si bien pudiera dar base para un traslado, cuestión que el Consejo ni afirma, ni niega, por no estar este punto sometido a su estudio, en ningún caso sirve para destituir un maestro, que fue lo que se hizo en el caso de autos, de acuerdo con los artículos 8º y 9º del Decreto 1602

de 1936, 1º del Decreto 1829 de 1938, y 2º del Decreto 2255 de 1938, que dicen:

“Artículo 8º Los maestros que se hallen en los siguientes casos no podrán formar parte del Escalafón:

“1º El que haya sido condenado a pena aflictiva o haya perdido los derechos políticos.

“2º El que adolezca de embriaguez consuetudinaria.

“3º El que adolezca de vicio de juego habitual.

“4º El que viva en amancebamiento público.

“5º El que observe conducta moral depravada.

“6º El que adolezca de cualquiera de las enfermedades o defectos siguientes: tuberculosis, lepra, sífilis, demencia, neurosis o psicosis de cualquier índole que ella sea, defectos físicos notorios, voz bitonal o nasal, tartamudez y deficiencias graves de visión y audición, en los términos que el Ministerio de Educación determine.

“Artículo 9º Levantado el Escalafón Nacional del Magisterio en la forma prescrita por este Decreto, el Ministerio de Educación procederá, según lo ordena la Ley 37 de 1935, a adoptarlo por medio de resolución, y un maestro sólo podrá ser cambiado, removido de su cargo o suspendido en el ejercicio de sus funciones, por haber incurrido en alguna de las causales determinadas en el artículo anterior y, además, por incompetencia comprobada”.

Artículo 1º Decreto 1829. “Las causales contenidas en el artículo 8º del Decreto 1602 de 1936, por las cuales no puede un maestro ser incluido en el Escalafón Nacional del Magisterio, serán suficientes también para excluirlas del mismo y, además, por oposición del maestro a las normas del Gobierno en materia de educación pública y por renuncia o indiferencia para cumplirlas, todo debidamente comprobado”.

Artículo 2º Decreto 2255. “A las causales que determinan la no inclusión de un maestro en el Escalafón y el retiro del mismo, señaladas en los Decretos números 1602 y 1829, agréganse las siguientes:

“a) Por intervención activa en cuestiones de carácter político, tales como conferencias, campañas en pro o en contra de determinado partido, luchas periodísticas y participación en comités políticos.

“b) Por malversación, mal manejo y descuido de los bienes materiales de la escuela.

“c) Por falsedad de los documentos oficiales de que sea directamente responsable”.

No puede decirse lo mismo en cuanto dice relación a la obligación impuesta al Tesoro Departamental de pagar, sin descuento alguno, al mencionado Aguilar, los sueldos que hubiera dejado de devengar por virtud de esa destitución, pues, demostrado como está, que Aguilar desempeñaba, también, el cargo de Mecanógrafo de la Secretaría de Gobierno, y que por esta causa devengaba un sueldo mensual de \$ 30.00, tal resolución resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 58 de la Codificación Constitucional, que prohíbe a todos los que desempeñen funciones oficiales de cualquier clase, empleados, devengar dos sueldos del Tesoro Público, entendiéndose por tal el Nacional, el Departamental y el Municipal, al decir, como dice este precepto:

"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinan las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios".

Y no se diga que el caso de que se trata cabe dentro de la excepción de que habla el ordinal 1º del artículo 307 de la Ley 4ª de 1913, porque tal disposición sólo se refiere a profesores, a los que enseñan una ciencia o arte determinada, no a Directores de establecimientos públicos, que junto con los del profesorado ejercen funciones administrativas, como son las de organización y dirección, y respecto de los cuales las leyes establecen marcadas diferencias, tanto en lo relativo a inamovilidad como a pensiones de jubilación, etc. En el sentido indicado es abundante la doctrina de esta corporación.

La sentencia consultada debe, pues, adicionarse en el sentido de ordenar que de la suma o cantidad debida a Aguilar, y que a éste debe pagar el Departamento, se le descuenten los sueldos por él devengados y recibidos como empleado de la Secretaría de Gobierno, a razón de \$ 30.00 mensuales.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, adicionándola en el sentido de ordenar que de los sueldos debidos a Aguilar por razón de tal sentencia, se descuenten las sumas o cantidades a él pagadas como empleado de la Secretaría de Gobierno.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Anibal Badel, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Impuestos municipales. - Devolución por exceso.

Ponente: doctor Carlos Rivadeneira G.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos cuarenta y tres.

Por sentencia de 2 de septiembre de 1941, confirmada por el Consejo el 5 de diciembre del mismo año, el Tribunal Administrativo de Bogotá declaró nulo el artículo 6º del Acuerdo número 22, de 12 de marzo de 1940, que sirvió al Municipio para el cobro del impuesto predial en el primer semestre de 1941, en estos precisos términos:

“Declárase nulo el artículo 6º del Acuerdo número 22, de 12 de marzo de 1940, expedido por el Concejo Municipal de Bogotá, en cuanto el impuesto total efectivo allí establecido excede del ocho por mil y bajo las bases a que se refiere la Ley 94 de 1931 en su artículo 17, esto es, comprendiendo en este ocho por mil los servicios de alumbrado, aseo y vigilancia.”

Con base en esta sentencia, los señores Mario y Honorato Espinosas, herederos legítimos de Alejandro Espinosa, Mercedes Sierra de Pérez y Cecilia Olarte de Arango, a quienes se cobró por el primer semestre de 1941 más del ocho referido, formularon, por el exceso, las cuentas de cobro que obran a los folios 25, 26 y 27, y que son de este tenor:

“El Tesoro del Municipio de Bogotá a la señora Mercedes Sierra de Pérez debe: la suma de mil trescientos veintinueve pesos con noventa centavos, por exceso en el pago del impuesto predial en el año de 1941, según las especificaciones siguientes:

Comprobantes.	Suma pagada.	Suma que debía pagar.	Saldo a favor de la Sra. Sierra.
	\$	\$	\$
“115351	455.00	280.00	175.00
“115357	604.50	372.00	232.50
“115359	650.00	400.00	250.00
“44151	74.50	59.60	14.90
“44153	604.50	372.00	232.50
“44155	650.00	400.00	250.00
“44160	455.00	280.00	175.00
	<hr/>	<hr/>	<hr/>
	\$ 3.493.50	2.163.60	1.329.90

“El Tesoro Municipal de Bogotá a los señores Mario y Honorato Espinosa Ponce de León, personalmente y como herederos del señor Alejandro Espinosa, debe: la suma de dos mil ochocientos treinta y cinco pesos con diez centavos moneda corriente, por exceso en el pago del impuesto predial en el año de 1941, según la certificación siguiente:

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

Comprobantes.	Suma pagada. \$	Suma que debía pagarse. \$	Saldo a favor de los Sres. Espinosas. \$
"108870	90.00	72.00	18.00
"108863	57.15	50.80	6.35
"108867	728.00	448.00	280.00
"108869	119.90	87.20	32.70
"109093	2.108.70	1.420.00	688.70
	\$ 3.103.75	2.078.00	1.025.75

(Según certificado de la Tesorería Municipal).

Dirección.	Suma pagada. \$	Suma que debía pagarse. \$	Saldo a favor de los Sres. Espinosas. \$
"Calle 10, Nº 15-05/23.	733.46	448.00	285.46
"Calle 9ª, Nº 15-10/96.	733.46	448.00	285.46
"Carrera 6ª, Nº 9-36/60	733.46	448.00	285.46
"Carrera 13, Nº 37-26.	120.80	87.20	33.60
"Carrera 13, Nº 36-27.	207.94	137.60	70.34
"Carrera 13, Nº 35-75.	131.88	95.20	36.68
"Av. Caracas, Nº 36-53	2.145.98	1.420.00	725.98
"Calle 36, Nº 13 A-16.	199.49	132.00	67.49
"Carrera 13 A, Nº 37-31	91.68	72.80	18.88
	\$ 5.098.15	3.288.80	1.809.35

"El Tesorero Municipal de Bogotá a la señora Cecilia Olarte de Arango debe: la suma de ciento cuarenta y un pesos con veinticinco centavos moneda corriente, por exceso en el pago del impuesto predial en el año de 1941, según la especificación siguiente:

Comprobante.	Suma pagada. \$	Suma que debía. \$	Saldo a favor de la Sra. Olarte de Arango. \$
"39011	367.25	226.00	141.25"

A estas cuentas recayeron los autos de 10 de julio y 18 de agosto de 1942, de la Secretaría de Hacienda el primero y de la Junta Asesora de la Administración Municipal el segundo, autos que a la letra dicen:

"*Secretaría de Hacienda—Julio 10 de 1942.*

"Por medio de oficio dígame a los memorialistas que en concepto de esta Secretaría y sin entrar a decidir sobre el fondo del problema jurídico que plantea, cuando una sentencia anula un acto de carácter general, sin contemplar situaciones concretas y no ordena el reintegro de los dineros recaudados, no puede decirse que por ese solo hecho haya quedado sobre la entidad autora del acto anulado la obligación clara y exigible de hacer esos reintegros o de pagar esas indemnizaciones. El pago que hiciera el Municipio carceraria, desde el punto de vista fiscal, de fundamento real, ya que cuando mucho se trataría de una posible obligación en su contra. Hallándose en receso el honorable Con-

cejo Municipal, que es la entidad llamada a darle solución definitiva, lo indicado es esperar a que se inicien las sesiones ordinarias del próximo mes de agosto para que los memorialistas sometan el punto a su decisión.....”

“La Junta Asesora de la Administración Municipal, en uso de sus atribuciones legales, y

“CONSIDERANDO:

“Que el doctor Andrés Holguín, como apoderado de los señores Mario y Honorato Espinosa y Ponce de León y otros, ha interpuesto recurso de apelación contra la providencia de fecha 10 de julio pasado, originaria de la Secretaría de Hacienda, por la cual se negó la devolución de los dineros recaudados por concepto de impuesto predial sobre lotes no edificados, con fundamento en el artículo 6º del Acuerdo número 22 de 1940;

“Que la sentencia del Contencioso Administrativo que anuló el mencionado artículo no ordenó la devolución de los dineros recaudados por su concepto;

“Que mientras no exista una condenación de autoridad competente que imponga la obligación expresa y clara de reintegrar tales dineros, no hay fundamento fiscal para realizar el pago, y

“Que no existe una apropiación presupuestal para esta clase de desembolsos,

“RESUELVE:

“Artículo único. Confirmar en todas sus partes la providencia de fecha 10 de julio pasado, originaria de la Secretaría de Hacienda del Municipio, por la cual se negó la solicitud de los señores arriba mencionados para que les fueran reintegradas unas sumas de dinero pagadas por concepto de impuesto predial.....”

Estas dos Resoluciones, demandadas por el doctor Andrés Holguín, como apoderado de los reclamantes, junto con la de fecha 22 del mismo agosto, que niega la reposición de la última, son las sometidas hoy al estudio de esta Superioridad, por virtud de la apelación que el actor interpuso contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Bogotá, que falló en forma adversa las pretensiones del demandante, formuladas en escrito de 9 de octubre de 1942, así:

“1ª Que son nulas las tres Resoluciones acusadas, a saber: Resolución (sin número), fechada el 10 de julio de 1942, de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Bogotá; Resolución número 27, de fecha 28 de agosto de 1942, de la Junta Asesora de la Administración Municipal de Bogotá, y Resolución (sin número) de fecha 22 de septiembre de 1942, de la misma Junta Asesora de la Administración de Bogotá;

“2ª Que, como consecuencia de tales nulidades, el Tesoro Municipal de Bogotá está en la obligación de restituir a los demandantes las siguientes cantidades pagadas con exceso por concepto de impuesto predial en el año de 1941: a los demandantes Mario y Honorato Espinosa Ponce de León, la cantidad de \$ 2.835.10 moneda corriente; a la demandante Mercedes Sierra de Pérez, la cantidad de \$ 1.329.90 moneda corriente, y a la demandante Cecilia Olarte de Arango, la cantidad de \$ 145.25 moneda corriente.

“3ª Que el mismo Tesoro Municipal de Bogotá se halla en la obligación de pagar a los demandantes el valor de los perjuicios ocasionados con la retención indebida de tales sumas de dinero,

perjuicios consistentes en los intereses legales de ellas desde el día del cobro indebido hasta el día en que se haga la restitución solicitada;

“4º Que el Municipio de Bogotá debe pagar a los demandantes los gastos y costas de este juicio.....”

Para resolver, se considera:

Verdad es, como lo afirma el actor en el libelo de demanda, pues así lo demuestran las pruebas acompañadas a tal libelo, que los demandantes pagaron al Municipio de Bogotá en cuantía superior a la legalmente debida, el impuesto predial correspondiente al primer semestre del año de 1941, como es verdad, también, que las autoridades a quienes se dirigió el cobro por el exceso se denegaron a decretar la devolución de éste, pues de ello dan cuenta las resoluciones demandadas.

¿Bastan estos hechos para anular tales providencias y para ordenar la devolución pedida como consecuencia de tal nulidad?

No, en concepto de esta corporación, por las siguientes razones:

1º Porque la autoridad administrativa a quien se dirigió la cuenta de cobro, o sea la Secretaria de Hacienda Municipal, no era entonces, ni es hoy, la competente para ordenar pagos o restituciones que no han sido previamente decretados por el Concejo, con apropiación en el respectivo presupuesto de la partida suficiente para ello.

Así al menos se deduce de lo dispuesto en los artículos 206 de la Constitución, 3º de la Ley 72 de 1926, 145, 169, ordinal 3º, y 184, ordinal 16, del Código de Régimen Político y Municipal, que a la letra dicen:

“Artículo 206. No podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales o las Municipalidades; ni transferirse ningún crédito a ningún objeto no previsto en el respectivo presupuesto”.

“Artículo 3º El Alcalde de Bogotá tendrá un Secretario de Gobierno, uno de Hacienda y otro de Obras Públicas. El Secretario de Hacienda, por delegación del Alcalde, es el *ordenador de los gastos municipales de acuerdo con el presupuesto que vote el Concejo* y tendrá voz pero no voto en sus deliberaciones”.

“Artículo 145. La administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo, y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal; pero el Concejo puede confiar a cualquiera persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado”.

“Artículo 169. Son atribuciones de los Concejos:

“1º Formar el presupuesto de rentas y gastos para el servicio del Distrito.....”

“Artículo 184. Las atribuciones de los Alcaldes son las siguientes:

“Ordinal 16. Ordenar los gastos municipales de acuerdo con el presupuesto y los reglamentos de contabilidad”.

Basta lo dicho para evidenciar que los reclamantes erraron al dirigirse al Secretario de Hacienda solicitándole el reintegro de lo indebidamente pagado por ellos; y, por ende, para concluir que las resoluciones reclamadas, que sin desconocer en el fondo la deuda, niegan el pago por no ser la Secretaria la entidad encargada de hacer el reconocimiento respectivo, es estrictamente legal, como lo sería la que en idéntico sentido dictara la Personería o la Tesorería, si a ellas se hubieran dirigido los demandantes solicitando el mencionado pago.

Con razón, pues, el señor Fiscal de esta corporación, en su vista de fondo, dice lo siguiente:

“La Secretaría de Hacienda del Municipio no desconoce la deuda, ni entra a afirmar o negar que el Municipio tiene la obligación de cubrirla; se limita a declararse incompetente para resolver en el fondo el negocio y remitir a los peticionarios a la entidad que estima facultada para ello, o sea al Concejo Municipal. Su providencia no puede ser más jurídica, ya que constitucional y legalmente a los Cabildos es a quienes les corresponde la administración de los intereses del Municipio y consiguiente reconocimiento de las deudas a su cargo (artículo 145 del Código Político y Municipal) así como el ordenar su cancelación (artículo 169 *ibid*).

“Luego los actos acusados no solamente no son violatorios de ninguna disposición, sino que si ellos hubieran sido dictados en el sentido en que pretendían los peticionarios, estarían viciados de nulidad porque constituirían una clara invasión por parte de la Administración Ejecutiva dentro de las órbitas de acción de la Administración deliberante. . . .”; y

2ª Porque las sumas o cantidades cuyo reintegro se persigue no entraron al Tesoro Municipal por causa de los actos o resoluciones demandadas hoy, sino por causa de actos distintos, como lo son el artículo 69, anulado ya, y las liquidaciones que con base en él se hicieron para el cobro del impuesto, respecto de las cuales no se ha hecho valer hasta hoy recurso alguno, por lo cual no es posible, como lo pretende el actor, deducir el expresado reintegro como consecuencia de la anulación de aquéllos actos.

Por esto resulta también legal y oportuno el siguiente concepto fiscal, ya que el reintegro se persigue, claros son los términos de la demanda al respecto, como consecuencia de la anulación de un acto que no está afectado por tal vicio y que no fue el que dio lugar al cobro con exceso:

“No siendo nulas tales providencias, como al tenor del artículo 67 y concordantes del Código de lo Contencioso el restablecimiento del derecho es una consecuencia de la nulidad declarada, no es el caso, en esta sentencia, de ordenar la devolución de los impuestos que reclamen los demandantes. . . .”

A las razones anteriores bien puede agregarse la que la sentencia de primera instancia apunta como definitiva, o sea la de la prescripción de la acción administrativa para el reintegro de lo pagado de más, desde luego que es evidente, como el Tribunal lo afirma, que desde el día en que los pagos se hicieron hasta el día en que se inició la demanda, transcurrieron más de cuatro meses, y que el artículo 83, inciso 3º, señala como plazo para tal prescripción el aludido, desde la ejecución del acto, al decir como dice:

“La encaminada (la acción) a obtener una reparación por derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción”.

Sin desconocer, pues, en forma alguna las razones que asisten al demandante para sostener, como sostiene, que la anulación consagra la inexistencia del acto anulado y deja las cosas en el estado que tenían antes de la ejecución, y que no es justo ni legal que cuando hay varios obligados a una misma prestación por virtud de una norma que luego se anula, queden beneficiados aquellos que dejan de cumplir los acuerdos, leyes o reglamentos y perjudicados los que sí dan cumplimiento a lo dispuesto por las autoridades, razones que no pueden hacerse valer contra los actos demandados, ya que al respecto en ellos nada se dice, el Consejo habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida de fecha 31 de mayo del año en curso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Anibal Badel, Carlos Rivadeneira G., Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Diógenes Sepúlveda Mejía, Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Notarios.-Su destitución.

Ponente: doctor Diógenes Sepúlveda Mejía.

Consejo de Estado—Bogotá, julio seis de mil novecientos cuarenta y tres.

Isaias Londoño, vecino del Municipio de Girardota, Departamento de Antioquia, desempeñaba el cargo de Notario principal de ese Circuito; en virtud de nombramiento que se le hizo por la Gobernación de Antioquia, según aparece del telegrama de fecha 23 de diciembre de 1939, que en autos obra, y en el cual se le comunica el nombramiento por la Gobernación.

Por Decreto número 191 de la misma Gobernación, de fecha 11 de julio de 1942, por el artículo 7º, se declaró insubsistente el nombramiento de Londoño. Luégo, por el artículo 1º del Decreto 207 de 22 de julio siguiente, se nombró al señor Paul Valencia en reemplazo de Londoño para servir el cargo de Notario interino del Circuito de Girardota. Mas como éste no aceptó tal nombramiento, por el artículo 7º del Decreto 226 de 4 de agosto se designó al señor Eduardo Upegui para desempeñar el mencionado empleo.

Consideró Londoño que su destitución del cargo que venía desempeñando no se ajustaba a las normas legales, y por ello ocurrió al Tribunal Administrativo de Medellín, ante el cual demandó la nulidad de los expresados decretos. En consecuencia, solicitó que se le restableciera en el cargo de Notario del Circuito de Girardota, "previa la indemnización correspondiente, por razón del tiempo que con motivo del Decreto de destitución ha estado fuera del empleo".

El Tribunal Administrativo, en sentencia de fecha diez y seis de diciembre del pasado año, desató la litis en la siguiente forma:

1º Es nulo el artículo 7º del Decreto número 191 de 11 de julio del año en curso, proferido por la Gobernación de este Departamento, y

2º No hay lugar a hacer las otras declaraciones pedidas en la demanda.

Contra esta providencia han apelado tanto el demandante como el señor Fiscal. Y como se ha llenado la tramitación de rigor en esta segunda instancia, es llegado el momento de ponerle fin, a lo cual se procede mediante las siguientes breves consideraciones:

Como lo anota la sentencia recurrida, es evidente que los Notarios no pueden ser removidos de sus cargos sino por causas legales. A los Gobernadores corresponde hacer los nombramientos respectivos, de conformidad con la atribución contenida en el artículo 127, ordinal 36, de la Ley 4ª de 1913. Asimismo pueden tales funcionarios suspender a los Notarios de acuerdo con las leyes sobre la materia y nombrar los interinos cuando falten los principales y suplentes.

Dice así esta disposición:

"Nombrar en propiedad de ternas pasadas por los respectivos Tribunales, los Registradores de Instrumentos Públicos y los Notarios, suspenderlos de acuerdo con las leyes sobre la materia, y nombrar Notarios y Registradores interinos cuando falten los principales y suplentes."

De conformidad con el Decreto número 39 de 1905, "Los Notarios y Registradores pueden ser removidos por los Gobernadores, no obstante la determinación de periodo para que hayan sido nombrados, por causa justificativa, debidamente comprobada".

Del contexto de estas disposiciones, que la sentencia de primer grado comenta en forma acertada, se desprende, sin lugar a duda, que los Gobernadores no pueden hacer destituciones de plano en cuanto se trate de Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos, sino que la facultad que para ello tienen es reglada, pues que tiene que haber causa justificativa debidamente comprobada.

El Tribunal de primera instancia se expresa a este respecto de la siguiente manera:

"De suerte que a pesar de ser fijo el periodo de duración del empleo de Notario Público, como se dijo antes, pueden los Gobernadores removerlos, por motivos que justifiquen la destitución o la violación de las leyes en el desempeño de sus funciones, mediante hechos palpables que así lo determinen, cuales serian, por ejemplo, los resultantes de desobedecer la prescripción contenida en el artículo 2256 del Código Civil, que dice: 'Prohibese a los Notarios el que se encarguen de la gestión particular u oficial de negocios ajenos....' O la indicada en el artículo 2562 del mismo Código, así: 'Prohibese al Notario la autorización de escrituras o instrumentos peculiares a su oficio, de los cuales resulte algún provecho directo al mismo Notario o a sus ascendientes, descendientes, etc....' O en fin, por cualquier otra circunstancia que haga indispensable o necesaria la remoción, pero en todo caso debe expresarse por el Gobernador la causa en que se funde para la destitución, si es que ella está sometida a su propio criterio en guarda de apreciar la gravedad de los hechos denunciados en contra del Notario y habrá de expresarlo así en los considerandos del decreto sobre insubsistencia del nombramiento o en resolución distinta, pero siempre en el sentido de darle al empleado campo a la defensa, sea destruyendo las pruebas que le hayan servido de base al Gobernador para su declaratoria, o intentando contra ella algún recurso legal. La suspensión autorizada por la Ley 4ª de 1913 tiene lugar cuando sea preciso despojar al funcionario de su investidura, a fin de que como ciudadano común atienda a las exigencias de las leyes penales o policivas."

El señor Fiscal de la corporación está de acuerdo en lo relativo a la anulación del Decreto que declaró insubsistente el nombramiento de Londoño. Mas como la sentencia del Tribunal de Medellín se abstuvo de decretar la anulación de las disposiciones de los demás decretos que han sido objeto de acusación, este funcionario opina así:

"Nulo el Decreto 191, necesariamente tienen que serlo también el 207 y 226, ya que son consecuencia del primero de los Decretos citados; invocándose el contencioso de plena jurisdicción, al comprobarse la lesión de derechos, para que este recurso tenga total cumplimiento, el restablecimiento del derecho violado, comporta e impone forzosamente la anulación, no sólo del acto que directamente violó la norma superior y lesionó el derecho particular, sino de todos aquellos que siendo una consecuencia inmediata de éste impidan con su vigencia el restablecimiento completo de los derechos legítimamente reclamados."

Cita el señor Fiscal en apoyo de su tesis la reciente sentencia del Consejo, por medio de la cual al decretarse el restablecimiento del doc-

tor Hernando Navia al cargo de Abogado de Petr6leos del Ministerio de Minas y Petr6leos, se anul6 igualmente el Decreto por el cual se hizo la designaci6n de otra persona para reemplazar al doctor Navia, como una consecuencia necesaria para que el restablecimiento del derecho no resultara inoperante.

En el caso que se contempla, es indudable que si no se anulan los decretos dictados por la Gobernaci6n de Antioquia, por los cuales se hicieron nombramientos para desempeñar el cargo de Notario del Circuito de Girardota, especialmente el 6ltimo, recaido en la persona del sefior Eduardo Upegui, se tendria que Londoño no podria entrar a desempeñar nuevamente el cargo del cual se le destituy6 ilegalmente, pues estaria en presencia de un empleado que se consideraria con derecho a seguir desempeñando el puesto por no haberse anulado el Decreto por el cual se le hizo el nombramiento respectivo.

El caso es, pues, bastante claro, ya que se trata de la acci6n consagrada por el articulo 67 de la Ley 167 de 1941, de la del contencioso de plena jurisdicci6n, y no de la simple acci6n de nulidad, por lo cual es procedente la anulaci6n de las disposiciones de los Decretos acusados, en la forma pedida por el demandante.

En cuanto a la parte referente al pago de la indemnizaci6n que el demandante solicita por raz6n del tiempo en que ha estado fuera del cargo, por causa del Decreto que declar6 insubsistente su nombramiento como Notario, el Consejo no podr6 hacer ninguna declaraci6n por no haberse establecido dentro del juicio el monto exacto de lo reclamado y por tratarse de emolumentos que son sufragados por el p6blico y no por el Estado.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, de acuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la Rep6blica de Colombia y por autoridad de la ley, *falla*:

Ref6rmase la sentencia del Tribunal Administrativo de Medellin, de fecha diez y seis de diciembre del año pasado, en el sentido de declarar, como en efecto lo hace, la nulidad del articulo 1º del Decreto 207 de 22 de julio y articulo 7º del Decreto 226 de 4 de agosto de 1942, expedidos por la Gobernaci6n del Departamento de Antioquia.

C6piese, notifiquese, publíquese y devu6lvase al Tribunal de origen.

Tulio Enrique Tasc6n, Di6genes Sep6lveda Mejia, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Gustavo A. Valbuena.—Luis E. Garcia V., Secretario.

Exoneración de alcance.

Ponente: doctor Diógenes Sepúlveda Mejía.

Consejo de Estado—Bogotá, julio trece de mil novecientos cuarenta y tres.

Guillermo Paredes Pardo, a quien por providencia de la Contraloría General de la República número 1863, de 12 de agosto de 1940, se elevó un alcance por la cantidad de quinientos setenta y tres pesos con ochenta y un centavos en su condición de Cajero de la Administración de Hacienda Nacional del Cauca, solicitó de aquella entidad el beneficio de exoneración de que trata el artículo 43 de la Ley 42 de 1923.

La Contraloría, por resolución de doce de noviembre de 1942, negó la exoneración solicitada, y de tal providencia ha apelado para ante esta corporación el expresado señor Paredes, por medio de su apoderado, doctor Eustorgio Sarria.

El responsable dejó de contabilizar, según aparece de autos, la cantidad de \$ 573.81, así: por concepto de embargos judiciales deducidos a los señores Gerardo Moreno, Manuel D. Maya, Ezequiel Murillo, M. A. Valencia, Teófilo Bejarano, Antonio Gaitán, Elías A. Ortiz, Ramón Córdoba y Uldarico Arizabaleta \$ 399.85

Por derechos de aduana pagados sobre encomiendas postales 110.17
Por estampillas dejadas de adherir 16.30
Por remesas 47.49

\$ 573.81

Esta suma fue luego reducida a la cantidad de \$ 548.31, como alcance definitivo en contra del expresado señor Paredes Pardo.

El fundamento de la solicitud del señor Paredes está concretado en el siguiente párrafo de su demanda:

“En los meses de noviembre y diciembre del año de 1936 y en los anteriores a éstos me hallaba sufriendo una grave dolencia, que en concepto de los médicos expertos Antonio J. Lemos Guzmán y Reinaldo Coronel, determinó en mi persona una falta de control volitivo y, por lo mismo, un estado de manifiesta irresponsabilidad que me colocó fuera de la zona de mi conducta normal.”

Con los dictámenes de los médicos mencionados, establece el peticionario que no se hallaba en el uso total de sus facultades mentales cuando ocurrieron los hechos que dieron lugar a que se le hiciera responsable de las sumas cuya falta se notó al abrirse la caja de la oficina puesta a su cuidado. Pero para la Contraloría General de la República no es suficiente la demostración que hace desprender de esos dictámenes que podría servir “para eximir al ciudadano señor Paredes de la responsabilidad sobre un hecho o hechos criminosos que, a decir verdad, no se ve por parte alguna, dice la Contraloría, pero no para liberar-

lo de una deuda que le fijó un alcance ejecutoriado, de cuyo derecho de exoneración no se encuentra prueba suficiente”.

Al expediente se han hecho venir por el interesado algunos documentos, entre los cuales se halla la copia de la sentencia del Juzgado 1º Superior de Popayán, que declaró extinguida la acción penal, por prescripción, en el juicio criminal adelantado contra el señor Paredes, así como algunas declaraciones en el sentido de establecer que el mencionado señor hacía anticipos de dinero a empleados por medio de vales que recogía al pagar los sueldos, así como el acta de arqueo y entrega de la Caja y Almacén de Especies Venales de la Administración de Hacienda Nacional del Cauca al salir de su empleo el señor Paredes.

La tesis de la Contraloría General de la República es, pues, la de que los hechos alegados por el señor Paredes como elementos para decretar la exoneración solicitada, pueden servir para hacerse valer ante la justicia ordinaria en juicio criminal; pero que para los efectos de la responsabilidad fiscal no pueden ser tenidos en cuenta. Que la deuda en favor del Fisco no puede desaparecer, aun cuando se demuestre que el empleado en cuyas manos se hallaba el manejo de los caudales públicos no se encontraba en el uso cabal de sus facultades mentales cuando se notó la falta de los valores que constituyen el alcance deducido en contra del señor Paredes, por no haber sido contabilizada por el responsable.

Según los términos del artículo 43 de la Ley 42 de 1923, ningún empleado o agente del Gobierno encargado del recibo, desembolso o administración de fondos o bienes nacionales, quedará exento de responsabilidad por la pérdida, hurto o depreciación de tales haberes, mientras el Contralor General no lo haya exonerado de los cargos.

La exoneración es una gracia establecida en favor de los responsables del Erario que, en determinadas circunstancias, y cuando ocurren los casos del artículo 43 de la Ley 42 de 1923, se encuentran en condiciones de poder establecer su absoluta falta de culpabilidad en los hechos que han dado origen al alcance que se les ha deducido; lo que quiere decir que es necesario demostrar que la culpa es de distinta persona o que el hecho se ha operado contra la voluntad del obligado, como en los casos de fuerza mayor, que no ha sido posible evitar. Pero es preciso que se trate de los casos señalados por la ley para que proceda la exoneración.

Al respecto dijo el Consejo de Estado en sentencia de 23 de mayo de 1939 lo siguiente:

“No hay duda de que conforme a la Ley 42 de 1923, en su artículo citado, el Contralor General de la República sólo puede exonerar de alcances deducidos contra los responsables del Erario Nacional cuando ocurre alguno de los eventos señalados expresamente en la mencionada disposición: pérdida, merma, hurto o depreciación de los haberes que originan el cargo.”

Por medio de la Resolución reglamentaria número 130 de 1939, la Contraloría General de la República señaló los requisitos que deben llenarse por los responsables que aspiren a obtener el beneficio establecido por la ley. Y como no hay otra norma sobre el particular, es forzoso acomodarse a sus disposiciones. De su contexto se desprende, claramente, que las comprobaciones deben tender, necesariamente, a establecer los hechos que han dado lugar a la pérdida, hurto, merma o depreciación de los bienes puestos al cuidado de los empleados de manejo.

En el caso presente ocurre que el peticionario no aduce ningún elemento que pueda servir de base para decretar la gracia solicitada. Toda su causa gira en torno del hecho de no haberse hallado, en la época en que manejaba los dineros públicos como Administrador de Hacienda

Nacional del Cauca, en su entero y cabal juicio; es decir, que ha tratado de demostrar su inculpabilidad, por falta de conocimiento; pero en forma alguna ha procurado explicar las deficiencias anotadas en sus cuentas, que fueron base para formularle el alcance respectivo. Por eso observa con sobrada razón la Contraloría, que el hecho alegado puede servir de base para que el Congreso le decrete la respectiva condonación; pero en ningún caso para que se le exonere de los cargos que como responsable del Erario pesan sobre él. Esta responsabilidad de orden puramente fiscal no puede ni debe confundirse con la responsabilidad criminal, pues bien se comprende que para eximirse ésta si pudo serle útil la comprobación de no haberse hallado en su entero y cabal juicio cuando desempeñaba el puesto de Administrador de Hacienda del Cauca, y ocurrieron las deficiencias de que hoy se le hace responsable.

Los elementos probatorios traídos al juicio son, en efecto, de escaso valor. La sentencia del Juzgado 1º Superior de Popayán, en lugar de constituir una prueba en favor del señor Paredes, se limita a declarar la prescripción de la acción criminal, por el transcurso del tiempo, lo que no puede considerarse como factor favorable a las pretensiones del responsable. Tampoco tiene fuerza el hecho de no ser posible obtener los archivos para efectuar el estudio de las cuentas que se considera importante para el esclarecimiento de la responsabilidad del señor Paredes, si se tiene presente que la Contraloría anota la circunstancia de que a su antecesor, señor Arboleda, le fueron fenecidas satisfactoriamente sus cuentas, declarándosele libre de responsabilidad fiscal, por lo cual le fue cancelada su caución. Ni vale como argumento que en el acta de arqueo y entrega de la Caja que obra en autos, no aparezcan las firmas del Cajero saliente ni la del empleado entrante, porque hay constancia de que a la diligencia concurrió la señora esposa de Paredes, fiadora, en representación de éste, lo que hace presumible que se enterase convenientemente de los datos que tal diligencia arrojó en contra de aquél, aun a pesar de no haber firmado ésta tampoco la diligencia. Esta circunstancia es más bien desfavorable para sus pretensiones. La única probanza de mérito es la que establece la buena conducta del responsable, que apenas es un elemento entre los que exige el numeral g) del artículo 3º de la Resolución número 130 de 1939, bajo cuyo imperio se inició el juicio. (Hoy rige la materia la Resolución 459 de 1942).

Verdad es que, tanto para decretarse una condonación como para la exoneración, deben obrar graves motivos de justicia. Pero, con todo, hay una gran diferencia entre una y otra cosa, porque la primera, no obstante que es una facultad reglada del legislador, envuelve una manifestación de voluntad propia del Congreso, cuando conoce los motivos de justicia, cuya comprobación se establece por los medios que señala la Ley 94 de 1928 y, entonces, procede a remitir o perdonar la deuda ya declarada en favor del Tesoro; en tanto que la Contraloría, sujeta al procedimiento que se traza en la Resolución reglamentaria número 130 (hoy rige la materia la Resolución número 459 de 1942), solamente cuando se acredita en forma completa que la responsabilidad está radicada sobre terceras personas o que han obrado factores externos que acusen inculpabilidad plena, llenando su misión simplemente fiscalizadora, declara que no existe esa responsabilidad y procede a dictar su providencia de exoneración cuando se trata de la pérdida, merma, hurto o depreciación de los haberes puestos al cuidado de los empleados de manejo. Y ya se ha visto que en el presente juicio no se trata de ninguno de los casos contemplados en el artículo 43 de la Ley 42, pues ni siquiera se ha alegado la pérdida de los valores, ni su depreciación o merma. Simplemente tales dineros, que debieron entrar a la Caja de la Administración de Hacienda del Cauca, dejaron de relacionarse en

las cuentas del responsable, sin que se dé como explicación exculpativa otra distinta del hecho de no hallarse en el pleno uso de sus facultades el cuentadante.

Por las razones expuestas, de acuerdo con su Fiscal, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la Resolución apelada.

Notifíquese, cópiese y devuélvase. /

Tulio Enrique Tascón, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Gustavo A. Valbuena.—Luis E. García V., Secretario.

Presupuestos. - Reducción de partidas.

Ponente: doctor Diógenes Sepúlveda Mejía.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto diez de mil novecientos cuarenta y tres.

El 27 de noviembre de 1941, el señor Juan Guzmán demandó ante el Tribunal Administrativo de Cartagena, por medio de su apoderado, el doctor Luis Carlos Rico, la nulidad del numeral 71, capítulo 2 (jubilaciones) del artículo 2º de la Ordenanza número 26 de 1941, sobre presupuesto de rentas y gastos del Departamento de Bolívar, expedida por la Asamblea Departamental para la vigencia fiscal comprendida entre el 1º de julio de 1941 y el 30 de junio de 1942. Demandó, igualmente, el numeral 69 del capítulo 31, sobre jubilaciones, del Decreto número 152 bis, de la Gobernación, por el cual se hizo la liquidación del mencionado presupuesto, todo ello porque, en los citados numerales, la pensión de cincuenta pesos, que como maestro de escuela le fue decretada por la Ordenanza número 26 de 1934, aparece con una apropiación de sólo cuarenta pesos (\$ 40.00).

Tramitada la primera instancia, el Tribunal, en sentencia de 2 de abril de este año, accedió a las peticiones de la demanda y, por tanto declaró nulos los numerales de los expresados Ordenanza y Decreto, que fueron acusados "en cuanto dichas disposiciones reducen a cuarenta pesos. (\$ 40) la pensión de Juan Guzmán L."

Como consecuencia de esta nulidad, dice el fallo, "el Departamento de Bolívar pagará a Juan Guzmán L. la parte de su pensión que dejó de pagarle por razón de la rebaja hecha mediante las disposiciones cuya nulidad se decreta, a partir del 1º de julio de 1941, hasta cuando dicha pensión sea restituida a su monto primitivo de cincuenta pesos. (\$ 50.00) mensuales."

Contra esta providencia ha interpuesto el Fiscal del Tribunal el recurso de apelación, y como esta segunda instancia ha sido tramitada en forma legal, es llegado el momento de dictar el respectivo fallo, lo cual va a hacerse previas algunas consideraciones que sirvan para fundamentarlo.

Se considera:

Estudia la sentencia de primer grado, como cuestión previa y en tesis general, el alcance de las disposiciones del presupuesto en presencia de las anteriores, contenidas en ordenanzas sustantivas, para establecer si éstas pueden ser modificadas por aquéllas. Mas este punto es obvio, si se atiende al carácter propio de todo presupuesto que, en definitiva, no es sino la necesaria ordenación encaminada a regular los gastos públicos para acomodarlos a las entradas fiscales. El presupuesto es el acto-condición por excelencia que realizan las corporaciones legislativas, Congreso y Asambleas, esto es, la condición necesaria para que una vez decretado un gasto pueda efectuarse, ya que si no se halla dentro del presupuesto la partida correspondiente asignada para atender a él, no podrá hacerse efectivo. Por lo tanto, se comprende que, no siendo el presupuesto ordenanza sustantiva, puesto que se limita ordinariamente a incorporar los ingresos probables, así como los respec-

tivos egresos relativos a un ejercicio fiscal para dar cumplimiento a los mandatos de carácter sustantivo, la no inclusión de una partida dentro de él no implica derogatoria o modificación alguna de la disposición que establece el gasto.

La Ordenanza número 26 de 1934, por medio de la cual la Asamblea de Bolívar decretó una pensión de jubilación al señor Juan Guzmán L. por sus servicios en la educación pública, se halla vigente y, por tanto, es de obligatorio cumplimiento, no importa que su expedición no se haya conformado a lo dispuesto por el artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, que para el efecto de que las Asambleas puedan ejercer la facultad de decretar pensiones, requiere que previamente se expida la ordenanza reglamentaria de que habla el inciso segundo del ordinal 4º del mentado artículo, y que, por lo tanto, implica que no pueden decretarse tales jubilaciones en forma de gracia o beneficio en favor de determinadas personas, sino en forma general, impersonal. Mas como no es la dicha Ordenanza la que se halla *sub judice*, el Consejo parte de la base de que ella es válida y, por tanto, de obligatorio cumplimiento.

No viene al caso estudiar en este fallo el carácter de las jubilaciones para tratar de establecer si ellas constituyen o nó derechos adquiridos, tal como lo sostiene la sentencia de primera instancia, en oposición al concepto de esta corporación, reafirmado en diversos fallos, que es el mismo de la honorable Corte Suprema, reiteradamente sostenido en múltiples decisiones. Por tanto, no es preciso, para los efectos de esta sentencia, entrar a rebatir las argumentaciones muy extensas que al respecto se hacen en la providencia que es materia de esta apelación.

Si la Ordenanza sustantiva que decretó la pensión de cincuenta pesos (\$ 50) mensuales en favor del demandante señor Guzmán L., no ha sido modificada en el sentido de disminuir esa cuantía, sino que simplemente en la Ordenanza de presupuesto no se incorporó la partida suficiente para atender al pago del gasto ordenado, lo que debe analizarse es, simplemente, si por tal hecho hay una violación del mandato de la Ordenanza sustantiva, y procede, por tanto, la anulación del renglón presupuestal respectivo.

Sentado, como está, que el Presupuesto no deroga ni modifica las disposiciones sustantivas que decretan gastos, siguiese, como obligado correlario, que la no inclusión de una partida en aquél, aun en forma total, no envuelve violación legal alguna, porque de ninguna manera podría aceptarse que el acto administrativo que realiza la Asamblea para establecer el equilibrio entre los ingresos y los gastos, como objetivo primordial y en virtud de atribución constitucional, podría llegar a ser nulo por considerarse, en cualquier momento, que sea preciso restringir los egresos para acomodarlos a las posibles entradas. Con distinto criterio se llegaría a la fácil conclusión de que son nulos, en el orden nacional, casi todos los presupuestos expedidos en los últimos años y quizás los de muchos años atrás, ya que puede aseverarse, sin lugar a duda, que no han cabido jamás dentro de ellos todas las partidas necesarias para atender a los gastos decretados, inclusive las referentes a gastos de la misma índole del que es materia de este juicio.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal, *falla*:

Revócase la sentencia del Tribunal Administrativo de Cartagena, de dos de abril del presente año, y, en su lugar, *niéganse* las peticiones de la demanda.

Notifíquese, cópiese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Anibal Badel, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carveño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Elecciones. - Irregularidades.

Ponente: doctor Diógenes Sepúlveda Mejía.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y tres.

Aurelio Tobón, en demanda presentada el día 29 de abril del presente año ante el Consejo de Estado, demandó la nulidad parcial y la rectificación de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Tolima el 10 del mismo mes, con ocasión de las elecciones para Representantes al Congreso Nacional por la Circunscripción Electoral de Ibagué.

Sus peticiones son las siguientes:

Primera. Que son nulos los registros de los Jurados de Votación que funcionaron en el Corregimiento de El Limón (Municipio de Chaparral), y que los votos contenidos en dichos registros deben excluirse del cómputo general de votos practicado por el Consejo Electoral del Tolima el día 10 de los corrientes.

Segunda. Que deben rectificarse los cómputos del Consejo Electoral contenidos en el acta de fecha 10 de los corrientes, a fin de corregir las irregularidades en que incurrió esta corporación al computar los votos obtenidos por la lista encabezada por el señor Gonzalo Pradilla en los Municipios de Ambalema, Armero, Ataco, Cajamarca, Coello, Coyaima, Chaparral, Espinal, Fresno, Honda, Lérica, Libano, Mariquita, Natagaima, Ortega, Prado, Purificación, Venadillo y demás en que aparezcan votos a favor de la misma lista.

Como hechos fundamentales de la demanda adujo los siguientes:

1º Que el Consejo Electoral del Tolima, en los escrutinios que verificó el día 10 de abril, incluyó en los cómputos generales del Departamento el registro aparejado por el Jurado Electoral de Chaparral.

2º Que en el Corregimiento de El Limón, de dicho Municipio, aparecen funcionando tres (3) mesas de votación, pero las actas de las elecciones y escrutinios no fueron firmadas por los miembros de los Jurados de Votación, lo que las hace nulas, de conformidad con el artículo 195 del Código de lo Contencioso-Administrativo.

3º Que, además de otras irregularidades, las actas y papeletas de los tres citados Jurados de Votación de El Limón se mezclaron en un solo sobre, junto con las de Diputados a la Asamblea, y así fueron enviadas al Jurado Electoral del Municipio, lo que las hace nulas, conforme al ordinal 3º del artículo 195 citado.

4º Que el Jurado Electoral de Chaparral, en lugar de excluir esos registros de los cómputos totales, con la previa declaración de nulidad, resolvió incluirlos y luego los remitió con los demás documentos de las elecciones al Consejo Electoral del Departamento, para que esta entidad declarara la invalidez de los registros, según el testimonio de los miembros del citado Jurado, señores Carlos A. Suárez, Rafael Vanegas, Santos Ayala y Francisco Echandía.

5º Que en el acto de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Tolima, se contabilizó un total de 2.960 votos por la lista de candidatos encabezada por el señor Gonzalo Pradilla para Representante a la Cámara.

6º Que la mencionada lista sólo obtuvo en el Departamento una cifra de 2.805 votos o menos, de conformidad con los resultados de los escrutinios practicados por los Jurados el día de las elecciones y los que celebraron el 25 de marzo los Jurados Electorales Municipales.

7º Que la dicha cifra es la que figura en los cómputos de la Gobernación, con vista de las actas, comunicaciones y demás documentos enviados por los Jurados de Votación, los Jurados Electorales de los Municipios y las comunicaciones de los Alcaldes; y

8º Que para obtener el resultado de 2.960 votos en favor de la lista del expresado doctor Pradilla, el Consejo Electoral Departamental computó, irregular e indebidamente, a dicha lista, un número superior de votos al que realmente obtuvo.

A su turno, el señor Gonzalo Pradilla, vecino de Armero, en escrito de fecha 7 de mayo siguiente, demandó, igualmente, la nulidad parcial y rectificación de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral del Tolima el día 10 de abril próximo pasado, y pidió que se hicieran las siguientes declaraciones:

Que son nulos los registros de los Jurados de Votación que funcionaron en la Inspección de Policía "La Aurora", del Municipio de Cunday; en la Inspección de Policía de Herrera, del Municipio de Chaparral; en la Inspección de Policía de Palocabildo, del Municipio de Falan; en la Inspección de Policía de Guarumo, del Municipio de Herveo; en la de Corazón, Municipio de Rovira; en la Inspección de Playarrica, Municipio de San Antonio; en la de Roncesvalles, del Municipio de San Antonio; que es nulo el registro del Jurado Electoral del Municipio de Alvarado; que lo son igualmente los de los Jurados de Votación números uno (1), tres (3), cuatro (4), cinco (5), seis (6), siete (7) y ocho (8) del mismo Municipio; lo mismo que los registros de los Jurados de Votación de La Palmita, del Municipio de Natagaima, y de Las Mercedes, del Municipio del Guamo;

Que deben rectificarse los cómputos del Consejo Electoral contenidos en el acta del 10 de abril del presente año, a fin de corregir las irregularidades en que al hacer el recuento de los votos emitidos en las elecciones de Representantes por las listas encabezadas por Alfonso Bonilla Gutiérrez, Carlos Antonio Lis y Gonzalo Pradilla, incurrieron los Jurados de Votación que funcionaron en los Municipios siguientes: Ibagué, Libano, Venadillo, Espinal, Guamo, Suárez, San Antonio, San Luis, Rovira, Alpujarra, Ortega, Mariquita, Ataco, Purificación, Villahermosa, Cunday, Icononzo, Dolores, Santa Isabel y demás en que aparecen votos por las listas referidas.

Como hechos fundamentales de su demanda anotó los siguientes:

Que el Consejo Electoral del Tolima incluyó en los cómputos generales del Departamento el registro del Jurado Electoral del Municipio de Cunday; que en dicho Municipio funcionaron mesas de votación sin la previa autorización del Consejo Electoral en el Corregimiento de La Aurora; que en sesión de 10 de marzo de este año, el dicho Consejo negó el permiso para colocar mesas de votación en ese Corregimiento, por medio de providencia comunicada en telegrama de 11 de marzo; que por esa resolución el Consejo Electoral derogó cualquiera otra sobre la materia;

Que el Consejo Electoral del Tolima incluyó en los cómputos generales del Departamento los registros de los Jurados Electorales de los Municipios de Falan, Herveo, Rovira, San Antonio, Natagaima, Guamo, por haber funcionado mesas de votación en los Corregimientos de Palocabildo, del Municipio de Falan; Guarumo, del Municipio de Herveo; Co-

razón, del Municipio de Rovira; Playarrica y Roncesvalles, del de San Antonio; La Palmita, de Natagaima, y Las Mercedes, del Municipio del Guamo, sin autorización o permiso del Consejo Electoral Departamental;

Que en las mesas de votación números 1, 3, 4, 5, 7 y 8 del Municipio de Alvarado se cometieron irregularidades diversas, tales como la de enviar el registro de los electores sin la firma de los Jurados (Jurado 3°); de enviar sin la firma del Jurado el registro de los que votaron sin certificado (Jurado número 4); de enviar sin la firma del Jurado el registro de los sufragantes (Jurados números 5, 6 y 7). Que en el registro del Jurado número 7 del Municipio de Alvarado aparecen votando individuos que no figuraban ni en el censo permanente ni en la lista de certificados, y que lo mismo ocurrió en el Jurado número 8, en donde votó el señor Salvador Merchán con la cédula número 153167, de Viotá;

Que según la Circular telegráfica de 23 de marzo de 1943, dirigida por el Secretario de Gobierno a los Alcaldes, Inspectores y Corregidores, la lista encabezada por Gonzalo Pradilla obtuvo 2.863, faltando todavía algunos datos que aumenten esa cifra, y que según datos publicados por la prensa de Bogotá, la lista del señor Pradilla alcanzó cerca de 3.000 votos;

Que posteriores datos de la Gobernación solamente atribuyen a su lista la cifra de 2.805 votos;

Que, en fin, en varios Jurados de Votación y Jurados Electorales no se computaron todos los votos obtenidos por el demandante.

En el juicio instaurado por Aurelio Tobón se hizo parte como opositor el expresado señor Pradilla, y en el que inició éste figura como opositor el señor Tobón. Ambos se han tramitado en legal forma y es llegado el momento de fallarlos, lo que se hará en una sola sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 229 de la Ley 167 de 1941.

Todas las pruebas pedidas por las partes fueron decretadas y practicadas, inclusive una inspección ocular sobre las papeletas que sirvieron para las elecciones verificadas en el Departamento del Tolima el 21 de marzo pasado, prueba que, no obstante haber sido negada por el sustanciador, la Sala ordenó que se llevara a cabo. La diligencia se efectuó en presencia de testigos actuarios y su resultado consta en el acta que con tal motivo hubo de levantarse.

Demanda de don Aurelio Tobón.

En este juicio son dos las cuestiones primordiales planteadas por la demanda, a saber:

Primera. Que en el Corregimiento de El Limón, Municipio de Chaparral, hubo tres mesas de votación cuyos registros carecen de la formalidad de las firmas de los miembros del Jurado de Votación, y que sin embargo fueron computados por el Jurado Electoral Municipal de Chaparral al hacer el escrutinio de los votos consignados en ese Municipio, y

Segunda. Que el Consejo Electoral del Tolima, al verificar el escrutinio general con motivo de las pasadas elecciones para Representantes al Congreso, atribuyó y computó irregularmente los votos emitidos en favor de la lista encabezada por el señor Gonzalo Pradilla, los cuales solamente alcanzaron a la cifra de dos mil ochocientos cinco (2.805) en lugar de dos mil novecientos sesenta (2.960), que es la que aparece en el cuadro formado por el Consejo Electoral.

Se considera:

Para establecer el primero de los hechos de la demanda del señor Tobón, esto es, el relativo a la carencia de las firmas de los miembros del Jurado de Votación en las actas correspondientes a tres mesas del Corregimiento de El Limón, el demandante hizo venir al expediente los

testimonios de los señores Carlos A. Suárez, Rafael Vanegas, Santos Ayala y Francisco Echandia, rendidos ante el Alcalde Municipal de Chaparral, y que luego fueron ratificados ante el Juez Promiscuo del Circuito de Chaparral, con excepción del señor Francisco Echandia.

En efecto, de las declaraciones de los expresados señores se desprende que los registros correspondientes a tres mesas de votación instaladas en el Corregimiento de El Limón, llegaron al Jurado Electoral Municipal sin las firmas que la ley exige y que los votos de las tres mesas venían confundidos en un mismo sobre. Las afirmaciones de los deponentes tienen, fuera del valor legal, el muy significativo de que todos ellos actuaron como miembros del Jurado Electoral del Municipio de Chaparral.

Pero acontece que también han venido al expediente las actas originales de los escrutinios verificados en El Limón y en ellas aparecen las firmas de quienes intervinieron en su elaboración. De modo que resulta realmente inexplicable que sean los mismos miembros del Jurado Electoral del Municipio de Chaparral quienes aseveran que tales documentos llegaron sin las firmas de los miembros de los Jurados de Votación, y que, no obstante esto, los mismos declarantes no hubieran hecho ninguna observación en el momento de verificar el escrutinio y los hayan computado como válidos. Algo muy extraño hay en este hecho. Porque si, como lo afirman los declarantes, es verdad que los registros llegaron al Jurado Electoral sin las firmas correspondientes, es posible que ellas hayan sido puestas con posterioridad a los escrutinios, cosa a todas luces irregular, o que sencillamente tal deficiencia no haya ocurrido sino respecto de la copia que se envió al Jurado, y no con respecto a las que fueron remitidas al Tribunal Administrativo de Ibagué y a la Gobernación.

También aseveran los declarantes que las boletas de votación de las citadas mesas llegaron confundidas o mezcladas entre sí, lo que comporta una irregularidad que da lugar a que se le considere dentro de la disposición del artículo 195 de la Ley 167 de 1941, que expresa que son nulos los registros de los Jurados de Votación cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores, o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o se hayan perdido o destruido éstas por causa de violencia.

Pero esta aseveración no tiene fundamento serio por cuanto los mismos declarantes no hicieron observación alguna sobre este hecho en el momento de los escrutinios y, además, como lo observa el señor Fiscal de la corporación, el caso contemplado por el artículo 195 de la Ley 167 de 1941, se refiere a ocurrencias provenientes de violencia o fuerza que puedan dar lugar a que se destruyan, mezclen con otras o se pierdan las papeletas que han servido para la votación.

Para el Consejo, esta parte de la acusación no presta fundamento atendible para dejar de computar los votos a que se refieren los registros aludidos, porque, como se ha dicho, en las actas que ha tenido a la vista esta corporación sí aparecen las firmas de los miembros de los Jurados de Votación, y esos documentos, así expedidos, tienen todo el valor probatorio que la ley les asigna. Bien entendido que es posible que el ejemplar enviado al Jurado Electoral de Chaparral hubiera carecido de tales firmas, en cuyo caso debió ser rechazado por éste en el momento del escrutinio; pero para los efectos de la demanda, este factor no cuenta en presencia de las actas originales que han venido a los autos.

Si hubo otras irregularidades de aquellas que no afectan la validez de la elección como la falta de las firmas del Jurado en las listas de sufragantes, etc., no es éste el lugar de examinarlas, puesto que el hecho anotado en la demanda es el de no haberse firmado las actas o registros de votación de las mesas que funcionaron en el Corregimiento de

El Limón, del Municipio de Chaparral, es forzoso desestimar tal hecho como causal de nulidad de los expresados registros.

Segunda cuestión. Que el Consejo Electoral del Tolima computó en favor de la lista del señor Gonzalo Pradilla un número mayor de votos del que realmente obtuvo.

Para acreditar este hecho se han traído al expediente todas las actas de los Jurados Electorales de los Municipios del Departamento y, además, las copias de los ejemplares que fueron remitidos al Tribunal Administrativo de Ibagué y a la Gobernación del Departamento. Sobre esta documentación, que no ofrece discrepancias en lo que respecta a las cifras respectivas, y sobre la base de la autenticidad de tales documentos que son los mismos que debieron servir para la verificación de los escrutinios generales, el Consejo ha llegado a establecer, en forma evidente, que las cifras asignadas a los Municipios de Ambalema, Coello, Coyaima, Chaparral, Espinal, Fresno, Honda, Libano, Mariquita, Natagaima y Purificación, no coinciden con las que arrojan las respectivas actas. En efecto, se observan las siguientes diferencias:

	Cuadro del Consejo Electoral.	Datos de los registros.	Diferencia.
Ambalema	33	23	10
Coello	128	98	30
Coyaima	242	232	10
Chaparral	542	532	10
Espinal	72	62	10
Fresno	201	191	10
Honda	167	158	10
Libano	171	161	10
Mariquita	171	161	10
Natagaima	90	80	10
Ortega	55	60	—5
Purificación	170	130	40
			160—5=155

Diferencia en estos registros: 155 votos, que es la misma anotada en la demanda entre las cifras totales de 2.960 y 2.805.

Por haberlo solicitado el opositor, señor Pradilla, hubo de practicarse una inspección ocular sobre las boletas que fueron remitidas por el Consejo Electoral de Ibagué y que sirvieron para las elecciones de Representantes al Congreso llevadas a cabo en el mes de marzo pasado. Tal diligencia se efectuó en presencia de testigos actuarios y con la presencia de los apoderados y voceros de los interesados, y en el expediente se encuentra el acta levantada con tal motivo.

De esa diligencia resultó que el número de papeletas correspondiente a la lista encabezada por el doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez fue el de 8.524, y que la lista encabezada por don Gonzalo Pradilla arrojó un total de 2.944, es decir, cifras en desacuerdo con lo que rezan las actas respectivas y con los cómputos hechos por el Consejo Electoral de Ibagué.

Como se hizo constar en el acta respectiva, "se abrió una caja enviada por el Consejo Electoral del Tolima que contenía las papeletas que sirvieron para las elecciones para Representantes al Congreso, verificadas el 21 de marzo pasado. Fueron contados treinta y nueve paquetes de boletas o papeletas que correspondieron a los treinta y nueve Municipios del Departamento del Tolima, paquetes éstos que venían amarrados con piolas, sin paquete especial y sin certificación ninguna de las autoridades respectivas acerca de su contenido".

Debe examinarse si en presencia de las actas respectivas tienen mayor fuerza probatoria las papeletas que se hicieron venir al Consejo y sobre las cuales se hizo la debida confrontación con los registros electorales. A este respecto debe decirse que, en primer término, en materias electorales tienen valor probatorio las actas de los Jurados de Votación y de los Jurados Electorales, siempre que ellas hayan sido extendidas con las formalidades legales. En tales condiciones son verdaderos documentos públicos que hacen prueba acerca de su contenido por estar autorizados por funcionarios públicos que ejercen cargos por autoridad pública. Verdad es que las papeletas de las votaciones son enviadas también a los Jurados Electorales, y que éstos, en caso de dudas acerca de la exactitud de los cómputos, pueden verificar, como lo expresa el artículo 143 de la Ley 85 de 1916, los hechos respectivos efectuando un nuevo escrutinio sobre las papeletas en la forma como está dispuesto para los Jurados de Votación. No obstante, es sabido que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 31 de 1929, el mérito probatorio está asignado siempre a los registros electorales, especialmente a los que se encuentren en el Tribunal Administrativo correspondiente.

La desestimación que de las actas hizo el Consejo Electoral del Tolima no tiene ninguna analogía con el caso que contempla el artículo 143 citado, que, por otra parte, se refiere a los Jurados Electorales. Al menos no hay constancia de que se hubiera dudado del mérito de los registros y se hubieran verificado escrutinios parciales sobre las papeletas de cada Jurado Electoral. Por todo lo cual, esta corporación sostiene que no ha quedado desvirtuado, ni por la actuación del Consejo Electoral ni por la diligencia de inspección ocular practicada en Bogotá, el valor probatorio de las actas, que según el artículo 9º de la Ley 187 de 1936 son pruebas en los juicios de nulidad que se intenten en asuntos electorales.

No estuvo en lo cierto el Consejo Electoral de Ibagué al dejar de anotar en el cuadro que contiene los cómputos electorales del Departamento del Tolima para verificar el escrutinio general, los datos que arrojan los registros enviados por los Jurados Electorales de los Municipios, para efectuarlos posiblemente sobre las papeletas que sirvieron de base para las votaciones y fueron enviadas por los últimos, porque ninguna disposición legal autoriza semejante procedimiento, ya que los registros debidamente formados, mediante el lleno de las exigencias de la ley, son los documentos eficaces que sirven de base para la realización del escrutinio general. La labor del Consejo Electoral, como las de las demás corporaciones electorales, no es otra que la de una simple contabilización de los resultados parciales que constan en las actas respectivas, salvo en los casos especiales que la ley contempla y en los cuales le es dado, en presencia de cuestiones de hecho, desestimar los datos que en ellas aparezcan.

De esta opinión participa el señor Fiscal de la corporación en su vista de fondo al analizar la cuestión que se estudia, en términos de absoluta claridad que el Consejo prohija en su integridad.

Sentado lo anterior, la rectificación del escrutinio verificado por el Consejo Electoral Departamental del Tolima se impone, y así habrá de decretarse para el efecto de hacer la declaración de elección que sea conforme con la realidad electoral establecida sobre los documentos que tienen eficacia legal.

Demanda de don Gonzalo Pradilla.

Los fundamentos cardinales de la demanda de don Gonzalo Pradilla consisten en el hecho de que en las Inspecciones Departamentales de Policía de La Aurora, Municipio de Cunday; Herrera, del Municipio de Chaparral; Palocabildo, del Municipio de Falan; Playarrica y Roncesvalles, del Municipio de San Antonio; Guarumo, del Municipio de Hervey; Las Mercedes, del Municipio del Guamo; La Palmita, en el de Na-

tagaima, y Corazón, en el de Rovira, funcionaron mesas de votación sin el correspondiente permiso del Consejo Electoral, amén de que hubo otras irregularidades que tuvieron lugar en el Municipio de Alvarado.

Para demostrar su intento, el demandante hizo venir a los autos varias certificaciones del Consejo Electoral Departamental, en las cuales se hace constar que el Consejo negó la solicitud hecha por el Jurado Electoral de Cunday para instalar mesas de votación en La Aurora, y que con respecto a las Inspecciones Departamentales de Herrera (Chaparral), Palocabildo (Falan), Guamo (Herveo), Corazón (Rovira), Roncesvalles y Playarrica (San Antonio), no hay constancia de que se haya concedido permiso para instalar mesas de votación en tales lugares. También obra en autos un certificado del cual resulta que el Consejo autorizó la colocación de mesas de votación en La Palmita, del Municipio de Natagaima, y que no se concedió permiso para instalar mesas de votación en Mercedes, del Guamo. La base para sustentar este cargo la encuentra el actor en lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 187 de 1936, que expresa que en las cabeceras de los Corregimientos que estén a diez o más kilómetros de la del Municipio, el Jurado Electoral está obligado a establecer mesas de votación, y que en aquellas que se hallen a menor distancia, así como en las cabeceras de Inspectorias o Inspecciones Departamentales, el Consejo Electoral podrá permitir la colocación de ellas a solicitud del Jurado Electoral o de cualquier ciudadano.

Lo primero que puede observarse con respecto a la certificación del Consejo Electoral de Ibagué, que se halla al folio 6 del cuaderno principal, y en el cual se dice que revisadas detenidamente las actas y resoluciones del Consejo, no hay constancia alguna de que esa entidad haya concedido permiso a los Jurados Electorales de Cunday, Chaparral, Falan y otros para establecer mesas de votación en las Inspecciones de Policía atrás citadas, es que se trata de una prueba negativa, pues bien se ve que no fue que el Consejo negara las respectivas solicitudes, como en el caso de La Aurora, respecto del cual se certifica sobre la existencia de una acta que tiene fecha 5 de marzo de 1943, y en la cual consta que el Presidente del Directorio Departamental Liberal solicitó el permiso para establecer mesa de votación en la Inspección de Policía, el cual fue negado. No se desprende de esa prueba, en forma concluyente, ni que esos lugares en donde funcionan tales Inspecciones de Policía no sean Corregimientos y que éstos no se hallen a una distancia inferior de diez kilómetros de la cabecera del respectivo Municipio.

Por el hecho de no existir constancia en el Consejo Electoral de haberse concedido tal permiso, no es forzoso concluir que las dichas mesas de votación funcionaron de manera ilegal y que, por consiguiente, los votos en ellas emitidos carecen de valor y deben excluirse del cómputo general. Cuando la ley ha dispuesto que se coloquen mesas de votación en las cabeceras de los Corregimientos que se hallen a determinada distancia de la cabecera del Municipio en donde actúa el Jurado Electoral, ha sido con el objeto de facilitar el ejercicio de la función constitucional del sufragio, y con ese mismo criterio ha determinado que, no obstante la distancia, pueda permitirse en otros lugares la instalación de mesas de votación; pero no con mira esto último de restringir el ejercicio del sufragio, sino precisamente con el propósito de facilitararlo.

El demandante ha debido producir la prueba positiva para demostrar que los lugares aludidos están comprendidos dentro de los casos contemplados por la parte final del artículo 7º de la expresada Ley 187 de 1936, y no lo hizo.

Por lo demás, como lo afirma la Fiscalía, ni aun en el caso de haberse demostrado plenamente que tales mesas de votación funcionaron sin el

permiso correspondiente, en la forma legal, podría declararse la nulidad de los respectivos registros, pues sabido es que las nulidades en materias electorales están taxativamente enumeradas en la ley, y en este caso no conlleva precisamente la nulidad alegada, pues no se halla comprendida dentro de los artículos 195 y 196 de la Ley 167 de 1941, ya que no cabe contra ellos ni el cargo de falsedad o apocrifidad que la demanda pretende.

Por lo que respecta al funcionamiento de las mesas de votación de la Inspección de La Aurora, Municipio de Cunday, es verdad que se ha establecido con la certificación del Consejo Electoral que fue negado el permiso solicitado por el Presidente del Directorio Liberal, lo que quiere decir que el Jurado Electoral de Cunday obró sin sujeción a lo dispuesto por el Consejo al ordenar la instalación de dichas mesas de votación en ese lugar. Mas por las constancias que se insertaron en el acta de escrutinio general, se comprende que el Jurado Electoral de Cunday resolvió el caso, en consideración a que existía una autorización anterior que entendía que no había sido derogada, pues no es aceptable por ningún motivo que haya sido por órdenes de los Inspectores de Cedulación, puesto que éstos no tienen facultad alguna para resolver acerca de la instalación de mesas de votación. Pero no disculpa al Jurado Electoral lo anterior porque es evidente que el permiso fue negado por el Consejo Electoral y a ello ha debido atenerse.

Pero con todo, los Jurados de Votación se instalaron indebidamente, y los sufragantes que en tales mesas consignaron sus votos de buena fe, en ejercicio de un pleno derecho, no pueden quedar sancionados con la anulación de sus votos, sólo porque el Jurado Electoral, en cuestiones meramente procedimentales, ordenó en forma irregular el funcionamiento de mesas de votación.

Para el Consejo esta cuestión es adjetiva, sin que, naturalmente, considere que el Jurado Electoral de Cunday no haya incurrido en responsabilidad por tal hecho. Pero en manera alguna ante el hecho cumplido de unas votaciones realizadas ante unos Jurados de Votación que se instalaron y funcionaron regularmente, cabe una declaración de nulidad sobre los registros respectivos. Lo contrario podría llevar al peligroso extremo de que se ordenase el funcionamiento de mesas de votación en forma irregular, para en forma sorpresiva colocar a los electores en el trance de perder sus votos por causas que no les son imputables, cosa más grave, si se quiere, que la misma irregularidad en que incurrió el Jurado Electoral de que se viene hablando.

Las autoridades competentes deberán iniciar la investigación para establecer la responsabilidad en que hayan incurrido las corporaciones electorales por lo referente a la instalación de las mesas de votación de la Inspección de La Aurora.

Las irregularidades que se afirma por el demandante fueron cometidas en algunos de los Jurados de Votación del Municipio de Alvarado, tales como las anotadas en el acta del Jurado Electoral, consistentes en la falta de las firmas del Jurado en unos registros de electores, o en el de los que votaron sin certificado, etc., así como el hecho de haber sufragado en la mesa número 8 un ciudadano cuya cédula fue expedida en Bogotá, y posiblemente sin revalidación, no alcanzan a invalidar los respectivos registros ya que las actas fueron bien conformadas, y por tanto, esas irregularidades no servirían de base al Consejo para declarar la nulidad de aquéllas y su consiguiente exclusión de los cómputos electorales.

Por todo lo anterior, se concluye que las peticiones de la demanda no pueden prosperar.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en un todo de acuerdo con su Fiscal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *falla*:

1° Decrétase la rectificación de los escrutinios verificados por el Consejo Electoral Departamental del Tolima el día 10 de abril último, con ocasión de las elecciones para Representantes al Congreso, que tuvieron lugar el 21 de marzo anterior, con el objeto de corregir las irregularidades en que incurrió dicha corporación al computar los votos obtenidos por la lista encabezada por el señor Gonzalo Pradilla, para hacer la declaración de elección correspondiente.

2° No hay lugar a declarar la nulidad de los registros del Corregimiento de El Limón, Municipio del Chaparral.

3° No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por el señor Gonzalo Pradilla en su demanda.

4° El Consejo de Estado hará la rectificación de los escrutinios al tercer día hábil siguiente al de la ejecutoria de esta sentencia, y, en vista del resultado, expedirá las credenciales correspondientes que la rectificación imponga y cancelará las de los ciudadanos que no hayan alcanzado la cifra suficiente para poder ser elegidos. Hora, 10 de la mañana.

5° Por el Juzgado del Circuito correspondiente se iniciará la investigación para establecer la responsabilidad en que hayan podido incurrir las corporaciones electorales con motivo de la instalación de las mesas de votación en la Inspección de "La Aurora".

Notifíquese, cópiese, publíquese.

Anibal Badel, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Separación absoluta del Ejército.

Ponente: doctor Diógenes Sepúlveda Mejía.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cuarenta y tres.

El 10 de mayo último, el doctor Carlos H. Pareja, con poder del Subteniente Jaime Fonseca Ariza, demandó la nulidad del Decreto número 505, de 9 de marzo anterior, dictado por el Ministerio de Guerra, por medio del cual el Gobierno separó a éste, en forma absoluta, del servicio activo del Ejército.

Pidió el demandante que, como consecuencia de tal nulidad, se le restablezca el derecho a su mandante, mediante la restitución al servicio y el pago de la parte de los sueldos que le fue rebajada a partir del Decreto 2153 de 8 de septiembre de 1942, que lo suspendió temporalmente en el ejercicio de sus funciones, y del total de ellos a partir de la fecha del Decreto acusado.

Como hechos de la demanda expuso los siguientes:

1º Que el Subteniente Fonseca prestaba servicios en el grupo de Caballería número 5, *Maza*.

2º Que debido a tendenciosas informaciones que contra él llegaron al Ministerio, el Gobierno lo suspendió por medio del Decreto 2153, de 8 de septiembre de 1942, rebajando su sueldo a la mitad.

3º Que de las diligencias investigativas adelantadas conforme al Decreto citado, no resultó comprobada la mala conducta de que se acusaba al Subteniente Fonseca; no obstante, el Gobierno la estimó comprobada y dictó el Decreto que acusa, por medio del cual se separa en forma absoluta del Ejército al expresado Fonseca, dejándosele de pagar el sueldo correspondiente.

Fundamentó el derecho en los artículos 49 y 50 del Decreto 1123 de 1942.

Dentro del término de fijación en lista, el señor Agente del Ministerio Público solicitó que se agregasen al juicio los antecedentes del Decreto acusado, cosa que se dispuso en la debida oportunidad por el sustanciador.

Surtida la tramitación de rigor, es llegado el momento de proferir el respectivo fallo, lo que va a hacerse mediante breves consideraciones.

Fundamentos del Decreto 505 de 1943.

Dice así el Decreto acusado, en su parte considerativa:

“Que de los documentos allegados a la investigación administrativa de los hechos que dieron origen al Decreto 2153 de 8 de septiembre de 1943, se desprende que en el lapso comprendido entre los meses de febrero a agosto del citado año, el Subteniente Jaime Fonseca Ariza, por su intemperancia y a pesar de las amonestaciones y órdenes recibidas de conformidad con las disposiciones reglamentarias, causó varios graves escándalos que afectan el buen nombre del Ejército;

"Que dichas faltas, en concepto del Gobierno, son constitutivas de mala conducta y determinantes de la separación del Ejército, en forma absoluta, según lo preceptuado en los ordinales a) y b), parte final del artículo 50 del Decreto 1123 de 1942;

Que la separación del servicio no es tanto una sanción que el Gobierno impone a un Oficial por las faltas que haya podido cometer, sino principalmente una medida que está obligado a adoptar en defensa de la institución armada."

En efecto, dice el artículo 49 memorado:

"Los Oficiales en servicio activo se separan del Ejército:

"a) En forma absoluta;

"b) En forma temporal, en los siguientes casos:

"Separación absoluta:

"a) Por mala conducta comprobada.

"Artículo 50. La separación por mala conducta a que se refiere el ordinal a), se causa cuando se comprueben debidamente los siguientes hechos:

"a) Beodez habitual o frecuente, o uso de drogas heroicas;

"b) Indelicadezas administrativas siempre que no alcancen a constituir delito."

Ya el Gobierno, por medio del Decreto 2153 de 1942, de 8 de septiembre, había suspendido en el ejercicio de sus funciones al mencionado Subteniente Fonseca, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 del expresado Decreto 1123, y fue trasladado del Grupo de Caballería Maza a la Sección de Oficiales en disponibilidad del Departamento de Personal del Ministerio de Guerra. Y por el artículo 3º se dispuso que el Comando de la Brigada de Institutos Militares sería la entidad encargada de conocer, instruir y fallar las diligencias administrativas correspondientes, previa audiencia del interesado, para cuyo efecto debían remitírsele todos los antecedentes del caso.

Se considera:

Da cuenta el informativo levantado por orden del Ministerio de Guerra de diversas faltas cometidas por el Subteniente Jaime Fonseca Ariza, hallándose en estado de beodez, y por causa de ésta. De ellas, la que mayor gravedad acusa es la que tuvo lugar en la noche del día 27 de enero en esta ciudad de Bogotá, cuando el dicho Subteniente agredió, sin causa, al doctor Hernando Llaña Vesga, falta por la cual, una vez oído el citado Fonseca, fue sancionado por el superior, de conformidad con el Reglamento de Castigos, como aparece al folio 26 del informativo, por providencia de 12 de febrero siguiente.

Como se ha visto, el Gobierno ha fundamentado su Decreto sobre separación absoluta del Subteniente Fonseca en las disposiciones del Decreto 1123 de 1942, especialmente en los ordinales a) y b) del artículo 50, que contemplan los casos de beodez habitual o frecuente y uso de drogas heroicas, así como indelicadezas administrativas. Mas como el artículo 51 del citado Decreto expresa que cuando el Oficial no hubiere sido oído, antes de decretarse la separación absoluta o temporal, se le suspenderá para ese efecto, el Gobierno dictó esta medida por el Decreto 2153 de 8 de septiembre de 1942. Sin embargo, y a pesar de que el mismo Ministerio, en comunicación dirigida al Comando de Institutos Militares, le anuncia la devolución del expediente para que termine la investigación por no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 3º del mismo Decreto, sin más actuación el Gobierno profirió el Decreto acusado sobre separación definitiva del Ejército del Subteniente Fonseca.

El señor Fiscal de la corporación opina que por haberse pretermitido una formalidad en el levantamiento del informativo, el Decreto acusado es nulo, pues no ha sido oído en sus descargos el Oficial. Y en efecto, no hay constancia de que Fonseca se haya defendido de la imputación de mala conducta por beodez frecuente, pues solamente hay en el expediente descargos suyos con respecto al incidente ocurrido en esta ciudad el día 27 de enero de 1942, escándalo por el cual se le sancionó de acuerdo con el Reglamento de Castigos.

Pero para el Consejo surge, en presencia de este caso, una consideración importante, que es la siguiente: Las disposiciones de la Ley 88 de 1935, que contemplan los casos de separación de los Oficiales del Ejército, ¿se hallan derogadas por las que contiene el Decreto 1123 de 1942? Porque en caso afirmativo, la causal de mala conducta que habría que establecer en este asunto sería de beodez habitual o frecuente, ya que no hay lugar a mencionar indelicadezas administrativas, pues no se ha hecho este cargo al Oficial Fonseca. Pero si, por el contrario, puede aplicarse a dicho Oficial lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 88 de 1935, no obstante que el Gobierno se haya atenido únicamente al Decreto 1123 de 1942, la cuestión cambia fundamentalmente.

Debe decirse a este respecto que el Gobierno, al dictar el Decreto 1123 de 1942, dijo obrar en virtud de las autorizaciones que le confiere el artículo 8º de la Ley 89 de 1940, además de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 128 de 1941, que para este efecto nada tienen que ver.

Dice así el referido artículo 8º: "Autorízase al Gobierno para dictar providencias que tiendan a organizar las fuerzas militares en el sentido de mejorar su funcionamiento y de perfeccionar la Carrera de Oficiales, Suboficiales y del personal técnico."

¿Podría invocarse este texto legal para expedir disposiciones derogatorias de la legislación existente? ¿Puede aceptarse que el Gobierno, con el propósito de mejorar el funcionamiento de las fuerzas militares y de perfeccionar la Carrera de Oficiales, haya pretendido derogar el artículo 4º de la Ley 88, que le confiere más amplias atribuciones para operar la separación de los Oficiales del Ejército, que las contenidas en el referido Decreto?

Estos interrogantes los absuelve el Consejo negativamente, pues el Gobierno no podía, apoyado en la autorización del artículo 8º de la Ley 89 de 1940, declarar, como lo hizo en el artículo 8º del Decreto 1123, derogar todas las disposiciones expedidas con anterioridad a ese Decreto, porque solamente estaba autorizado para dictar *providencias* (subraya el Consejo) para mejorar el funcionamiento de las fuerzas armadas y perfeccionar la Carrera de Oficiales y Suboficiales, y mal puede sostenerse que en ese objeto se le ocurriera, voluntariamente, privarse a sí mismo del instrumento que el legislador puso en sus manos para depurar el Ejército de indeseables elementos, que es el contenido en el artículo 4º citado, para someterse a las restringidas disposiciones de los artículos 49, 50 y 51 del Decreto 1123.

Sentado lo anterior, el Consejo considera que si bien es cierto que el Gobierno aplicó el aludido Decreto 1123, que señala determinado procedimiento para poder decretar la separación absoluta o temporal de los miembros del Ejército, también lo es que los hechos por los cuales se ha separado en forma absoluta de la institución al Subteniente Fonseca, si caben dentro del artículo 4º de la aludida Ley 88, que permite al Gobierno adaptar tal medida por indisciplina manifiesta continuada o reincidente; por carencia demostrada de espíritu militar; por beodez habitual o frecuente, etc., etc., y además por todo acto que, no alcanzando a considerarse como delito, *afecte en cualquier forma la institución* o las conveniencias de la Administración, todo en ello en concepto

del Gobierno, naturalmente sobre la base de que esos motivos sean acreditados debidamente.

De acuerdo con lo anterior, si se examina el informativo levantado al Subteniente Fonseca, se llega a la fácil conclusión de que los escándalos que se le han comprobado, por causa de beodez, son suficientes motivos para producir su separación absoluta del Ejército, ya que no es aceptable que dentro de las fuerzas armadas se propague como estimulante el género de conducta de que dan cuenta los autos, que, sin duda alguna, va contra el mejoramiento de la institución armada y contra las conveniencias de la Administración.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, en desacuerdo con su Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* las peticiones de la demanda.

Notifíquese y cópiese.

Anibal Badel, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Renta nominal.-Pago de intereses.-Incompetencia del Consejo.

Ponente: doctor Diógenes Sepúlveda Mejía.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos cuarenta y tres.

En escrito presentado en la Secretaría del Consejo de Estado, el día 5 de diciembre del año pasado, el doctor Gonzalo Gómez, en su propio nombre y como apoderado del señor Miguel A. Carvajal de Castro, demandó la nulidad de las resoluciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, y veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de las cuales ese Despacho Ejecutivo se negó a ordenar el pago de los réditos o intereses de renta nominal correspondientes a las fundaciones de capellanías instituidas por don Agustín Tovar y Buendía, don José Valero de Tovar y doña Margarita Montenegro, en los años de 1691, 1732 y 1775. Pidió que se restablezca el derecho suyo y el de su cliente, y que al ser anuladas tales providencias, se ordene tal pago.

La historia del asunto es la siguiente:

Con fecha 3 de octubre de 1941 el doctor Gonzalo Gómez pidió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

1º Que se le tenga como cesionario del señor Miguel A. Carvajal de Castro, de la mitad o sea del cincuenta por ciento del crédito o suma que resulte de la liquidación por réditos que deban pagarse a Carvajal de Castro, en la liquidación correspondiente a réditos de las capellanías fundadas por Agustín Tovar y Buendía, José Valero de Tovar y Antonia Montenegro, en la condición que tiene Carvajal de Castro de patrono de dichas capellanías. Además, como cesionario de la mitad de los réditos que en lo futuro se reconozcan al mismo Carvajal de Castro por la misma causa de ser patrono de ellas y en conformidad con la sentencia judicial mencionada y con la escritura pública de cesión acompañada.

2º Que, como consecuencia, se ordene pagar a su favor la mitad de dichas sumas;

3º Que se ordene pagar a Miguel A. de Castro la otra mitad y la correspondiente a la mitad de los futuros réditos, hasta su muerte, de acuerdo con la citada sentencia;

4º Que se le tenga como apoderado de Carvajal Castro para el cobro de lo que corresponda; y

5º Que se liquiden los réditos de las citadas capellanías, o la renta legal, desde el último pago que se hubiere hecho al último patrono o capellán, señor Bernardino Tovar Salazar.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con fecha 27 de noviembre de 1941, dictó el siguiente auto:

"En respuesta al memorial que antecede y por la Sección de Presupuesto y Contabilidad, digase al doctor Gonzalo Gómez, apoderado del señor Miguel A. Carvajal de Castro, a quien el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá por sentencia proferida el 14 de mayo del corriente año declaró usufructuario de las capellanías fundadas por don Agustín Tovar y Buendía, don José Valero de Tovar y doña María Antonia Montenegro, en los años de 1691, 1732 y 1775 por los capitales de \$ 330, \$ 1.530 y \$ 1.100, que el Ministerio no puede cumplir dicha sentencia ni dictar providencia alguna al respecto, por haber sido canceladas estas capellanías por amortización en el remate de 30 de julio de 1881.—Por el Ministro, el Secretario (firmado), *Carlos de Mendoza*."

Con motivo de un memorial de reconsideración del auto anterior, elevado por el doctor Gonzalo Gómez (del cual no pidió copia), presentado el 25 de marzo de 1942, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con fecha 29 de agosto de 1942, dictó el siguiente auto de Secretaría:

"Por la Sección de Presupuesto y Contabilidad digase al doctor Gonzalo Gómez, apoderado del señor Miguel A. Carvajal de Castro, que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previo estudio detenido del memorial que antecede, no puede acceder a lo solicitado, ni dar cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá el 14 de mayo de 1941, en la cual se declaró usufructuario de las capellanías fundadas por don Agustín Tovar y Buendía, don José Valero de Tovar y doña María Antonia Montenegro en los años de 1691, 1732 y 1775 por los capitales de \$ 330.00 \$ 1.530.00 y \$ 1.100.00, por las siguientes razones: 1º Las capellanías a que antes se hace referencia fueron canceladas por amortización en el remate que se verificó el 30 de julio de 1881; 2º La Ley 60 de 1872 autorizó al Poder Ejecutivo para amortizar la deuda interior. El parágrafo 2º del artículo 10 de la precitada Ley, dice: 'La renta nominal perteneciente a patronatos y capellanías se podrá también amortizar en los términos de la presente ley, si hacen propuestas en el remate respectivo las personas a quienes la legislación civil en cada Estado reconozca como propietarias de estos capitales'; 3º En nota fechada el 11 de agosto de 1881 de la Tesorería General de la Unión al Jefe de la Sección 2º de la Secretaría del Tesoro, se dice lo siguiente: 'remito a usted la suma de \$ 14.710.00 en nueve certificados de renta nominal amortizados por el Banco Nacional en el remate que hizo el 30 de julio próximo pasado'... y en cuyo pormenor anota los siguientes: número 33, Fundación de Agustín Tovar y Buendía, \$ 330.00; número 34, Fundación de José Valero Tovar, por \$ 1.530.00; número 36, Fundación de Antonia Montenegro, \$ 1.100.00.—Sirvase usted acusarme recibo.—Soy de usted atento y seguro servidor (firmado), *Venancio Díaz Granados*.—4º Las comisiones de Crédito Público del Senado de Plenipotenciarios aprobaron en acta número 7 de 7 y 8 de septiembre de 1882 las amortizaciones de la renta al portador, y nominal y cupones de renta sobre el Tesoro, verificadas en el año económico de 1880 a 1881 (*Anales del Senado de Plenipotenciarios* número 70), y 5º Por las razones expuestas y los documentos citados, parece que la renta nominal y proveniente de las capellanías a que se refiere el memorialista fue amortizada, y por tanto no hay razón para modificar lo resuelto por el Ministerio en el auto de 27 de noviembre de 1941.—Por el Ministro, el Secretario (firmado), *Diego Mejía*."

No conforme el doctor Gómez con las resoluciones transcritas, ha ocurrido ante el Consejo en solicitud de la anulación de tales actos, y para el efecto ha fundamentado su demanda de la siguiente manera:

"1º El Decreto de 9 de septiembre de 1861, sobre desamortización de 'bienes de manos muertas', impuso a cargo del Tesoro la obligación de pagar a perpetuidad, a cambio de los bienes raíces que por tal Decreto se incautó la Nación, vinculados a fundaciones de patronatos y capellanías, un rédito o interés que se llamó *renta nominal*, nombre que ha conservado hasta hoy en la contabilidad oficial.

"2º En tales disposiciones de desamortización quedaron comprendidos los bienes raíces vinculados a las capellanías de don Agustín Tovar y Buendía, don José Valero de Tovar y doña Antonia Montenegro.

"3º Tales patronatos vinieron siendo reconocidos por las leyes y autoridades de la Colonia, y luégo por la República. En esta última, con las modificaciones que introdujo el citado Decreto de desamortización, desde el año de 1861.

"4º El Código Judicial, en sus artículos 847 a 851, señaló el procedimiento para la declaración de patronato, que no es otro que un juicio ordinario. El señor Carvajal de Castro promovió tal juicio, probó plenamente su derecho y obtuvo fallo firme, el cual lo declaró patrono de las fundaciones ya dichas. Esta sentencia, además de estar expresamente ejecutoriada, se halla debidamente registrada.

"5º El señor Carvajal de Castro me cedió parte de su derecho por medio de la escritura número 1305 de 30 de julio de 1941, pasada por ante el Notario 5º de Bogotá.

"6º El señor Carvajal de Castro y yo ocurrimos al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público para que dispusiera la liquidación y pago de las sumas adeudadas por la Nación provenientes de las referidas capellanías; y esta entidad nos negó tal petición, tanto en primera intención como en el recurso de reposición y revocación que impetramos.

"7º Estimo quebrantados o violados con las citadas resoluciones derechos claros adquiridos por mi poderdante; y violadas o quebrantadas varias disposiciones constitucionales y legales conforme al concepto que expongo en seguida."

Luégo de hacer esta enumeración, el demandante agrega los siguientes párrafos para reafirmar los fundamentos de su solicitud:

"Arranca, pues, el derecho de mi cliente: 1º De los títulos de fundación que hicieron, al amparo de las leyes españolas, don Agustín Tovar y Buendía, don José Valero de Tovar y doña Antonia Montenegro; 2º Del reconocimiento de tales fundaciones, por leyes de la República, hasta 1861, derivándose en ese tiempo la renta de los frutos de los mismos inmuebles, comprometidos por los títulos o escrituras de fundación de cada capellanía; 3º De 1861 en adelante, de los Decretos de desamortización y orgánico del Crédito Nacional, expedidos ambos el 9 de septiembre de tal año, que impusieron al Tesoro de la Nación, por virtud de tal desamortización y a cambio de los inmuebles mismos comprometidos a perpetuidad que pasaron al dominio de la Nación, la obligación de pagar el valor correspondiente a la renta de intereses del 6% anual; y 4º Del fallo judicial que reconoció el patronato en la persona de mi cliente, o sea la sentencia ejecutoriada proferida por el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, que reconoció a mi poderdante Carvajal de Castro como patrono de dichas fundaciones.

“Las resoluciones acusadas no desconocen las fuentes mismas del derecho de mi cliente; pero arguyen que las capellanías (a que antes hice referencia), fueron canceladas por amortización en el remate que se verificó el 30 de julio de 1881, en virtud de la Ley 60 de 1872, que autorizó al Poder Ejecutivo para amortizar la deuda interior; y agrega la resolución: ‘El párrafo 2º del artículo 10 de la precitada ley dice: la renta nominal perteneciente a patronatos y capellanías se podrá también amortizar en los términos de la presente ley, si hacen propuestas en el remate respectivo las personas a quienes la legislación civil en cada Estado reconozca como propietarios de estos capitales’.

“Estimo lamentablemente errado el fundamento transcrito para la negativa o desconocimiento del derecho invocado; error que produce la violación y el quebrantamiento del Decreto sobre desamortización de bienes de manos muertas; del Decreto orgánico del crédito nacional citados; de la Ley 31 de 19 de mayo de 1863, que ratificó el Decreto sobre desamortización; de la Ley 41 de 1864; de la Ley 58 de 1866; de la Ley 51 de 1867; de la Ley 84 de 1876; del artículo 2770 del Código Civil de Cundinamarca; del artículo 23 de la Ley 35 de 1888; de los artículos 2125, 2126, 2129, 2132 del Código Fiscal de 1873; de los artículos 27 y 28 de la Ley 23 de 1918; de los artículos 28, 38 y 39 de la Ley 153 de 1887; de la Constitución de 1863, inciso 5º del artículo 15 de la Constitución de 1886, artículo 31; y del artículo 26 de la Constitución de 1936.”

Surtida como está la tramitación del juicio, es legado el momento de decidirlo, lo cual va a hacerse mediante algunas consideraciones previas.

Tanto el demandante como el señor Fiscal pidieron en el término probatorio que se hicieran venir al juicio algunos documentos referentes al remate verificado el día 30 de julio de 1881, por el cual, como lo afirma el Ministro de Hacienda y Crédito Público, fueron canceladas por amortización las capellanías fundadas por Agustín Tovar y Buendía, José Valeto de Tovar y María Antonia Montenegro. Pero solamente se obtuvo el envío de la copia de un oficio de la Tesorería General de la Unión, fechado el 11 de agosto de 1881, dirigido al Jefe de la Sección 2º de la Secretaría del Tesoro, en el cual se anuncia la remisión de la suma de catorce mil setecientos diez pesos (\$ 14.710.00) en nueve certificaciones de renta nominal amortizadas por el Banco Nacional en el remate que se hizo el 30 de julio anterior, en cuyo pormenor figuran los referentes a las fundaciones de que se ha hablado antes. También se envió copia del acta número 7 de la Comisión de Crédito Público referente al examen de la relación correspondiente a las amortizaciones de renta al portador y nominal y cupones de renta sobre el Tesoro verificadas en el año económico de 1880 a 1881. El acta del remate efectuado por el Banco Nacional no fue remitida por el Ministerio.

Como se ve, por una parte afirma el Ministerio de Hacienda y Crédito Público que las capellanías a que se hace referencia fueron canceladas, esto es, que sus capitales fueron amortizados, y por consiguiente desde el año de 1881 no existe la obligación de pagar los correspondientes réditos. El demandante arguye que el Ministerio incurre en el error de confundir los certificados que fueron objeto del remate con las fundaciones mismas; que confundió la causa con el efecto, porque la causa es la fundación de las capellanías, y los réditos son su efecto.

* La cuestión planteada ante el Consejo es, por tanto, la de definir si existe o no la obligación por parte del Estado de pagar los réditos provenientes de las expresadas capellanías, es decir, decidir si fueron o

nó los capitales de esas capellanías los rematados el 30 de julio de 1881 o simplemente si, como lo sostiene el demandante, el remate se refirió a la renta proveniente de esos capitales.

El señor Fiscal de la corporación ha concepuado en el sentido de que sean negadas las peticiones de la demanda, pues afirma que no puede considerarse que lo amortizado fueron los pagarés o vales de réditos vencidos y no cubiertos por la Nación, sino las certificaciones o títulos en que consta el capital de las capellanías. Sostiene que "el hecho de que la deuda contraída por el Estado en virtud de los decretos de desamortización se haya calificado de perpetua y convertido en renta nominal, no significa que por un acto posterior del Poder Público no se pudiera extinguir pagando el principal", y agrega que las consideraciones que se hacen en la demanda sobre el carácter perpetuo de las fundaciones de capellanías resulta inoperante hoy día, en presencia del artículo 34 de la Constitución, según el cual no hay en Colombia obligaciones irredimibles. Alega en favor del Estado la excepción de prescripción por no haberse cobrado tales réditos en un lapso mayor de 30 años.

El Consejo debiera, planteada así la cuestión, entrar a resolver si el Ministerio violó las numerosas leyes que la demanda señala, referentes a bienes desamortizados, desde el Decreto de 9 de septiembre de 1861, pasando por la Ley 31 de 1863, que ratificó dicho Decreto, y que el demandante cita como vigente, hallándose derogada por el artículo 78 de la Ley 41 de 1864, y todas las demás disposiciones enunciadas por la demanda, y examinar si cabe que sean objeto de remate los réditos de los capitales o si éste no puede recaer propiamente sino sobre los capitales. Estudiar si las sumas de \$ 330, \$ 1.530 y \$ 1.000 (que al folio 10 del expediente figuran como capitales en el texto de la sentencia del Juzgado 6° del Circuito de Bogotá que reconoce a Miguel A. Carvajal Castro como patrono de dichas capellanías y que coinciden con las sumas de que trata el oficio de 11 de agosto de 1881), son en realidad capitales, y en fin, si el Estado está o nó obligado a pagar los réditos que el demandante reclama. Pero al detenerse en el estudio de la delicada cuestión a él sometida, se ve forzado a examinar previamente el aspecto referente a su competencia para decidir el fondo del litigio.

Verdad es que de conformidad con el ordinal 10 del artículo 34 de la Ley 167 de 1941 pueden ser acusados ante el Consejo de Estado los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas del orden nacional que pongan fin a una actuación administrativa y que, por tanto, las resoluciones del Ministerio de Hacienda, de que trata este juicio, deben considerarse como actos administrativos sujetos al control jurisdiccional del Consejo de Estado. Sin embargo, es necesario buscar el fondo mismo del problema en estudio para saber si en realidad se trata de un simple acto de la Administración, de los que caben dentro del radio de la jurisdicción contencioso-administrativa, o si, por el contrario, su contenido lo coloca al margen del control jurisdiccional del Consejo.

Es indudable que desde el punto de vista formal, las providencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público son actos de los enumerados en los artículos 34 y 62 del Código Administrativo; son expedidas por un funcionario público y dentro de la cláusula general que consagra el artículo 62 del Código Administrativo, bien puede sostenerse que están sometidas al recurso contencioso-administrativo. Mas acontece que, en realidad de verdad, el contenido de tales providencias, su materia misma, no es propiamente la de actos de la Administración, como potestad de derecho público, sino de simple gestión privada, en la cual aparece aquélla obrando como persona jurídica, en cuanto hace relación a sus obligaciones en presencia de particulares. No tienen tales actos la estructura esencial de los actos administrativos, ni en cuanto a su con-

tenido, ni en cuanto a su fin. En efecto, el auto de 27 de noviembre de 1941 expresa sencillamente que se le manifieste al peticionario que el Ministerio no puede cumplir una sentencia judicial ni dictar providencia alguna respecto al pago de los réditos reclamados por estar canceladas las capellanías de que se trata. Y el de agosto 29 de 1942 dice exactamente lo mismo, con la previa explicación de los puntos de vista del Ministerio para no acceder a la solicitud del doctor Gómez. En ambos se encuentra solamente la manifestación de inexistencia de la obligación de pagar los réditos demandados. Y este solo hecho convierte la cuestión en un asunto de índole estrictamente civil, en una contención en que no aparece la actividad de la Administración como entidad de derecho público para que se halle sujeta a la tutela legal que envuelve el recurso contencioso-administrativo.

Y esto así, porque como se ejercita el contencioso de plena jurisdicción, si el Consejo de Estado entrara a resolver en el fondo, necesariamente se vería abocado a una decisión sobre declaratoria de derechos, actividad que es evidente que se halla fuera de su elemental misión, que es el mantenimiento de la legalidad por vía de control sobre los actos de la Administración.

Si esto no fuera así, en todos aquellos casos en que quiera prescindirse de la jurisdicción ordinaria, cuando los interesados consideran que sobre la Nación pesan determinadas obligaciones, bastará obtener la respuesta al respectivo memorial de requerimiento de pago, como en el caso presente, para que sea procedente recurrir a la vía contencioso-administrativa, colocando a las autoridades administrativas en el trance de definir problemas de derecho privado, cuestiones que dicen relación al patrimonio de las partes, cosa que está fuera de su órbita de acción. Podría, por ejemplo, todo aquel que creyere tener un crédito en contra de la Nación, reclamar su pago y, en presencia de la negativa, ocurrir al Consejo de Estado, no a discutir la legalidad del acto mismo, en virtud del cual se le hizo la manifestación de negativa, sino el mismo derecho en el fondo, con lo cual situaría su contención fuera del radio de la jurisdicción ordinaria, que es la instituida para definir y declarar el derecho en tales casos, puesto que la Nación no tendría allí sino el simple carácter de persona de derecho privado.

Quiere decir lo anterior que el Consejo de Estado no es competente para definir el asunto propuesto por la demanda, porque se trata de un negocio en que tiene parte la Nación y en el cual se ventila una cuestión de derecho privado y, como es sabido, esta clase de controversias corresponde decidir las a la justicia ordinaria, de conformidad con el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado se declara inhibido para fallar el presente negocio por falta de competencia.

Notifíquese, cópiese y comuníquese al Ministerio de Hacienda.

Anibal Badel, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Promulgación de las ordenanzas.

Ponente: doctor Diógenes Sepúlveda Mejía.

Consejo de Estado—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cuarenta y tres.

En virtud de apelación interpuesta por el señor Agente del Ministerio Público, ha venido a esta corporación la sentencia del Tribunal Administrativo de Cartagena, de 7 de abril de 1943, que declaró nula la última parte del artículo 4º de la Ordenanza número 9 de 1942, expedida por la Asamblea de Bolívar, y el 5º de la misma, y se abstuvo de anular las otras disposiciones que ella contiene.

El texto de la Ordenanza acusada es el siguiente:

“Artículo 1º La Gobernación del Departamento podrá suplementar con créditos adicionales las apropiaciones globales que figuren en el Presupuesto de una vigencia, hasta la concurrencia del 5% de la apropiación original, llenando los requisitos que para la apertura de créditos exige el Código Fiscal. Artículo 2º La Gobernación del Departamento no podrá abrir créditos ni efectuar contracréditos ni traslados en el presupuesto de una vigencia fiscal, treinta días antes de reunirse la Asamblea, ni durante el periodo en que ella funcione, sino sesenta días después de clausurada. Si no obstante esta prohibición se decretaren créditos, traslados, etc., etc., el Contralor Departamental se abstendrá de registrarlos en sus libros, y mucho menos refrendará los giros que con imputación a tales créditos se hagan. Artículo 3º La Gobernación del Departamento no podrá crear, ni suprimir empleos, ni rebajar ni aumentar sueldos, quedando derogadas, en forma expresa, todas las disposiciones anteriores a esta Ordenanza que lo faculten; igualmente, quedan derogadas todas las autorizaciones que la Asamblea le haya conferido, distintas a las facultades que la ley y la Constitución le den. Artículo 4º El Consejo de Gobierno procederá a expedir en la última década de cada mes acuerdos adicionales para atender a los gastos de la Asamblea en el mes siguiente. El del mes de mayo podrá expedirlo conjuntamente con el del mes de junio. Igualmente expedirá un acuerdo adicional para pagar dentro de esta vigencia fiscal de 1941-1942, los auxilios concedidos a los Municipios incorporados en el presupuesto y que se encuentran imputados a los artículos 212 a 267. Si el Gobierno no librare las relaciones de autorizaciones respectivas, o si libradas éstas no fuere posible obtener su pago, bien porque ellas no hayan llegado a su destino al tiempo de cerrarse la vigencia fiscal o por falta de dinero suficiente en la Administración con qué atender a tales pagos, el Contralor Departamental procederá a constituir las respectivas reservas, contra las cuales podrán librarse giros si no los hubiere, tendientes a cancelar el valor de dichos auxilios en la vigencia siguiente. Si no se hubieren expedido los giros respectivos, el Contralor se

abstendrá de refrendar cualquier giro del mes de julio en adelante, hasta tanto no se libren los que autoricen el pago de los citados auxilios. Artículo 5º Desde la sanción de la presente Ordenanza queda suprimida la Oficina de Ordenaciones, cuyas atribuciones pasarán a las de la Secretaría del Consejo de Gobierno. Artículo 6º Esta Ordenanza comenzará a surtir sus efectos desde su sanción.”

El actor sostiene que es ilegal la Ordenanza acusada por cuanto ella dispone en su artículo 6º que debe comenzar a regir desde su sanción; y en su concepto ninguna Ordenanza debe comenzar a tener vigencia antes de su promulgación por mandato del artículo 109 de la Ley 4ª de 1913. Presentó, además, otras razones de inconveniencia, pero sin apoyo en ninguna disposición legal.

Surtida, como está, la tramitación correspondiente del negocio, y habiendo llegado el momento de ponerle término, a ello se procede previa las consideraciones siguientes:

Este negocio había subido ya a esta corporación con motivo de haberse decretado la suspensión provisional de la Ordenanza número 9 de 1942 por el Tribunal *a quo*. Pero el Consejo, en esa oportunidad, estudió el asunto, y hoy estima conveniente ratificar las razones que le sirvieron para dictar el auto referente a esa suspensión, que se confirmó solamente con respecto a la parte final del artículo 4º y el 5º, y a las cuales nada tiene que agregar para fundar este fallo.

Dijo así el Consejo:

“La Ordenanza acusada fue suspendida en su totalidad por el Tribunal de primera instancia, por considerar que el artículo 6º, que ordena que ella rija desde su sanción, viola el precepto del artículo 109 de la Ley 4ª de 1913, que expresa que ninguna ordenanza será de obligatorio cumplimiento antes de su promulgación. Para el Consejo de Estado no es esta razón suficiente para fundamentar tal suspensión, porque, como en varias ocasiones lo ha sostenido esta corporación, ‘hay leyes u ordenanzas que se refieren a los ciudadanos y que éstos están obligados a obedecer y cumplir por virtud de la promulgación; pero hay otras que se refieren a los poderes públicos, y para los cuales es innecesaria la promulgación’. La Ordenanza acusada corresponde a este grupo.

“En sentir del Consejo, las disposiciones de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ordenanza demandada no pugnan ostensiblemente con ninguna norma superior. Contienen ellas disposiciones encaminadas a reglamentar la ejecución del presupuesto que la misma Asamblea expide, en virtud de mandato constitucional, por lo cual no puede decirse que sean violatorias de disposiciones de la Carta o de la ley, en forma que justifique un auto de suspensión provisional. Mas no ocurre lo mismo con respecto al contenido de los artículos 4º y 5º en cuanto establecen limitaciones a la actividad administrativa del Gobierno Seccional, que, por lo mismo, deben mantenerse suspendidas mientras se decide acerca de su legalidad, mediante un estudio detenido que no podrá efectuarse sino en la sentencia definitiva. *Prima facie* tales disposiciones pugnan con el precepto constitucional que atribuye al Gobernador la función de dirigir la acción administrativa en el Departamento, desde luego que establecen condiciones limitativas de la actividad propia del Gobernador. Por tanto, habrá de mantenerse la suspensión con respecto a tales artículos, con la excepción de la parte primera del artículo 4º”.

La sentencia del Tribunal acoge totalmente la opinión del Consejo, y en tal virtud ha declarado la nulidad de las disposiciones que ya habían sido suspendidas.

Y como el Consejo no encuentra motivo para variar la opinión que se formó entonces acerca de la ilegalidad de la mencionada última parte del artículo 4º y del 5º de la Ordenanza acusada, habrá de confirmar la providencia recurrida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Badel, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Bienes ocultos. - Yacimientos petrolíferos.

Ponente: doctor Diógenes Sepúlveda Mejía.

Consejo de Estado—Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y tres.

Los señores Manuel Chaparro C., Jorge Barrault y Carlos Azuero Ordóñez, vecinos de Bogotá, denunciaron ante el Ministerio de Minas y Petróleos, en cumplimiento del contrato sobre bienes ocultos que habían celebrado con ese Despacho, el suelo y subsuelo de unos terrenos ocupados y poseídos por la compañía denominada Lobitos Oil Fields, de Londres, en jurisdicción del Municipio de San Vicente (Santander).

Por Resolución número 48 de 12 de febrero de 1943, el Ministerio de Minas y Petróleos declaró como bien oculto de la Nación la propiedad superficial denunciada, por considerar que “una gran extensión de tierras de propiedad nacional han sido (sic) agregadas a una propiedad particular mediante mutación o alteración de los linderos, y que esa extensión se halla encerrada y cercada por los autores o usufructuarios de la alteración de linderos con el patente propósito de sustraerla del patrimonio del Estado, para alegar sobre ella propiedad particular...”

Con respecto al subsuelo, dijo la expresada resolución lo siguiente:

“Antes, no es posible entrar a discutir sobre esa propiedad, del petróleo que pueda encontrarse en él, este Despacho no acepta la denuncia por considerarla festinada y extemporánea.

“La regla general, en el sistema tradicional de nuestro derecho, es que el petróleo es de propiedad del Estado. La Ley 160 de 1936 acepta estas dos excepciones: que el terreno en que se encuentra haya salido legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y que no haya sido recuperado por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cualquiera otra causa legal; y que el petróleo haya sido adjudicado como mina durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912. Pero cuando un particular pretende ser dueño del petróleo, al solicitar permiso para explorar con perforación, debe presentar las pruebas que demuestren el derecho a extraer el petróleo que se encuentre o pueda encontrarse en los terrenos solicitados. Es, entonces, cuando el Gobierno tiene oportunidad de hacer el estudio de los títulos que se le presentan y decidir si son suficientes para establecer la propiedad del particular, o si el petróleo es del Estado.

“Antes, no es posible entrar a discutir sobre esa propiedad y por ello se ha dicho que este Ministerio no acepta la denuncia del bien oculto que se le ha formulado en estas diligencias respecto del subsuelo, porque esa denuncia es festinada.

“Los denunciantes citan en apoyo de su exposición y de la pretensión de que la denuncia por ellos presentada cubre conjuntamente suelo y subsuelo, la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 30 de octubre de 1939, en la cual sí

decidió aquel alto Tribunal que el denunciante tenía participación tanto en el suelo como en el subsuelo de los terrenos denunciados como bien oculto; pero en el caso contemplado en aquel fallo, el Gobierno, por conducto del Ministerio de Obras Públicas, había estudiado ya los títulos presentados por quienes se pretendían dueños de los terrenos, y había aceptado esa titulación como válida, por lo cual otorgó permiso de explorar y explotar el petróleo que pudiera encontrarse en esos terrenos. No hay, pues, paridad entre los dos casos que se comparan y, por lo mismo, las razones en que se apoya el fallo de la Corte citado no tienen operancia en el asunto que se estudia en estas diligencias.

“Replicando el concepto del señor Procurador General de la Nación, expresan los denunciantes que el título que presente la compañía puede amparar la propiedad del subsuelo, pues en ese título ya consta la alteración de linderos y de él aparece que los terrenos que abarca con la alinderación que allí se da, salieron del patrimonio del Estado por modo legítimo y con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

“A esto se observa que lo primero que se examina al hacer el estudio de títulos por el Gobierno es, precisamente, la identidad de los predios según el título emanado u originario del Estado y según los títulos posteriores o las certificaciones de los Registradores; y en caso de duda, el Gobierno designa una comisión de ingenieros oficiales para que localicen sobre el terreno la primitiva alinderación. De manera que carece de razón la argumentación de los denunciantes que acaba de analizarse, porque, en el supuesto de que la compañía que pretende ser dueña del petróleo presente sus títulos al Gobierno, éste debe empezar por ver si el título primitivo ampara en verdad toda la extensión que rezan los nuevos títulos y que comprenden los planos o croquis, y allí se echa de ver la mutación de linderos, lo que sin duda llevaría al Gobierno a ordenar una verificación de linderos con la consecuencia forzosa de circunscribir la propiedad particular a su justa extensión, rescatando para el Estado la propiedad del petróleo que pueda encontrarse en los terrenos indebidamente agregados o incorporados al fundo particular.

“Por lo expuesto, oído el concepto del Procurador General de la Nación, y de acuerdo con él, el Ministerio de Minas y Petróleos *resuelve*: 1º Declarar que la propiedad superficiaria de los terrenos denunciados en estas diligencias por los señores Jorge Barrault, Carlos Azuero Ordóñez y Manuel Chaparro C., es un bien oculto. 2º No aceptar, en carácter de bien oculto, la denuncia del subsuelo petrolífero de esos terrenos, por ser festinada.”

Reclamada esta providencia por los denunciantes, el Ministerio dictó con fecha siete de mayo del presente año la Resolución número 131, cuyos párrafos esenciales son los siguientes:

“La providencia reclamada no acepta, en el carácter dicho, la denuncia del subsuelo petrolífero, porque la considera festinada, toda vez que aún no se ha presentado la oportunidad que la ley del petróleo señala para que el Gobierno estudie los títulos.

“Con el fin de establecer paridad entre el caso de autos y aquel otro que fue fallado por la Corte Suprema de Justicia, y que los interesados invocaron como antecedente favorable a sus pretensiones, se ha traído, junto con el memorial en que se

interpone el recurso, copia de la Resolución proferida por el Despacho de Hacienda de la Unión, con fecha 5 de abril de 1881, 'por la cual se declara que no son baldíos unos terrenos ubicados en el Estado de Santander'.

"Da cuenta el mencionado proveído de haberse dirigido el señor Tomás Vega M. al expresado Despacho en solicitud de declaratoria expresa de no ser baldíos, sino de propiedad particular, unos terrenos ubicados en el Distrito de Zapatoca, Estado de Santander, y denominados 'La Llana', para lo cual presentó copia de la escritura otorgada en la Villa del Socorro, en 31 de agosto de 1846.

"Los linderos de tales terrenos que aparecen en dicha escritura son los mismos que trae la diligencia de remate hecho por Francisco Vega ante la Junta de Hacienda de la Provincia. No había, pues, causa o razón alguna para que el Gobierno se abstuviera de hacer la declaración que se le pedía, y al efecto la hizo señalando como linderos de los terrenos de La Llana los que trae la escritura presentada. Pero, como se dijo en la Resolución recurrida, el bien oculto denunciado consiste en la extensión mayor de terreno que ha venido a quedar incorporada en la propiedad de La Llana por obra de la mutación de linderos que aparece en la adjudicación de aquellos terrenos, según los certificados de los Registradores del Socorro y Zapatoca, es claro que sobre esa extensión de terreno no se pronunció el Despacho de Hacienda de la Unión en la Resolución invocada. Luego no existe respecto de esa zona incorporada la circunstancia de haber sido declarada propiedad particular por el Gobierno, como lo pretenden los recurrentes, para establecer paridad con el caso de las tierras de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana, estudiado por la Corte. En este último caso, si había existido una declaración anterior del Gobierno sobre la propiedad de los terrenos por los mismos linderos de la denuncia del bien oculto al paso que en el presente caso vemos que los linderos señalados por la Resolución del Despacho de Hacienda de la Unión, no son los mismos que los denunciados dan en la denuncia. Por la razón anotada, la prueba traída para sustentar el presente recurso es ineficaz.

"Como en la Resolución número 48 que se estudia se dijo claramente que el principio general en la legislación de petróleos es que la propiedad de éstos es del Estado y que para desvirtuar esa presunción debe acreditarse que los terrenos salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o que el petróleo fue adjudicado como mina durante la vigencia del artículo 112 de la Ley 110 de 1912, y ninguno de estos extremos puede acreditarse por los particulares con respecto a la zona que se ha considerado bien oculto, es claro que el petróleo que se encuentre en el subsuelo de esa zona es del Estado. No hay, pues, objeto de hacer nuevas y más amplias consideraciones sobre este punto que los recurrentes tratan a espacio, pero sin razones que inclinen el ánimo en favor de sus pretensiones.

"Por auto separado se resolverá la petición de desglose y de copias que se hace en la parte final del escrito de sustentación del presente recurso.

"Por las razones brevemente expuestas, el Ministerio de Minas y Petróleos *resuelve*: No se accede a reponer la Resolución número 48 de fecha 12 de febrero del presente año, que ha sido objeto del presente recurso."

No conformes los expresados señores con las mencionadas providencias, han recurrido ante el Consejo de Estado para que se declare la

nulidad de las citadas Resoluciones números 48 y 131 del Ministerio de Minas y Petróleos.

“Demandamos —dicen— la nulidad del numeral 2º de la Resolución número 48, expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos con fecha 12 de febrero del año en curso y, consecuentemente, demandamos también la providencia del 7 de mayo último, por la cual el Ministerio dicho no accedió a revocar la Resolución del 12 de febrero en la parte que nos es desfavorable y contra la cual intentamos en tiempo recurso de reposición.”

“La nulidad que demandamos se refiere a la negativa del Ministerio de Minas y Petróleos a declarar como bien oculto de la Nación el subsuelo en general, comprendido dentro de los denunciados terrenos de La Llana.”

La parte petitoria de la demanda es la siguiente:

“Solicitamos del honorable Consejo que declare:

“Primero. Nula la Resolución número 48 de fecha 12 de febrero del año en curso, en su aparte segundo resolutive y por medio del cual se declara ‘No aceptar en carácter de bien oculto la denuncia del subsuelo petrolífero de esos terrenos, por ser festinada’.

“Segundo. Como consecuencia de la nulidad declarada y decretada, resolver que el denuncia formulado por nosotros sobre la propiedad conocida con el nombre La Llana, y comprendida dentro de los linderos y términos anotados anteriormente, cobija, no solamente la propiedad superficiaria, sino el subsuelo en general, y especialmente el subsuelo petrolífero de tales terrenos.

“Tercero. Declarar que las acciones indicadas por nosotros para la recuperación del subsuelo, por estar poseído y titulado en manos de terceros poseedores y entre otros la Lobitos Oil Fields, son procedentes, y

“Cuarto. Declarar, también, que quedamos investidos de la personería necesaria y suficiente, como denunciante, para hacer efectivos los derechos de la Nación, para lo cual se nos otorgará el poder correspondiente y que gozamos consecuentemente de los privilegios que las leyes reconocen a la Nación cuando litiga.”

Como se observa por la transcripción de la parte petitoria de la demanda, no hay petición concreta para que decretada la nulidad de las resoluciones acusadas se declare que si es un bien oculto el subsuelo denunciado conjuntamente con el suelo. El demandante se limita a pedir que se declare que su denuncia abarca tanto el suelo como el subsuelo, cosa que es evidente, pues ello se desprende claramente de la sola lectura del memorial de denuncia, y al Consejo no le corresponde declarar nada a este respecto, pues se trata de una consideración del propio denunciante. Pero el Consejo interpreta esta petición, malamente formulada, por los términos generales de la demanda, de que la declaración que se persigue es la de que si es bien oculto el subsuelo de los terrenos de La Llana, denunciado conjuntamente con el suelo que viene poseyendo la compañía Lobitos Oil Co., y puesto que no debe sacrificarse el derecho a las meras fórmulas, esta corporación entra a estudiar la cuestión de fondo para decidir sobre la acusación propuesta contra las aludidas resoluciones del Ministerio de Minas y Petróleos.

Se considera:

El Ministerio de Minas y Petróleos sostiene en las resoluciones acusadas que la denuncia del subsuelo petrolífero de los terrenos de La

Llana es festinada, y que solamente tendrá el Gobierno oportunidad para entrar a estudiar si ese petróleo es de propiedad particular o de la Nación en el caso de que, conforme al artículo 6º de la Ley 160 de 1936, se dé el aviso correspondiente por quien pretenda efectuar exploraciones con perforación en busca del petróleo que reputa como de propiedad privada, caso en el cual se procederá como se indica en el artículo 7º; esto es, que solamente en el caso de que la Nación encuentre suficientes los títulos presentados por quien pretenda ser dueño del subsuelo será pertinente la denuncia de éste como bien oculto de la Nación, pues entonces si se habrá hecho oscuro el carácter de propiedad nacional del bien respectivo. Porque si el Ministerio estimare que el petróleo es de la Nación, será ya la Corte Suprema quien decidirá acerca de la propiedad de él, y no habrá, en ese caso, lugar a que pueda ser denunciado como bien oculto del Estado por un particular.

De esta opinión participa la Fiscalía del Consejo, por lo cual pide que se declare que no hay lugar a hacer la declaratoria de bien oculto con respecto al subsuelo del terreno denominado La Llana.

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, es de propiedad privada el petróleo que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación, por caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal, lo mismo que aquellos que hubieren sido adjudicados como minas durante la vigencia del artículo 112 del Código Fiscal de 1912.

La tesis que sostiene el Ministerio parte de la base de que mientras no se haya dado el aviso respectivo para hacer exploraciones con perforación, no es posible determinar nada acerca de la propiedad del petróleo.

El Consejo hace las siguientes consideraciones:

Es verdad, como lo afirma el Ministerio, que la regla general en materia de propiedad del subsuelo petrolífero es la de que éste pertenece a la Nación, con las excepciones que consagra el artículo 10 de la Ley 160 de 1936. Por consiguiente, quien afirma que tiene la propiedad particular de algún yacimiento petrolífero, debe comprobar que se halla dentro de los casos que contempla la citada disposición legal; pero esto es para los efectos de la exploración con perforación, y la consiguiente explotación. El petróleo que no se haya de explorar o explotar sigue la condición del terreno en que se encuentre, y solamente cuando se establezca la situación jurídica de éste podrá determinarse si se trata de un bien de propiedad nacional o particular. El Ministerio parte de la base de que hay una presunción en favor del Estado, en materia de propiedad del subsuelo, es decir, que en tanto que no se demuestre que se trata de terrenos que se hallen en las condiciones que contempla la Ley 160 de 1936, debe considerarse que el petróleo es de la Nación y no de particulares.

El principio general de la antigua legislación, inspirado en el concepto de los derechos subjetivos, hacia que el dueño del suelo lo fuera asimismo del subsuelo. *Qui dominus est soli dominus est coeli et inferorum*. Pero una evolución gradual, acomodada a las necesidades de cada momento, ha ido desplazando del dominio particular cierta clase de bienes considerados de importancia para la colectividad, operándose así una verdadera limitación de ese dominio, con el fin de asegurar mejor los fines del Estado, mediante la reserva en favor de éste, de tales bienes.

En materia de petróleos, sabido es que antes de expedirse la Ley 160 de 1936, que en su artículo 10 define la cuestión de la propiedad privada de aquéllos, diversas tesis fueron propugnadas al respecto, debido a que las leyes no habían expresado en forma concreta lo relativo al dominio del subsuelo petrolífero, aun cuando del contexto de los artículos 3º y

4º de la Ley 120 de 1919 y 3º de la Ley 14 de 1923, si aparece ya la distinción entre el petróleo de propiedad privada y el de la Nación, con claras referencias a la fecha en que se consideraba que se inició la reserva del Estado, que es la del 28 de octubre de 1873. Mas como la Ley 87 de 1931, que reglamentó toda la materia, guardó silencio sobre el particular, el legislador de 1936, acogiendo la tesis sentada ya por la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema, consignó en la Ley 160, en forma precisa, la declaración de que el petróleo de propiedad particular es el que se encuentre en terrenos que salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y durante la vigencia de la Ley 110 de 1912.

Si se acepta que el subsuelo petrolífero está reservado desde el año de 1873 en favor del Estado, se tiene que hay un patrimonio nacional que no puede ser susceptible de relaciones jurídicas comunes. Y es por esto por lo que, aun tratándose de terrenos de propiedad particular, la exploración con perforación está sometida a determinadas condiciones para que pueda realizarse, precisamente en guarda de los derechos del Estado, que se considera inicialmente dueño del subsuelo petrolífero. Por este concepto debe analizarse el punto debatido para establecer si es posible que el subsuelo denunciado como oculto, pueda tener tal carácter.

En materia de bienes ocultos, el Consejo ha sentado la tesis siguiente:

“Para que un bien denunciado quede comprendido dentro del concepto de oculto, es menester que se reúnan las siguientes condiciones: a) Abandono material del bien por la entidad dueña de él; b) Que el carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro; c) Que su reincorporación al patrimonio público no pueda obtenerse sino mediante los recursos y acciones en juicio; y d) Que haya ignorancia o desconocimiento del bien por parte de la Administración. Para que un bien adquiera la calidad de oculto, no basta que tenga una o más de las características que la ley ha señalado para considerarlo como tal, sino que es indispensable que reúna todos los elementos que aquélla ha determinado para que el bien oculto exista legalmente.”

Esta doctrina se desprende claramente de la definición que de bienes ocultos trae el artículo 1º de la Ley 27 de 1935, cuyo texto es el siguiente:

“Son bienes ocultos de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios, y pueden denunciarse como tales, aquellos que, además de estar simplemente abandonados en un sentido material por la entidad dueña de ellos, estén en condiciones tales que su carácter de propiedad pública se haya hecho oscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio.”

Abandono material.

Para que un bien nacional pueda considerarse como oculto es preciso, entre otras cosas, que haya sido abandonado, en un sentido material, por la entidad dueña de aquél.

En el caso que se estudia ¿ha habido abandono por parte del Estado del subsuelo petrolífero de los terrenos de La Llana, que han sido declarados bienes ocultos por el Ministerio de Minas y Petróleos?

Se contesta esta cuestión negativamente. En primer término, el Estado no está en la obligación, ni cabe dentro de sus actividades norma-

les, de explotar los yacimientos de hidrocarburos, pues de acuerdo con las leyes, éstos son objeto de concesiones cuando pertenecen a la Nación. No necesita ejercer actos de posesión material sobre ellos, porque siendo su dueño, con carácter de reserva nacional, potencialmente es su legítimo poseedor. Los particulares no pueden apropiarse jurídicamente el petróleo por el solo hecho de que ejecuten actos de posesión sobre el suelo. Y esto es así porque dado que la explotación del petróleo está sometida a un régimen de excepción señalado por la ley, mientras no haya sido descubierto aquél y explotado, no puede radicarse un derecho particular sobre él, con las excepciones que contempla el artículo 10 de la Ley 160 de 1936.

Sentado lo anterior, puede decirse, también, que no hay oscuridad alguna con respecto al carácter de propiedad nacional del bien denunciado, pues si la sociedad Lobitos Oil Fields tiene actualmente la posesión de las tierras de La Llana, que han sido declaradas como bien oculto de la Nación, y en el respectivo juicio reivindicatorio se demuestra que ellas no son de propiedad de la sociedad, por estar amparadas con una titulación falsa, según se desprende de los términos de las resoluciones acusadas, quiere ello decir que los petróleos que se encuentren en esos terrenos conservan su carácter de propiedad nacional, por no haber salido del patrimonio del Estado en forma legal antes del 28 de octubre de 1873.

Y no valdría argüir que si no se ejercitan las acciones del caso oportunamente para obtener la declaratoria de que el subsuelo petrolífero es de la Nación, podría operarse sobre ellos la prescripción adquisitiva por parte de la sociedad que hoy ocupa los terrenos de La Llana, porque en tal caso resultaría que si tal prescripción tuviera lugar, no afectaría sino el dominio de los terrenos y en ningún caso el del petróleo, ya que no podría demostrarse válidamente que tales terrenos fueran de propiedad privada antes de la fecha desde la cual arranca la reserva del Estado sobre el subsuelo petrolífero, en la extensión a que se refiere el denuncia.

No es, pues, en concepto del Consejo, que la denuncia del bien oculto sea festinada, por no haber tenido oportunidad el Gobierno de examinar la situación jurídica de las tierras de La Llana en los términos de la Ley 160 de 1936, ya que no se ha solicitado el permiso para hacer en ellas exploración o perforación, sino que por sí mismo el petróleo sin descubrir, en las condiciones del que pueda existir en los terrenos de que se trata, no son bienes sobre los cuales pueda recaer la presunción de estar abandonados en un sentido material y respecto de los cuales se haya hecho oscuro su carácter de propiedad nacional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto fiscal, niega las peticiones de la demandada.

Notifíquese, cópiese y comuníquese.

Anibal Badel, Diógenes Sepúlveda Mejía, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Tulio Enrique Tascón.—Luis E. García V., Secretario.

Expulsión de extranjeros.

Ponente: doctor Tulio Enrique Tascón.

Consejo de Estado—Bogotá, veintinueve de julio de mil novecientos cuarenta y tres.

Por recurso de súplica, interpuesto por el señor Fiscal, corresponde a la Sala revisar el auto de fecha 28 de abril del año en curso, por el cual el Consejero sustanciador doctor Guillermo Peñaranda Arenas decretó la suspensión provisional de la Resolución número 7, de 18 de marzo de 1943, dictada por el Director General de la Policía Nacional y aprobada por el Ministerio de Gobierno.

Por haber ocurrido empate en la Sala, hubo necesidad de sortear Conjuetz, y habiendo resultado elegido el doctor Camilo Muñoz Obando, con intervención de éste se dirimió el empate en el sentido de negar el proyecto presentado por el Consejero doctor Carlos Rivadeneira, razón por la cual correspondió redactar este proyecto al Consejero que seguía en turno dentro de los que formaron mayoría en la Sala.

Para resolver se considera:

El Director General de la Policía Nacional, con fecha 4 de julio de 1942, dictó la Resolución siguiente:

“De conformidad con lo pedido por el doctor Julio A. Tonz en memorial de fecha 28 de junio, que antecede, manténgase en suspenso el fallo en las diligencias de expulsión que en el Departamento de Extranjeros de la Institución se adelantan contra el señor Alfredo Mourra, hasta tanto se haya proferido sentencia en la causa que contra dicho señor adelanta el Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

“Anótese y cúmplase.

“*Alfredo Azuero Arenas, Director General—Manuel E. Carvajalino, Secretario General*”.

Estando ejecutoriándose y cumpliéndose esta Resolución, la misma Dirección General de la Policía Nacional, sin que se sepa por qué, procedió a dictar la Resolución que ha sido suspendida por el sustanciador, y que es del tenor siguiente:

“RESOLUCION NUMERO 7 DE 1943 (MARZO 18)

por la cual se decreta una expulsión.

“*El Director General de la Policía Nacional,*
en uso de sus facultades legales, y

“CONSIDERADO:

“Que el señor Alfredo Mourra o Farid o Alfredo Mourra Gannem, cuando entró a Colombia por primera vez en el año de 1926, declaró haber nacido en Belén, Palestina, el 29 de junio

de 1913 y ser hijo de Abraham Mourra y Milave Ganem; que en el año de 1935 obtuvo la primera cédula de extranjería en Cartagena, documento que tiene el número 7078, y para cuya obtención presentó el pasaporte número 58/34, expedido por el Ministro de Inglaterra en Bogotá, en octubre de 1934; que en el mes de abril de 1935 obtuvo también en Cartagena la tarjeta postal de identidad número 475, habiendo suministrado nuevamente sus datos como extranjero; en julio de 1936 se le expidió por la Oficina de Cartagena una nueva cédula de extranjería que lleva el número 7688, y en esta ocasión hizo idénticas declaraciones sobre su nacionalidad; que el 18 de octubre de 1937, Alfredo Mourra Ganem recibió del Jurado Electoral de Cartagena la cédula de ciudadanía colombiana número 28383, documento con el cual se ha identificado en diferentes actuaciones civiles y algunas diligencias ante las autoridades; que una vez dueño de la cédula en referencia, Mourra obtuvo la libreta de servicio militar número 31470, en mayo de 1940, y como reservista de segunda clase, esto es, por haber pagado la cuota de defensa, pero no el servicio efectivo; que entre la expedición de la cédula de ciudadanía y la libreta de servicio militar Mourra consiguió una partida de bautismo de la Parroquia de Santa Trinidad, en Cartagena, pero como posteriormente fuera denunciado como extranjero, el Arzobispo abrió una investigación, y como resultado de ésta dispuso cancelar el registro o partida de nacimiento y bautizo de Farid o Alfredo Mourra; que la señora Milave Ganem de Mourra entró al país por primera vez en 1926, y que habiendo nacido su hijo Farid o Alfredo en 1913, es imposible que este nacimiento hubiera ocurrido en territorio colombiano; que la situación del señor Alfredo Mourra o Farid Mourra o Alfredo Mourra Ganem es la contemplada en el aparte e) del artículo 1º del Decreto número 804 de 1936, sobre expulsión de extranjeros, previo concepto verbal del Ministerio de Gobierno,

“RESUELVE:

“Expulsar del territorio nacional al señor Alfredo Mourra o Farid Mourra o Alfredo Mourra Ganem, palestino, registrado bajo el prontuario número 37153 C. M., que en el Departamento de Extranjeros de la institución se lleva.

“Conceder al señor Mourra Ganem un plazo improrrogable de treinta días para que abandone el territorio de la República.

“Si vencido el plazo anterior el señor Mourra no hubiere abandonado el territorio de la República, se pondrá a órdenes del Juez competente, para los efectos del parágrafo único del artículo 5º del Decreto 804 de 1936.

“Cópiese, notifíquese y cúmplase

“José María Barrios T., Director General—Jorge Eduardo Cabrera, Secretario General.

“Aprobado.—*Enrique Acero Pimentel*, Secretario del Ministerio de Gobierno”.

El señor Mourra Ganem, por medio de su apoderado especial, doctor Diego Montaña Cuéllar, pidió al Consejo que declarara nula la preinserta Resolución y que decretara la suspensión provisional de la misma. Invocó en su demanda el artículo 22 de la Codificación Constitucional, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio; los artículos 142, 143

y 149 del Código Judicial, según los cuales la Policía Nacional no es competente para conocer de un negocio cuyo conocimiento haya aprehendido la justicia ordinaria en el concepto de ser el hecho constitutivo de delito, y el artículo 2º del Decreto 804 de 1936, según el cual en los informes-denuncias contra extranjeros por causales que traen aparejada expulsión, debe levantarse informativo, recibiéndole indagatoria al inculpado, formalidades que fueron omitidas en este caso.

Durante la sustanciación del recurso, el doctor Montaña Cuéllar produjo una certificación del Juez 1º Superior del Distrito Judicial de Cartagena, fechada el 8 de mayo de 1943, en que da fe de que en ese Juzgado se adelantan diligencias sumarias contra el nombrado señor Mourra por el delito de falsedad en documento y otros, en relación con una partida de bautizo en que aparece nacido en Cartagena, con cédula electoral y libreta militar expedida a su favor, diligencias iniciadas el 29 de mayo de 1942, y que el mismo Juzgado con fecha 1º de abril de 1943 promovió competencia al Director de la Policía Nacional para que se inhibiera de seguir conociendo en el expediente de expulsión del señor Mourra mientras se fallaba el proceso que por el mismo hecho se había radicado en ese Juzgado. Igualmente acompañó copia del auto de 9 de junio de 1943, por el cual el Juzgado 1º Superior de Cartagena declaró prescrita la acción penal y en consecuencia sobreseyó definitivamente en las referidas diligencias sumarias a favor del señor Alfredo Mourra Ganem, auto enviado en consulta al Tribunal. Y por último acompañó partidas de origen eclesiástico en que consta que contrajo matrimonio católico en Cartagena con la señora Carolina Hilzaca, natural de Plato, en el Magdalena, y que es padre del niño Evelyn, bautizado en la Parroquia de Santa Cruz de Manga, en Cartagena.

Para mejor esclarecimiento de la cuestión jurídica que se controvierte, se procederá a hacer un estudio de las disposiciones sobre el particular vigentes:

El artículo 6º de la Ley 2ª de 1936 facultó al Poder Ejecutivo para reglamentar, en forma que consulte los intereses nacionales, la entrada, residencia y expulsión de extranjeros, y derogó el artículo 9º de la Ley 48 de 1920 y todas aquellas disposiciones que se opusieran a la facultad que por tal artículo se otorgaba al Gobierno, pero sin referirse expresamente al artículo 8º de la misma Ley 48, que enumeró las causales por las cuales podrían los extranjeros ser expulsados del territorio nacional, previa formación de un expediente justificativo.

En ejercicio de tales facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto 804 de 1936, cuyo artículo 1º dice:

“Serán expulsados del país los extranjeros que se encuentren comprendidos en alguno o algunos de los casos siguientes:.....

“e) Los que haciendo uso de documentos apócrifos o de otra manera finjan nombre o nacionalidad distintos de los que le corresponden”.

“q) Los que por medios fraudulentos obtengan documentos para acreditar su nacionalidad colombiana”.

Los artículos 2º y siguientes del mismo Decreto reglamentaron la manera de cómo debía decretarse la expulsión, que sería por resolución del Director General de la Policía Nacional, aprobada por el Ministerio de Gobierno, previo el perfeccionamiento de un informativo, en el que se recibiría al inculpado declaración indagatoria.

Posteriormente, el Gobierno, invocando las mismas facultades conferidas por el artículo 6º de la Ley 2ª de 1936, en el concepto de que éstas tenían carácter permanente, dictó el Decreto número 1205 de 1940, por el que adicionó las causales de expulsión de extranjeros contenidas en las leyes y decretos vigentes, y dispuso por el artículo 8º lo siguiente:

"Podrán ser expulsados del territorio del país, mediante resoluciones del Director General de la Policía Nacional y previa consulta verbal con el Ministerio de Gobierno, los extranjeros que, a su juicio, hayan incurrido en alguna de las causales de este Decreto y demás disposiciones anteriores vigentes u otras semejantes.

"Estas resoluciones no tendrán ningún recurso ante el Ministerio de Gobierno y se cumplirán inmediatamente de notificadas".

El artículo 13 de este mismo Decreto dice:

"La Sección de Extranjeros de la Policía Nacional tendrá la vigilancia de la entrada, permanencia y salida de extranjeros en el territorio del país; y con los datos que reciba de las demás autoridades o los que le solicite preparará las resoluciones de expulsión que deba dictar el Director General".

Según el artículo 14 de este Decreto, debía empezar a regir el 1º de julio de 1940.

No es menester dilucidar ahora la cuestión de si las facultades concedidas al Gobierno por la Ley 2ª de 1936 se agotaron desde el momento mismo en que el Gobierno las ejerció al expedir el Decreto número 804 de ese año. Baste consignar aquí que el Decreto número 1205 de 1940, que el Órgano Ejecutivo dictó invocando las facultades que en 1936 le habían sido conferidas para reglamentar la expulsión de extranjeros, es de fecha posterior al primero de julio de 1938, en que entraron a regir la Ley 95 de 1936 (Código Penal) y la Ley 94 de 1938, sobre procedimiento penal, leyes éstas que no podían ser modificadas por un decreto dictado en uso de facultades especiales concedidas por una ley anterior a dichos Códigos. Ya ha dicho el Consejo, a propósito del Decreto número 554 de 1942, expedido en uso de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 128 de 1941, que el Gobierno no podía modificar o derogar por medio de aquel Decreto las disposiciones de la Ley 167 de 1941, sobre jurisdicción de lo contencioso administrativo, por ser este Código posterior a la ley que confirió las facultades extraordinarias referidas.

Ahora bien: el artículo 42 del Código Penal dice que son penas accesorias, cuando no se establezcan como principales, las siguientes: "... la expulsión del territorio nacional, para los extranjeros". El artículo 45 establece la duración de las penas y menciona la de expulsión de los extranjeros, con lo cual está indicando que esta pena es perpetua. El artículo 58 dice que, por regla general, y salvo las excepciones consignadas en la parte especial del Código, las penas de presidio y prisión llevan consigo, para los extranjeros, la expulsión del territorio nacional. Si, pues, la expulsión del territorio nacional es una pena accesoria de las de presidio y prisión, para los extranjeros que hayan cometido delitos castigados con dichas penas, parece claro que sólo el Juez de la causa puede imponer aquella pena accesoria en la sentencia que recaiga en el respectivo juicio criminal.

En este sentido tiene razón el Consejero sustanciador cuando dice que si ocurre una falsificación de documentos públicos o cualquier otro delito común, la expulsión del extranjero sindicado frustraría tanto la acción penal como la civil, ya que es sabido que la suerte de ésta se halla estrechamente vinculada a la que corra aquélla.

Fuera de eso, como el hecho que se imputa al señor Mourra consiste en haber recibido del Jurado Electoral de Cartagena cédula de ciudadanía con fecha 18 de octubre de 1937, mediante una partida de bautizo que resultó falsificada, no podría aplicársele la pena de expulsión que le impuso la Resolución número 7, de 18 de marzo de 1943, porque en

esta fecha ya había prescrito la acción penal, como así lo reconoció el Juez Superior del Distrito Judicial de Cartagena que conoció del delito, al declarar que dicha acción había prescrito a los cinco años contados a partir del mes de octubre de 1937, de modo que la prescripción se consumó en octubre de 1942, y sería absurdo que se admitiera que la prescripción estaba consumada para la imposición de la pena principal y no para la de la accesoria.

Admitir que la Policía puede expulsar a un extranjero por sindicársele de la comisión de un delito que está al conocimiento de los Jueces comunes, aparte de las razones de orden legal que se dejan expuestas, tendría la gravísima e irreparable consecuencia de que el delito se quedara impune, de que se hiciera nugatoria la acción civil para la reparación del daño causado, y de que, en caso de que el Juez sobreseyera en favor del acusado o dictara sentencia absolutoria, no pudiera éste volver al territorio nacional, con agravio de la justicia, y aun, como pudiera suceder en este caso, con menoscabo de los intereses del extranjero fincados en Colombia y del cónyuge e hijos colombianos.

Analizadas las disposiciones de las leyes y decretos vigentes sobre expulsión de extranjeros, se ve que existen dos procedimientos distintos, según se trate de la expulsión como medida preventiva o como pena accesoria. Si se trata de la imposición de una pena accesoria, por delito que merezca pena de presidio o prisión, ella no puede ser impuesta sino por el Juez que impone la pena principal y que conoce del proceso penal. Pero si se trata de la expulsión del extranjero, como medida preventiva, por los motivos de seguridad nacional que contemplan las disposiciones vigentes, ella puede ser decretada por la Dirección General de la Policía Nacional, con la aprobación del Ministerio de Gobierno, en vista de los datos que recoja la Sección de Extranjeros, sin que pueda decirse que la resolución que, en estos casos dicte la Policía, sea de las que ponen fin a un juicio de naturaleza penal, de las que el artículo 73 de la Ley 167 de 1941 excluye de acusación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, exclusión que no es una novedad introducida por aquella Ley, porque ya regía en idénticos términos bajo la legislación anterior, establecida por la Ley 99 de 1919, bajo cuyo imperio el Consejo conoció de negocios análogos, sin que entonces se hubiera suscitado la cuestión de competencia.

Bastan las consideraciones que preceden, que la Sala aduce *prima facie* y sin perjuicio de que en la sentencia definitiva se estudie el negocio más a fondo, para confirmar, como en efecto se confirma, el auto de fecha 28 del año en curso, dictado por el Consejero sustanciador, en la parte que ha sido materia de la súplica.

Notifíquese.

Tulio Enrique Tascón; Gabriel Carreño Mallarino; Camilo Muñoz Obando, Conjuez; Carlos Rivadeneira G., con salvamento de voto; Diógenes Sepúlveda Mejía, con salvamento de voto; Gonzalo Gaitán; Gustavo A. Valbuena, con salvamento de voto.—Luis E. García V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

de los doctores Rivadeneira, Sepúlveda Mejía y Valbuena.

Esta pieza, que fue reproducida en su totalidad como salvamento de voto de los doctores Badel, Rivadeneira G. y Sepúlveda Mejía, respecto de la sentencia sobre este mismo asunto, se publica en seguida de la del ponente del fallo definitivo, doctor Peñaranda Arenas.

Reparación del derecho. - Prescripción de la Nación.

Ponente: doctor Tulio Enrique Tascón.

Consejo de Estado—Bogotá, diez de agosto de mil novecientos cuarenta y tres.

Con fecha dos del mes pasado, el señor Pastor Villarraga pidió al Consejo que declarara nula la Resolución por la cual el Director General de Prisiones —Ministerio de Gobierno— nombró Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Popayán al señor Félix López, en reemplazo del demandante, y que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se condenara a la Nación a pagarle los sueldos dejados de percibir desde el 15 de febrero del corriente año, en que el señor López lo reemplazó en el cargo.

Fundó su demanda en que había sido ilegalmente removido del empleo que desempeñaba, no obstante estar inscrito en el Escalafón Administrativo Nacional.

El Consejero doctor Diógenes Sepúlveda Mejía, a quien fue repartida la demanda, por auto de 8 del mes pasado declaró que no era el caso de admitirla, por estar vencido el término de 4 meses que el artículo 83 de la Ley 167 de 1941 concede para demandar el restablecimiento del derecho particular lesionado.

El señor Villarraga, por escrito de 13 de julio pasado, pidió reposición y en subsidio interpuso recurso de súplica.

Como tratándose de un auto interlocutorio de inadmisión de la demanda el recurso precedente es el de súplica, el sustanciador pasó el negocio a la Sala de Decisión, en donde para resolver lo que sea legal se considera:

Conforme al inciso tercero del artículo 83 del Código de lo Contencioso Administrativo, la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de 4 meses, a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción.

El recurrente alega para que la demanda sea admitida: 1º Que la Resolución cuya nulidad se demanda no ha sido publicada ni le ha sido notificada; y 2º Que el término legal no está vencido, porque deben descontarse los días en que no hubo despacho en el Consejo por estar los Consejeros visitando los Tribunales Administrativos, así como también los días feriados y de la semana santa.

Tratándose del primer punto, la jurisprudencia del Consejo ha dicho, de acuerdo con el tenor literal de la ley, que si el acto no ha sido publicado, el término de la prescripción se cuenta desde la ejecución del acto o la realización del hecho, que en este caso fue la remoción del señor Villarraga, el cual quedó notificado desde el momento mismo en que tuvo que hacer entrega del cargo.

Ahora, tratándose del término perentorio de 4 meses, ha dicho también la jurisprudencia del Consejo en múltiples fallos, que cuando la ley habla de meses, deben entenderse los del calendario, como así lo expresa el artículo 59 del Código de Régimen Político y Municipal, pues cuando la ley quiere referirse a días hábiles no cuenta los términos por meses sino por días.

Siendo esto así, el término para demandar la nulidad de la Resolución acusada venció el 15 de junio del corriente año, en que se cumplieron los 4 meses contados desde la fecha en que, según el mismo demandante, fue él separado del cargo.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión confirma la providencia que ha sido materia de la súplica.

Notifíquese.

Anibal Badel, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Prestaciones sociales.

Ponente: doctor Tulio Enrique Tascón.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto trece de mil novecientos cuarenta y tres.

El doctor Manuel D. Sánchez Mendoza, en escrito presentado el diez de junio del año en curso, solicita del Consejo que declare nulo el artículo 30 del Decreto número 2840, de fecha treinta y uno de diciembre del año pasado, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 1942, "sobre prestaciones a los funcionarios del Organó Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo", artículo que es del tenor siguiente:

"Los empleados subalternos tienen derecho a las prestaciones reconocidas en la Ley 22 siempre que el nombramiento proceda de una autoridad del Organó Judicial, de lo Contencioso Administrativo o del Ministerio Público, aunque sus funciones sean de índole administrativa".

El doctor Sánchez Mendoza funda su solicitud en que la disposición transcrita es violadora de los artículos 1º, 5º, 6º y 15 de la Ley 22 de 1942, que el mencionado Decreto número 2840 reglamenta.

Hace consistir el concepto de la violación en que las disposiciones legales mencionadas consagran prestaciones en favor de los funcionarios del Organó Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, así como de sus respectivos subalternos, y expresan que participarán de los beneficios de la Caja de Previsión creada por la misma Ley "todos los funcionarios y empleados pagados por el Tesoro Nacional, que pertenezcan al Organó Judicial, al Consejo de Estado, a los Tribunales Contencioso Administrativos y al Ministerio Público", en tanto que la disposición acusada consagra una excepción no prevista en la Ley reglamentada y que consiste en exigir que los empleados subalternos, para que tengan derecho a las prestaciones reconocidas en la Ley 22 necesitan que su nombramiento proceda de una autoridad del Organó Judicial, de lo Contencioso Administrativo o del Ministerio Público, de modo que los empleados subalternos, por ejemplo, de la Fiscalía del Consejo de Estado, no obstante ser empleados de una oficina del Ministerio Público, vienen así a quedar excluidos de las prestaciones consagradas por la ley, por cuanto dichos empleados no son nombrados por el Fiscal de esta corporación sino por el Presidente de la República.

El demandante invoca la reiterada y constante jurisprudencia del Consejo, según la cual el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede ampliar ni restringir el alcance de la ley, ni establecer excepciones o requisitos no contemplados en la Ley reglamentada, ni consignar normas nuevas, porque el reglamento debe estar contenido en la misma ley que desarrolla, y porque los reglamentos dictados por el Organó Ejecutivo sólo tienen fuerza de ley en cuanto no contraríen otras leyes o la misma ley reglamentada, como así lo expresa el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

Aparece claro que el artículo 30 del Decreto número 2840 citado viola las disposiciones de la Ley 22 de 1942 en cuanto exige, para que los empleados subalternos tengan derecho a las prestaciones reconocidas por dicha Ley, que su nombramiento proceda de una autoridad del Órgano Judicial, de lo Contencioso Administrativo o del Ministerio Público; pero no en cuanto declara que tienen derecho a tales prestaciones, aunque sus funciones sean de índole administrativa, pues en esta parte la disposición, lejos de violar la ley reglamentada, desarrolla claramente el pensamiento del legislador.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, *declara* nulo el artículo 30 del Decreto número 2840 de 1942, por el cual se reglamenta la Ley 22 de 1942, sobre prestaciones a los funcionarios del Órgano Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, pero únicamente en la parte que dice: "siempre que el nombramiento proceda de una autoridad del Órgano Judicial, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público".

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno y archívese el expediente.

Aníbal Badel, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía, Gonzalo Gaitán.—Luis E. García V., Secretario.

Vacaciones remuneradas.

Ponente: doctor Tulio Enrique Tascón.

Consejo de Estado—Bogotá, seis de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

Por Resolución número 123 de 1942, el Gobernador del Departamento de Boyacá reconoció a favor del doctor Antonio Córdoba Mora, la cantidad de \$ 600.00, por concepto de vacaciones correspondientes a tres años de servicios prestados al Departamento, a partir del 20 de septiembre de 1938, en los cargos de Secretario de Gobierno, Contralor y Gobernador.

El señor Antonio Carrillo B. pidió al Tribunal Administrativo de Boyacá que declarara nula dicha Resolución, y el Tribunal, por sentencia del 31 de julio del año en curso, declaró la nulidad, con salvamento de voto del Magistrado doctor Pablo E. Caballero.

El doctor Córdoba Mora interpuso recurso de apelación, el que le fue negado por el Tribunal *a quo* en auto de 10 de agosto pasado, y habiendo el doctor Córdoba Mora solicitado reconsideración de tal providencia, el Tribunal no accedió a reponerla, por auto de 7 del mes pasado, pero en cambio ordenó expedir las copias solicitadas por el doctor Córdoba Mora para recurrir de hecho al Consejo de Estado, al que en efecto ha ocurrido por escrito del 27 de septiembre postrero.

El Consejo, en vista de lo alegado y probado, procede a decidir el recurso de hecho interpuesto, y para ello considera:

De conformidad con el artículo 35 de la Ley 167 de 1941, el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones o consultas de las sentencias definitivas de los Tribunales Administrativos, en los casos previstos por la ley, y de conformidad con el artículo 54 de la misma Ley, los Tribunales conocen en primera instancia de los juicios de nulidad contra las *resoluciones* y otros actos de los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y demás empleados, funcionarios o corporaciones administrativas del orden departamental, intendencial o comisarial.

Si, pues, la sentencia a que se refiere el recurso de hecho ha sido dictada por un Tribunal Administrativo contra una resolución del Gobernador del Departamento de Boyacá, está claro que contra ella cabe el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, y, por consiguiente, esta corporación debe decidir que el recurso es procedente, y darle el curso legal.

El Tribunal para negar el recurso de apelación se fundó en dos consideraciones, a las cuales habrá de referirse el Consejo separadamente, es a saber: 1º Que conforme al ordinal 5º del artículo 52 de la Ley 167 citada, los Tribunales Administrativos conocen privativamente y en una sola instancia: "De las demandas sobre pensiones, recompensas, etc., departamentales o municipales, o de las resoluciones de las autoridades administrativas sobre las mismas materias", y 2º Que este precepto es aplicable a las demandas sobre prestaciones sociales, como son las relativas al reconocimiento de vacaciones remuneradas.

Ante todo, cabe observar que el presente negocio no versa sobre una demanda de pensión, recompensa, etc., sino sobre nulidad de una resolución gubernativa que reconoció el derecho a unas vacaciones remuneradas.

En relación con el ordinal 5º del artículo 52 del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, el ponente de este auto en su *Tratado de Derecho Contencioso Administrativo Colombiano* (página 83), hizo el siguiente comentario, que el Consejo prohija:

“Hubo un error en incluir entre los negocios de que conocen los Tribunales Administrativos *en una sola instancia*, los mencionados en el ordinal 5º, o sean las demandas sobre pensiones, recompensas, etc., departamentales o municipales, o las resoluciones de las autoridades administrativas sobre la misma materia, ya que este ordinal debió incluirse como 3º del artículo 55, que trata de los asuntos de que tales Tribunales conocen en *segunda instancia*, pues el artículo 16ª aclara que estos Tribunales conocen por apelación o por consulta de las resoluciones del Gobernador sobre pensiones o recompensas departamentales, y del Concejo o del Alcalde sobre las pensiones o recompensas municipales”.

Pero hay más, y es que el Consejo ha dicho en una reiterada y constante jurisprudencia que las disposiciones del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo referentes a pensiones y recompensas no tienen aplicación a las obligaciones pecuniarias emanadas de las leyes sobre prestaciones sociales, como puede leerse en la página 11 del Informe rendido por esta corporación a las Cámaras Legislativas de 1942, en donde se lee que las resoluciones que reconocen obligaciones pecuniarias “no están sujetas a apelación ni consulta cuando los reconocimientos no se refieren a pensiones, sueldos de retiro o recompensas, sino a obligaciones emanadas de las leyes sobre prestaciones sociales, como son las indemnizaciones por accidentes de trabajo, sueldos de cesantía, auxilios por enfermedad, *vacaciones remuneradas*, seguros de vida colectivos, etc., casos que por su naturaleza no competen a la jurisdicción contencioso administrativa, y que al Consejo sólo *pueden venir por recursos contenciosos de anulación* y de plena jurisdicción contra la providencia administrativa que los niega”.

Por lo expuesto el Consejo de Estado decide el recurso de hecho interpuesto, admitiendo, como admite, la apelación de la sentencia de fecha 31 de julio del corriente año, dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, y dispone que el inferior remita el expediente original, previa citación de las partes, apelación que se concede en el efecto suspensivo.

Notifíquese y cúmplase.

Anibal Badel, Tulio Enrique Tascón, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García W., Secretario.

Bienes ocultos.

Ponente: doctor Tulio Enrique Tascón.

Consejo de Estado—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos cuarenta y tres.

En escrito presentado el 9 de julio del año en curso, el doctor Jesús Echeverri Duque, obrando en su propio nombre, hizo al Consejo las siguientes peticiones:

“a) Que se declare la nulidad de la Resolución número 182, de 17 de julio de 1943, que presentó en copia auténtica, por virtud de la cual el Ministerio de Minas y Petróleos negó la existencia del bien oculto denunciado;

“b) Que se declare la existencia de este bien oculto, consistente en las sumas que la Nación ha dejado de cobrar por concepto del impuesto sobre exceso de utilidades, por errónea liquidación del tributo, y

“c) Que se ordene a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales rehaga las liquidaciones correspondientes a las declaraciones presentadas en los años de 1942 y 1943, teniendo en cuenta el patrimonio existente en 31 de diciembre del año anterior al año gravable y ordene el cobro del mayor valor que los contribuyentes indicados deben cubrir por concepto del impuesto sobre exceso de utilidades. Estimo violados por el concepto indicado los artículos 17 y 18 de la Ley 78 de 1935”.

Como hechos de su demanda enumeró los siguientes:

“1º De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 78 de 1935, ‘se entiende que hay exceso de utilidades en cuanto éstas sobrepasen la tasa del doce por ciento (12%) anual, con relación al patrimonio en 31 de diciembre del año anterior’. ‘El contribuyente, en su declaración anual de renta, deberá manifestar ineludiblemente el patrimonio que poseía el treinta y uno (31) de diciembre del año anterior’.

“2º La misma base para la liquidación de este impuesto complementario fija el artículo 18 de la misma Ley, que dice: ‘La declaración de patrimonio que haya producido utilidades en cada año gravable deberá hacerse por todas las personas naturales o jurídicas gravables, con impuesto sobre la renta, en el tiempo, condiciones y formularios, y bajo las sanciones establecidas por leyes y decretos vigentes para las declaraciones de renta’.

“3º Es decir, que según los textos claros de la ley, el patrimonio que debe tenerse en cuenta para la liquidación del impuesto sobre exceso de utilidades es el que el contribuyente tenía el 31 de diciembre del año anterior al año gravable. Este capital, en su movimiento durante el año, es el que realmente ha producido la renta.

"4º Si para la liquidación de este impuesto se tomara en cuenta el patrimonio poseído el 31 de diciembre del año gravable, se llegaría a situaciones absurdas. El contribuyente que durante el año gravable haya movido su patrimonio en cualquier industria o comercio gravables con exceso de utilidades y que el 30 de diciembre del año gravable resuelve invertir su patrimonio en bienes exentos del impuesto, no podría ser gravado con el tributo complementario sobre exceso de utilidades, habiéndolas obtenido realmente.

"5º A la inversa, si un contribuyente que ha negociado durante todo el año en industrias exentas por la ley de dicho impuesto, y que el 30 de diciembre del año gravable tiene que convertir su patrimonio en otros bienes no libres del mismo tributo, sería gravado injustamente, a pesar de que el capital que produjo el exceso de beneficios no fue el existente en 31 de diciembre del año gravable, sino el que se movió desde el 31 de diciembre del año anterior.

"6º Se ha presentado el caso práctico de quien inició el año gravable con un patrimonio que produjo una utilidad menor del doce por ciento (12%), y sin embargo fue gravado injustamente con el impuesto sobre exceso de utilidades, porque un incendio acaecido en el mes de diciembre del año gravable destruyó la mayor parte de su capital. Se consideró que había obtenido un exceso de utilidades, comparando equivocadamente su patrimonio el día 31 de diciembre con los provechos derivados durante el año gravable.

"7º La ley eximió del impuesto en estudio las utilidades *obtenidas* con capitales invertidos en minas de oro, plata y platino, y las utilidades *derivadas* de capitales invertidos en predios, plantaciones, etc., destinados al café y bananos. Expresiones éstas que dan a entender evidentemente que el patrimonio que debe tenerse en cuenta no es el total que resulta de sumar éste con la renta, sino el que existía el 31 de diciembre del año anterior al gravable.

"8º Así lo aceptó el honorable Consejo en su fallo de 11 de diciembre de 1941, que dice así: 'De los términos en que está concebido el ordinal a) del artículo 14 de la Ley 78 de 1935, se deduce que la base para la determinación del exceso de utilidades es el capital que haya producido la renta, o sea el capital con que se principiaron operaciones en el año gravable, y no el obtenido al fin del mismo, con la acumulación a éste de las ganancias o utilidades adquiridas durante el curso de él, utilidades que no se producen, no se pueden producir, a sí mismas antes de ser capitalizadas'.

"9º Es el caso de ampliar este ilustrado concepto, como norma general para la liquidación del impuesto sobre exceso de utilidades, porque donde hay la misma razón debe haber la misma disposición.

"10. No lo entiende así la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, que ha venido liquidando el impuesto sobre exceso de beneficios, teniendo en cuenta el patrimonio existente en 31 de diciembre del año gravable, es decir, el capital más la renta, lo que rebaja naturalmente la cuantía del tributo.

"11. En vista de esta situación, que ha venido a oscurecer el título que tiene el Estado a percibir tal tributo en su verdadera cuantía y que entraña el abandono de un bien patrimonial de la Nación, hebe de formular el correspondiente denuncia a fin de que se rectificara la liquidación del impuesto y se impusiera

un gravamen adicional para aquellos contribuyentes cuyo patrimonio excede de \$ 100.000, teniendo en cuenta las declaraciones presentadas en los años de 1942 y 1943.

"12. Negó el Ministerio de Minas y Petróleos la existencia del bien oculto nacional, fundado en los conceptos adversos del Procurador General de la Nación y de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales".

Surtida como está la tramitación propia de la instancia, se procede a dictar el fallo que le ponga término, previas las siguientes consideraciones:

Con fecha 6 de diciembre de 1942, el doctor Echeverri Duque celebró con el Gobierno un contrato sobre denuncia y recuperación de bienes ocultos del Estado, que fue aprobado por el Órgano Ejecutivo y declarado ajustado a la ley por el Consejo de Estado en providencia de 23 de febrero del año en curso.

En tiempo oportuno el contratista presentó al Ministerio la exposición acerca de los bienes que consideraba ocultos, y el mismo Ministerio recogió sobre el particular el concepto del Procurador General de la Nación y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al cual consideró conveniente oír, por tener éste a su cargo la interpretación de las leyes fiscales y la resolución de las consultas referentes a la aplicación de ellas.

De acuerdo con el concepto de la Procuraduría y de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Minas y Petróleos, por la Resolución número 182 acusada, declaró que lo denunciado por el doctor Echeverri Duque no constituía un bien oculto del Estado.

La Resolución para declararlo así consideró que el artículo 13 de la Ley 78 de 1935 estableció como impuesto adicional al de la renta otro "sobre exceso de utilidades líquidas obtenidas en cada año gravable", y que el artículo 91 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de aquélla, dispuso que la base para su liquidación sería la renta líquida del contribuyente, menos los impuestos sobre la renta y patrimonio, con relación al patrimonio gravable, patrimonio que, según el artículo 21 de la misma Ley, es el poseído en 31 de diciembre del año anterior, entendiéndose por tal el inmediatamente anterior a aquel en que se hace la respectiva declaración, de modo que si el contribuyente declara su renta en los meses de enero o febrero de 1943 por el año gravable de 1942, el patrimonio poseído el 31 de diciembre de 1942 y no el poseído el 31 de diciembre de 1941 es el que debe tomarse de base para liquidar el exceso de utilidades.

Acogió principalmente los siguientes conceptos de la Jefatura de Rentas:

"Existen otros dos argumentos deducibles del texto mismo de la Ley 78 para concluir que el patrimonio que debe tenerse en cuenta, para la liquidación del impuesto sobre la renta, bien sea sobre la base patrimonial o para relacionarlo con la renta para liquidar el exceso de utilidades, debe ser el del fin del año gravable, y que la Jefatura no ha expuesto con anterioridad por falta de ocasión. Pero que sea esta importante oportunidad la aprovechada para hacerlo. El inciso 2º del artículo 29 de la citada Ley 78 dice: 'A falta de catastros de propiedad inmueble, los bienes raíces se declararán por el valor comercial que hubieren tenido en 31 de diciembre del año gravable.'. Si el legislador no hubiera querido que el patrimonio que debía tenerse en cuenta para la liquidación del impuesto sobre la renta en sus diferentes bases fuera el del fin del año gravable, no

hubiera dicho en este caso que se tomara el valor comercial de los bienes raíces en 31 de diciembre del año gravable, sino el 1º de enero del mismo año, o en 31 de diciembre del año anterior al gravable, como quiere hacerse decir en los otros artículos. Y a ese patrimonio se refiere el artículo 91 del Decreto 818 de 1936, reglamentario de la Ley 78, cuando dice lo siguiente: 'El impuesto adicional sobre exceso de utilidades tiene como base para la liquidación la renta líquida del contribuyente, menos los impuestos sobre la renta y patrimonio, con relación al *patrimonio gravable*'.

"El otro argumento surge de la disposición del artículo 24 de la Ley 78: 'No estarán sujetos al gravamen sobre patrimonio: a) Los sueldos, salarios, jornales, emolumentos y honorarios de profesionales liberales, y en general las rentas provenientes exclusivamente de trabajo.....' Indudablemente se refiere esta exención a los sueldos, etc., que se hayan recibido en el año gravable; por tanto, la exención se aplica para los sueldos, etc., que hayan pasado al patrimonio, en donde están exencionados; y es un hecho muy claro que semejante situación no puede establecerse sino en 31 de diciembre del año gravable en que se hayan recibido, que es cuando se sabe la cantidad de tales sueldos, etc., que se hayan capitalizado. No habría ninguna otra forma de darle aplicación y realidad a esta disposición legal. Y así se llega también inequívocamente a la conclusión de que el legislador no pensó en patrimonio distinto que el de fin del año gravable para la liquidación del impuesto sobre la renta con base en el patrimonio, y por tanto en el mismo, para relacionarlo con la renta para liquidar el exceso de utilidades....."

La tesis que el demandante le atribuye al Consejo aludía al patrimonio que debe tenerse en cuenta para apreciar si un contribuyente está sujeto al pago del impuesto por exceso de utilidades, mas no al patrimonio que debe tomarse como base para liquidar el impuesto, cosa bien distinta.

Cabe, ante todo, anotar que en lo que se refiere a impuestos causados por el año gravable de 1941 y a las declaraciones sobre la renta hechas en el año de 1942, no solamente no hay bien oculto, sino que no hay bien nacional de ninguna clase, porque conforme al inciso 2º del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, no hay lugar a cambio alguno por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales "en la renta tasable o en impuesto de cualquier contribuyente, después del 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración". Lo que quiere decir que desde el 1º de septiembre del año en curso no puede ya la Jefatura hacer cambio alguno en la liquidación de la renta declarada en 1942 por el año gravable de 1941. La denuncia, si fuera procedente, sólo podría tener cabida en relación con las declaraciones hechas en 1943.

El señor Fiscal, en su vista número 263, dice lo siguiente:

"Mediante el procedimiento administrativo del denuncia de los bienes ocultos, regulado hoy por la Ley 27 de 1935, los particulares colaboran con la administración en la defensa del patrimonio del Estado o de las demás entidades de derecho público, y para que esa colaboración sea eficaz se requiere que el denunciante manifieste en forma concreta o individualizada cuál es el bien a que le atribuye el carácter de oculto.

"En efecto, de la noción de esta clase de bienes, dada por el artículo 1º de la Ley 27, se desprende que los que se pueden denunciar como tales son cosas concretas e individuales, ya se trate de cosas corporales o incorporales, puesto que los bienes, por definición legal consignada y explicada por el artículo 653

del Código Civil, no pueden consistir sino en una de estas dos especies de cosas.

"Las meras abstracciones jurídicas fundadas en tesis más o menos acertadas de derecho no son por sí solas bienes, es decir, cosas corporales o incorporales; pueden ser a lo más el fundamento de derecho objetivo que aplicado a un caso concreto se traduzca en la existencia de un bien, pero sin la enunciación de esa situación jurídica individual no se puede aceptar que se haya denunciado bien alguno sobre el cual pueda recaer el examen necesario para saber si tiene o no la condición de oculto que le asigna el denunciante.

"Por eso, con toda propiedad, el ordinal a) del Decreto 2963 de 1936 exige al denunciante que presente una exposición, 'en que con toda claridad y precisión diga en qué consiste el bien denunciado, describiéndolo por su ubicación y linderos, si fuere raíz, o determinándolo claramente si no lo fuere, de suerte que se individualice puntualmente'.

"En el presente denuncia, de los términos en que está concebido no se desprende que se haya individualizado puntualmente el bien o bienes que se suponen ocultos; no se dice cuáles fueron las personas que pagaron deficientemente el impuesto de exceso de utilidades y ni siquiera se ha tratado de demostrar que en realidad estos pagos se hicieron en la forma que considera errada el denunciante.

"No ha existido, pues, un verdadero denuncia de un bien cuyo carácter de propiedad nacional se haya hecho oscuro. Lo que se ha hecho es denunciar, como si fuera un bien, una tesis jurídica abstracta, una interpretación que, según el actor, debe dársele a la Ley 78 de 1935, para que las liquidaciones del impuesto sobre exceso de utilidades se hagan en forma ajustada a sus preceptos.

"Mas no es esto lo que quiere la ley. Ella pretende es valerse de la investigación particular para reincorporar al patrimonio público bienes, es decir, cosas que no se encuentren en él, pero que se indiquen en forma concreta e individualizada. La discusión de meras tesis de derecho, sin vinculación a una relación jurídica patrimonial determinada, no parece caber dentro de la noción legal de los bienes ocultos.

"De esto se desprende que el doctor Echeverri Duque no ha denunciado bien alguno para que el Consejo pueda pronunciarse sobre la calidad de oculto que pueda tener.

"Mas si de otro parecer fuere esa corporación y resolviera entrar a examinar el valor jurídico de la tesis que constituye la denuncia, la Fiscalía se permite recordar que ella carece de novedad, pues es la misma que prohibió el Consejo de Estado en sentencia del 7 de mayo del corriente año al resolver la apelación interpuesta por el señor Pompilio Tafur F. contra una sentencia del Tribunal de Ibagué.

"Mediando esa circunstancia tiene cabida en el presente juicio la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual 'cuando la situación jurídica de donde un denunciante hace derivar los derechos de la Nación es conocida por el Estado, el bien no es oculto o ignorado, y por este aspecto falta una de las condiciones para tenerlo como tal'. (Sentencia de 13 de agosto de 1940. *Anales del Consejo* números 293 a 295, página 644)."

El Consejo comparte la tesis de la Fiscalía acerca de la necesidad de que el denunciante individualice puntualmente los bienes que se trata de hacer entrar de nuevo efectivamente al patrimonio del Estado, para

que pueda haber lugar a la denuncia de bienes ocultos, pues de otro modo lo que existiría sería un contrato de mandato para que el contratista cobrara por la vía judicial o administrativa, en casos como el contemplado, cualesquiera créditos que pudieran existir a favor de la Nación por determinada clase de conceptos.

El artículo 1º de la Ley 27 de 1935 preceptúa:

“Son bienes ocultos de la Nación, de los Departamentos y de los Municipios, y pueden denunciarse como tales, aquellos que, además de estar simplemente abandonados en su sentido material por la entidad dueña de ellos, estén en condiciones tales, que su carácter de propiedad pública se haya hecho obscuro hasta el punto de que para que entren de nuevo a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, respectivamente, haya necesidad de ejercer acciones en juicio”.

Ninguno de estos requisitos reúnen los bienes que el doctor Echeverri Duque denuncia como ocultos. En primer lugar, porque las sumas que él considera que se han cobrado de menos por el impuesto sobre exceso de utilidades no han sido en ningún momento ignoradas por la Nación, sino que ella no las ha liquidado porque los funcionarios de Hacienda han interpretado las disposiciones legales en un sentido distinto del en que el denunciante considera que deben interpretarse; en segundo lugar, porque no se trata de hacer *entrar de nuevo* a formar parte efectiva del patrimonio común de la Nación las sumas denunciadas, las cuales nunca habían entrado a dicho patrimonio y no habían sido, por consiguiente, abandonadas; en tercer lugar, porque, como ya se vio, no sería posible liquidar de nuevo el impuesto sobre exceso de utilidades causado en 1941, porque está vencido el término en que la ley permite hacer cambios en tales liquidaciones, y porque tratándose de los impuestos por el año gravable de 1942, mal puede afirmarse que ha habido abandono por parte de la Nación en el cobro de determinadas sumas imputables a excesos de utilidades, cuando apenas la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales está revisando las liquidaciones practicadas por las Administraciones de Hacienda y no puede saberse si el impuesto sobre las superutilidades lo está liquidando teniendo en cuenta el patrimonio de los contribuyentes en 31 de diciembre de 1942 o en 31 de diciembre de 1941; y finalmente, porque si hubiera bienes ocultos del Estado por el concepto que expresa el denunciante, no sería menester ejercer ninguna acción en juicio para que volvieran a entrar esos bienes al patrimonio común del Estado, pues bastaría que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales al revisar, oficiosamente, como puede hacerlo, las liquidaciones practicadas, liquidara el exceso de utilidades teniendo en cuenta el patrimonio poseído en el año inmediatamente anterior al año gravable y no el poseído en el año inmediatamente anterior al de la declaración del contribuyente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, *niega* la demanda de nulidad de la Resolución número 182, de 17 de junio del año en curso, dictada por el Ministerio de Minas y Petróleos, a que se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y archívese. Se habilitará el papel común empleado y se devolverá al Ministerio mencionado el expediente que envió con oficio número 16, de 16 de agosto del año en curso.

Anibal Badel, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Gonzalo Gaitán, Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Ejercicio de la odontología. - Acción privada.

Ponente: doctor Tulio Enrique Tascón.

Consejo de Estado—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y tres.

En virtud de acumulación que el sustanciador decretó por auto de 13 de julio del año en curso, va el Consejo a fallar en una sola sentencia los juicios promovidos por el doctor Juan Eleázar Rodríguez Escobar, en su propio nombre, y por el doctor Alejandro Martínez Consuegra, como apoderado especial de los doctores Joaquín Buitrago y Leonidas Rodríguez, sobre nulidad de la Resolución número 109, de fecha 2 de febrero de 1943, por la cual el Ministerio de Educación Nacional revocó en todas sus partes la Resolución número 20, de fecha 2 de julio de 1942, dictada por la Junta Central de Títulos Odontológicos, y, en su lugar, concedió al señor Eduardo Barrera Roa la licencia para ejercer libremente la Odontología en el territorio de la República, licencia que le había sido negada por la Junta Central, por considerar que la solicitud presentada por el señor Barrera Roa había sido extemporánea.

Tanto la demanda del doctor Rodríguez Escobar como la del doctor Martínez Consuegra se basan en unos mismos hechos, a saber: Que el señor Barrera Roa pidió a la Junta Central de Títulos Odontológicos licencia para ejercer la profesión de Odontólogo, en escrito presentado el 10 de junio de 1942; que dicha Junta, por Resolución número 20, del mes de julio siguiente, negó tal solicitud, fundándose en que la Ley 51 de 1937 y el Decreto número 32 de 1938 fijaban un término de 180 días para la presentación de las solicitudes de licencia para ejercer la profesión dental a quienes no tuvieran autorización legal para hacerlo; que los documentos presentados por el señor Barrera son falsos; que el doctor Max. Galvis, apoderado especial del señor Barrera, al notificársele la Resolución de la Junta Central interpuso recurso de alzada ante el Ministerio de Educación Nacional, el cual por la Resolución número 109, cuya nulidad se demanda, revocó la providencia apelada, fundándose para ello en que el peticionario había llenado todos los requisitos exigidos por el Decreto número 32 mencionado, en cuanto a las certificaciones y demás pruebas que acreditaban el ejercicio honorable de la profesión por un término mayor de 10 años, contados a partir de 1937, y en que si bien la solicitud había sido presentada fuera del término de los 180 días de que se ha hablado, obraba en el expediente un certificado del médico Jorge Arenas Ramírez, que daba fe de que desde el mes de septiembre de 1937 hasta fines del año de 1938 había tratado al señor Barrera Roa de una grave dolencia que lo mantuvo reducido a la cama, consistente en reumatismo articular agudo, que lo imposibilitó para trabajar y lo obligó a trasladarse a un clima distinto por prescripción médica; certificación que aparecía corroborada por las declaraciones de los señores Antonio Ramírez Zea, Francisco Camero Páez y Alejandro Cárdenas Cano, hecho que, en sentir del Ministerio, constituye fuerza mayor o caso fortuito, que justificaban la demora del señor Barrera en formular su solicitud; que es falso que el señor Barrera hubiera ejercido la pro-

fesión de odontólogo en un período de 10 años, pues sólo fue sirviente en el gabinete del doctor Luis Alejandro Ruiz desde el año de 1934 hasta el de 1940, y solamente en los últimos tiempos abrió gabinete para ejercer la profesión de odontólogo, y que no es posible que el señor Barrera hubiera empezado a ejercer tal profesión a los doce años de edad.

Como razones de orden jurídico aducen ambos demandantes que el artículo 29 de la Ley 51 de 1937 dispone que con carácter de permitidos pueden ejercer la profesión odontológica quienes posean permisos expedidos con todos los requisitos legales, con anterioridad a la vigencia de la misma Ley, siempre que hayan sido o sean refrendados por la Junta Central de Títulos Odontológicos, como lo ordenan los Decretos números 361 de 1931 y 453 de 1933, y que 180 días después de entrar en vigencia esta Ley no será permitido a las Juntas de Títulos Odontológicos la consideración de licencias; que la misma Ley 51, en su artículo 3º, dispuso que también podrán seguir ejerciendo la odontología las personas que durante un período no menor de 10 años, contados hacia atrás desde la vigencia de esta Ley, hayan estado dedicadas de manera permanente al ejercicio honorable de esa profesión; que el Ministerio de Educación Nacional violó los precitados artículos, así como el 7º del Decreto número 32 de 1938, reglamentario de la misma Ley, por haber admitido la solicitud del señor Barrera fuera del término legal y cuando ya había cesado la competencia de la Junta Central para conocer de solicitudes de esta clase en primera instancia y del Ministerio en segunda.

Aun cuando se solicitó la suspensión provisional del acto acusado, el Consejero sustanciador no accedió a decretarla, sin que los interesados no hubieran interpuesto recurso de súplica contra tal providencia.

Se practicaron las pruebas pedidas por los demandantes, se recibieron los alegatos escritos de las partes y se celebró audiencia pública el 18 del mes en curso, y como está agotada la tramitación propia de la única instancia, se procede a resolver lo que sea legal, previas las siguientes consideraciones:

Ante todo, observa el Consejo que si se establece que la solicitud presentada por el señor Barrera Roa fue extemporánea, no habrá necesidad de estudiar las otras cuestiones que los demandantes proponen en sus libelos.

Es cosa fuera de duda que la solicitud fue presentada después de vencidos los 180 días de que habla el artículo 29 de la Ley 51 de 1937, pero el doctor Max. Galvis, constituido opositor a las demandas, como apoderado especial del interesado señor Barrera Roa, sostiene la validez de la Resolución ministerial, fundándose: a) En la carencia de acción por parte de los demandantes; b) En que el término de 180 días fijado por la ley es un requisito que ha sido derogado; c) En que la facultad para ejercer la profesión de odontólogo para quienes la habían practicado con 10 años de anterioridad a la vigencia de la Ley 51, es un derecho adquirido; d) En que la tesis de que se ha extinguido la competencia de los funcionarios encargados de conceder licencias para ejercer la profesión a quienes se encuentren en los casos del artículo 29 de la citada Ley es incompatible con la calidad permanente que deben tener esta clase de autoridades, y e) En que la fuerza mayor o caso fortuito acreditado en los autos permite al señor Barrera la restitución del término en conformidad con el artículo 372 del Código Judicial, para ejercitar su derecho cuando haya cesado el impedimento que tuvo para formular oportunamente su solicitud.

Las cuestiones que ahora se suscitan no son nuevas para el Consejo, pues ya esta corporación ha tenido ocasión de analizarlas en casos análogos.

Así, la tesis de que el artículo 16 de la Ley 128 de 1937, al derogar el artículo 4º de la Ley 51 de 1937 suprimió el término de los 180 días, y

que por consiguiente es ilegal el artículo 7º del Decreto reglamentario que fijó o revivió este término que ya había sido suprimido, fue ampliamente estudiada por la corporación, en virtud de una consulta formulada por el Ministerio de Educación Nacional, precisamente sobre el alcance del artículo 16 de dicha Ley 128. Dijo entonces el Consejo, en informe de que fue ponente el mismo Consejero que redacta este fallo, lo que en seguida se transcribe:

“La Ley 51 de 1937, luégo de establecer como principio general que sólo podían ejercer la odontología en el territorio de la República quienes tuvieran el título de Odontólogo o de Cirujano Dentista, estableció dos excepciones en sus artículos 2º y 3º. Por el artículo 2º se permitió ejercer la profesión odontológica a quienes poseyeran con anterioridad a la vigencia de la misma Ley permisos expedidos con todos los requisitos legales y que hubieran sido refrendados por la Junta Central de Títulos Odontológicos, como lo ordenaban los Decretos números 361 de 1931 y 453 de 1933. El inciso 2º del mismo artículo expresó que 180 días después de entrar en vigencia esta Ley no sería permitido a las Juntas de Títulos Odontológicos la consideración de licencias. Por el artículo 3º dispuso que también podrían seguir ejerciendo la odontología las personas que durante un período no menor de 10 años, contados hacia atrás, desde la vigencia de esta Ley, hubieran estado dedicadas de manera permanente al ejercicio honorable de esa profesión, y agregó el artículo 4º que las personas a que se refiere el artículo anterior deberían someterse a un examen práctico sobre operatoria dental, prótesis dental, exodoncia y anestesia en cualquiera de las Facultades de Odontología de la Universidad Nacional; que la solicitud de examen, acompañada de la documentación respectiva, debería hacerse ante la Junta Central, hasta 180 días después de la promulgación de la Ley 51, y que a las personas aprobadas en dichos exámenes la Junta Central les expediría la licencia respectiva.

“Habiendo sido derogado expresamente este artículo 4º por el 16 de la Ley 128 del mismo año, hay que interpretar el pensamiento del legislador en el sentido de que las personas que con anterioridad a la vigencia de la Ley 51 habían ejercido la odontología honorablemente durante un período no menor de 10 años, tendrían derecho a continuar ejerciéndola sin necesidad de someterse al examen práctico de que hablaba dicho artículo 4º.

“Hasta aquí no se presenta dificultad ninguna; pero acontece que el Decreto número 32 de 1938, reglamentario de la Ley 51, dijo en su artículo 7º que las personas a que se refiere el artículo 3º de la Ley reglamentada deberían presentar a la respectiva Junta Seccional de Títulos Odontológicos, dentro del término fijado por la Ley 51 de 1937 en su artículo 2º, determinados documentos y declaraciones para comprobar el ejercicio de la profesión por el lapso de 10 años continuos, contados hacia atrás, desde el 27 de agosto de 1937, y la aptitud para ejercer la operatoria, la prótesis, la anestesia y la exodoncia.

“Del hecho de haberse eximido del examen práctico a quienes habían ejercido la odontología por un lapso de 10 años (examen que debían solicitar dentro del plazo de 180 días a contar de la promulgación de la Ley), no puede deducirse que el ánimo del legislador fue que para quienes ejercían la profesión con carácter de permitidos, por haber reunido los requisitos legales, se señalara un término perentorio de 180 días, y que en cambio,

para quienes no habian reunido los requisitos legales ni tenian permisos expedidos con anterioridad, no rigiera término alguno.

"Hay que tener en cuenta que el propósito de la Ley 51 fue el de exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de la odontología y no el de abrir la puerta a los empíricos, y que interpretar que para éstos no regía el término que señala el artículo 2º de la Ley, equivaldría a colocar en peor condición a quienes ejercían la profesión con títulos expedidos con todos los requisitos legales que a quienes la ejercían sin ellos. Fuera de que el término de ciento ochenta días, fijado por el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 51, tiene por objeto reglamentar las atribuciones de las Juntas de Títulos Odontológicos, sin consideración al carácter con que pretendan obtener la licencia los individuos que han ejercido la profesión sin el título de idoneidad.

"Por lo expuesto, conceptúo que debe contestarse al señor Ministro de Educación que el artículo 3º de la Ley 51 de 1937 no puede entenderse como una disposición que exige la comprobación del ejercicio de la dentistería por 10 años consecutivos sin sujeción a término alguno, sino que debe tenerse en cuenta para la presentación de las solicitudes el término que señala el artículo 2º de la misma Ley, a que se refiere el artículo 7º del Decreto número 32 de 1938".

La tesis precedente ha sido acogida por el Consejo en múltiples fallos, entre otros en el de 28 de octubre de 1941, publicado en los *Anales del Consejo de Estado* números 308 a 310 (página 1233), y ha sido aplicada por el Ministerio de Educación Nacional en las Resoluciones dictadas con posterioridad a dicha consulta.

En la misma sentencia de fecha 28 de octubre de 1941 el Consejo estudió la cuestión de si Resoluciones como la de que se trata pueden ser acusadas de nulidad en ejercicio del recurso contencioso objetivo, y dijo a este respecto:

"Para el Consejo no queda duda de que este acto es de los típicamente llamados en la ciencia administrativa actos-condiciones, que crean situaciones reglamentarias, verdaderos estados legales, que aun cuando tengan relación con individuos determinados, por su naturaleza y finalidad se impersonalizan, se objetivan. El individuo pasa a ocupar un plano secundario. En efecto: las leyes y decretos que reglamentan el ejercicio de la odontología tienen un contenido eminentemente social. No persiguen una finalidad individual, un privilegio para quienes reúnan determinadas condiciones. Ya la Ley 67 de 1935 erigió el ejercicio de las profesiones liberales en función social. Por manera que esas leyes y decretos tienen por fin garantizar a los asociados que los que ejercen esas profesiones son aptos y honorables, sin que se pierda de vista la protección a los individuos que mediante el lleno de todas las formalidades legales han obtenido el pase para ejercer su profesión. Mas el interés social, por ser de superior categoría, tiene preeminencia sobre el interés netamente individual.

"Muy claros y explícitos son los expositores de derecho administrativo a este respecto. Basta citar los siguientes apartes tomados de la obra *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, por Gastón Jéze, cuya autoridad ha sido invocada por ambas partes en este juicio. Dice:

"Todas estas autorizaciones, permisos, concesiones, licencias—sea cual fuere el nombre que la práctica les dé— son actos-

condiciones, cuyo mecanismo es muy fácil de entender. Hay circunstancias de hecho, en que, según las ideas del momento, la libre actividad de un individuo, o de un grupo de ellos, se estima pueda comprometer gravemente la seguridad, la tranquilidad, la salud pública, o de una manera más general pueda constituir un peligro social, según las condiciones en las cuales se ejerza esta actividad. Por esta razón, ante toda manifestación de esta actividad, los agentes públicos están llamados por la ley a examinar las condiciones en las cuales esta actividad va a producirse, y su influencia probable en la seguridad, tranquilidad y en la salud pública, o, de un modo más general, en el organismo social.”

Y adelante prosigue:

“La autorización, permiso, concesión o licencia es, pues, condición para que un individuo quede sustraído al régimen jurídico impersonal de la prohibición de actuar, y quede colocado bajo el régimen jurídico impersonal de la libertad de obrar. Estos son actos-condiciones. Los individuos que han obtenido el permiso, la autorización, la concesión o la licencia quedan investidos de un *status* legal; gozan de la libertad general, impersonal, de obrar, como si la prohibición no existiese. No se encuentran en una situación jurídica individual, pues como ya se ha dicho, la autorización no crea situación jurídica individual, sino que aplica a un individuo un *status* legal. La autorización no crea nada por sí misma. Para el que la ha obtenido, el efecto jurídico logrado es el de que el régimen legal de libertad sustituye al régimen legal de prohibición. De la autorización originase simplemente la posibilidad de obrar, de consagrarse a una determinada explotación. El hecho de que esta posibilidad de obrar pueda valorarse en dinero no altera la naturaleza jurídica de la autorización, que es siempre un acto-condición”.

De aquí concluyó el Consejo que las Resoluciones por las cuales se concede licencia para el ejercicio de la odontología pueden ser materia de acusación por parte de cualquier ciudadano.

El doctor Galvis considera que la demanda promovida por el doctor Martínez Consuegra no ha debido admitirse por haberla propuesto en ejercicio de la acción privada; pero hay que tener en cuenta que la Ley 167 de 1941 abolió las distinciones entre acciones pública y privada, y que si el doctor Martínez Consuegra expresó que intentaba la acción de nulidad contra la Resolución número 109, por más que en su libelo hubiera dicho erróneamente que esta acción la intentaba con acción privada, había que entender que se trataba de la acción de nulidad que consagra dicha Ley 167, como recurso contencioso objetivo, y ya se dijo que tal nulidad podía ser demandada por cualquier ciudadano en el concepto de ser el acto acusado violador del orden jurídico nacional.

No queda, por consiguiente, por estudiar sino la cuestión referente a la restitución de términos, fundada en la fuerza mayor o caso fortuito alegado por el apoderado del opositor.

El señor Fiscal de la corporación es de parecer que la fuerza mayor o caso fortuito no tiene cabida tratándose de términos señalados para el ejercicio de las acciones administrativas, en las cuales no tiene cabida la restitución de términos de que habla el artículo 372 del Código Judicial, que reza:

“Cuando por fuerza mayor o caso fortuito no se ha hecho uso de un término, puede pedirse la restitución de él por el interesado, siempre que el negocio no haya sido resuelto en definitiva.

“La restitución de que se habla se ordena por el Juez, previos los trámites de una articulación”.

Basta la lectura de este artículo para convencerse que tal restitución sólo se refiere a los *términos procesales*, porque es en esta clase de negocios en los que se tramitan articulaciones y se dictan sentencias definitivas, ora de carácter procesal, ora administrativo.

Tratándose de los términos señalados para el ejercicio de las acciones administrativas, ni la interrupción ni la restitución de los términos pueden ser admitidas sin producir los más absurdos resultados, como lo anota el Agente del Ministerio Público. Sería, por ejemplo, absurdo admitir que si para demandar la nulidad de una elección ha señalado la Ley el término de 10 días, al cabo de un año se presentara un ciudadano a demandar la elección alegando que por haber estado reducido a la cama no había podido promover la demanda respectiva en el término perentorio señalado por la ley. Semejante tesis conduciría a la inadmisibles conclusión de que el término señalado por la ley para demandar la nulidad de un acto estuviera sujeto a las circunstancias personales de los demandantes.

Basta esta sola consideración para que el Consejo anule la Resolución número 109, de 2 de febrero de 1943, por la cual el Ministerio de Educación Nacional revocó la número 20, de la Junta Central de Títulos Odontológicos, con fundamento en que la fuerza mayor o el caso fortuito demostrado daba derecho al señor Eduardo Barrera Roa para solicitar licencia para ejercer la profesión de odontólogo después de vencido el término de los 180 días señalados por la ley para presentar la solicitud y los documentos requeridos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal, *declara nula* la Resolución número 109, de 2 de febrero de 1943, por la cual el Ministerio de Educación Nacional revocó la número 20, de 2 de julio de 1942, emanada de la Junta Central de Títulos Odontológicos, y le concedió licencia al señor Eduardo Barrera Roa para ejercer libremente la odontología en el territorio de la República.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Educación Nacional, archívese el expediente y devuélvase al Ministerio la documentación que remitió, relacionada con este negocio.

Anibal Badel, Tulio Enrique Tascón, Gabriel Carreño Mallarino, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeniera G., Gonzalo Gaitán, Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Jueces municipales. - Su elección.

Ponente: doctor Gustavo A. Valbuena.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto tres de mil novecientos cuarenta y tres.

El señor Carlos J. Pontón demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la elección hecha el once de agosto de 1942 por el Concejo de Bogotá, de los Jueces de este Municipio para el periodo legal contado del 1º de dicho mes al 31 de julio último.

Aduce, en síntesis, como motivo de la acusación, el de que al computar los votos emitidos para la elección en referencia se violó el sistema electoral del cuociente, adoptado por el artículo 1º de la Ley 67 de 1937, en desarrollo del 173 de la Codificación Constitucional.

A la demanda se le dio el trámite legal correspondiente, y el Tribunal de la causa, de acuerdo en un todo con su Fiscal, profirió la sentencia de fecha diez y nueve de noviembre postrero, en la cual se niegan las peticiones de la demanda.

De este fallo apeló el actor, razón por la cual se encuentra el juicio al estudio del Consejo, y como en esta segunda instancia se han surtido las formalidades de rigor, es llegada la oportunidad de decidir el recurso, a lo cual se procede, considerando:

Dice el artículo 173 de la Constitución Nacional:

“En toda elección en que se vote por más de dos individuos aquélla se hará por el sistema del voto incompleto o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho”.

En desarrollo de los principios contenidos en el precepto transcrito se expidió la Ley 67 de 1937, cuyo artículo 1º dice en lo conducente:

“En toda elección popular, y en las que deban hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se empleará el sistema del cuociente electoral en la forma siguiente.....”

En seguida señala el mismo artículo con entera claridad la forma de hacer uso del sistema consagrado y de computar los votos emitidos de acuerdo con él.

Resulta, pues, que el constituyente se propuso dos cosas: asegurar la representación proporcional de los partidos en toda elección en que se votara por más de dos individuos, y encomendar a la ley la manera de hacer efectivo ese derecho. Y el legislador, a su turno, encontró que el sistema del cuociente electoral era el que mejor llenaba el pensamiento de la Suprema Ley.

A este respecto, el Consejo da por reproducida aquí la historia del proceso sufrido por la legislación electoral, hasta llegar al sistema que actualmente rige, contenida en sentencia de esta corporación, fechada

el quince de junio de mil novecientos treinta y nueve, bajo la ponencia del Consejero doctor Guillermo Peñaranda Arenas, que el Tribunal de la causa inserta en gran parte en el fallo apelado.

En el caso de autos sucedió lo siguiente:

La comisión general del Concejo de Bogotá, en sesión del once de agosto del año próximo pasado, aprobó un acto que en su parte resolutive dice así:

“.....1º El Concejo escogerá los Jueces Municipales únicamente entre los individuos que reúnan las condiciones siguientes:

“a) Ser ciudadano en ejercicio.

“b) Gozar de intachable reputación moral.

“c) Tener título de abogado, expedido por una Facultad oficial o privada.

“2º Los candidatos que reúnan las condiciones señaladas en el inciso anterior serán escogidos en una reunión privada de todos los Concejales, en la cual se discutirán ampliamente los méritos de los candidatos. Se respetará en todo caso la letra y el espíritu de las disposiciones constitucionales sobre representación de las diversas fuerzas políticas.

“3º En desarrollo del inciso anterior, la elección será un acto colectivo del Concejo y no individual de ninguno de sus miembros.

“4º Los suplentes de los Jueces deberán reunir las mismas condiciones que los principales y serán escogidos en la forma señalada en esta Resolución.

“5º El Concejo no confirmará los nombramientos de aquellos Jueces que no reúnan las condiciones señaladas en esta Resolución.

“6º Esta Resolución regirá desde la fecha de su aprobación”.

El mismo día once de agosto se reunió el Concejo en sesión ordinaria, y al conocer el orden del día se vio que figuraba en primer lugar la elección de Jueces de que se trata.

Los Concejales Soto del Corral, Bazzani y Caro Escallón inscribieron una lista encabezada por el doctor Carlos Vila Escobar para Juez 1º Municipal en lo Civil; primer suplente, Jaime Cortés Castro; segundo suplente, Arcadio Suárez Blanco..... sigue la lista hasta completar 15 Jueces con sus respectivos suplentes.

Según el acta correspondiente, se encontraban presentes doce Concejales, y “el resultado de la votación fue el siguiente, según lo anunciaron los escrutadores, Concejales Galindo y Atalaya:

“Para Jueces Municipales.

“Papeletas: doce.

“Por la única lista inscrita, encabezada por el doctor Carlos Vila Escobar, que comprende los quince Jueces Principales, los primeros y segundos suplentes respectivos, doce votos.

“En consecuencia, el Concejo declaró a continuación legalmente elegidos, por unanimidad, para los cargos de Jueces Municipales y para primeros y segundos suplentes, a los ciudadanos que figuran en la lista inscrita, para el período que termina el 31 de julio de 1943”.

Así las cosas véase si con el procedimiento empleado se violó la ley que consagró el sistema del cuociente electoral, en desarrollo del principio formulado por el constituyente.

Es evidente que las distintas corrientes o tendencias representadas en el Concejo se conjugaron, por decirlo así, para la formación de una lista única, pues si los Concejales Gómez Hurtado y Ordóñez hicieron algunas observaciones, el primero en la sesión celebrada por la comisión general del Concejo y el segundo en la ordinaria por éste celebrada, puntos de vista que acertadamente analizan tanto el Tribunal sentenciador como su Fiscal, es lo cierto que tales observaciones en nada modificaron la situación, ya que no hubo inscripción de otra lista ni votos distintos de los emitidos por la única de que se ha hablado. Tanto es así, que al hacer las operaciones propias del sistema legal sobre cociente, se obtiene un resultado idéntico a la elección que se examina. Luego no puede atribuirsele a ésta la violación que alega el demandante. Una sola lista que recibe la unanimidad de los votos produce una elección que consulta el querer tanto del constituyente como del legislador al respecto. Tiene razón el Tribunal cuando dice que "si los Concejales asistentes votaron de manera uniforme por la lista única de Jueces, es natural pensar que consideraron aceptable la participación en ella de los partidos que representaban".

La sentencia del Consejo de Estado arriba enunciada y que se ha traído por el demandante como antecedente doctrinario en favor de su pretensión, no tiene aplicación exacta al caso de autos, entre otras razones porque el contemplado en ella fue el de una proposición aprobada por el Concejo de Medellín, mediante la cual se eligieron los Jueces Municipales por once (11) votos afirmativos con dos (2) negativos. En cambio la sentencia del mismo Consejo fechada el quince de mayo de 1940, invocada por el señor Fiscal de la corporación en su concepto de fondo, si se refiere a un caso análogo al que por la presente providencia se desata, cuando se declaró válida la elección de ternas de Magistrados del Tribunal de Tunja, hecha por la Asamblea de Boyacá, "cuyos Diputados votaron todos por una sola lista, que contenía todas las ternas por elegir".

A virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal de la corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón, Gustavo A. Valbuena, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G., Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Quórum de las Asambleas

Ponente: doctor Gustavo A. Valbuena.

Consejo de Estado—Bogotá, agosto tres de mil novecientos cuarenta y tres.

Con fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, la Asamblea del Cauca aprobó la Resolución número 3, que en lo sustancial dice:

“RESUELVE:

“Decretar, como en efecto decreta, la prórroga por veinte (20) días de las sesiones de la presente legislatura, para el estudio de los varios problemas de que trata la parte motiva de esta Resolución.....”

Con fecha dos de junio del mismo año, el Gobernador del Departamento del Cauca profirió la Resolución número 145, por medio de la cual, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que de acuerdo con el artículo 88 del Código Político y Municipal, las Asambleas pueden prorrogar las sesiones ordinarias por veinte días más, si así lo acordaren los Diputados por los dos tercios de los votos, y que en la aprobación de la prórroga en referencia intervino el señor Abraham Molano, quien en la nómina de Diputados figura como segundo suplente del doctor Víctor Mosquera Chaux, y que aquel señor —considera la Gobernación— no podía actuar como Diputado, ya que ni el principal ni el primer suplente se habían excusado de concurrir, dispuso pasar al señor Fiscal del Tribunal Superior de Popayán la citada Resolución número 3, para que dicho funcionario entablara la demanda de nulidad correspondiente.

Anota el Gobernador en su providencia que el Diputado principal Mosquera Chaux “se posesionó debidamente en la sesión de instalación”; pero la Asamblea al dictar la Resolución número 4, de veintidós de mayo de 1942, había dicho en el considerando 1º “que no hay constancia en el acta de la sesión de instalación de que el honorable Diputado Víctor Mosquera Chaux tomara posesión de su cargo.....”, y en el 2º, “que en el acta de la segunda y última sesión de la corporación, verificada en Popayán, en el recinto de la Asamblea, tampoco hay constancia de que el mencionado Diputado hubiera prestado el juramento de rigor”. Sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el hecho de la posesión no aparece claramente establecido en el proceso, aunque sí consta de autos que el Diputado Mosquera Chaux actuó como tal en las sesiones de los días once y doce de mayo de 1942. La anterior apreciación resulta confirmada con el largo debate que sobre el particular se surtió en la Asamblea en su sesión del día 27 de mayo, según acta que se ha traído al expediente.

De acuerdo con lo insinuado en la Resolución del Gobernador, el señor Fiscal del Tribunal demandó la de prórroga decretada por la Asamblea, a que se ha hecho mérito, y hace en el escrito respectivo un cuidadoso

análisis de orden jurídico, tendiente a demostrar que dicha corporación no podía en derecho dictar el acto acusado.

Surtidos los trámites legales, negada la suspensión provisional de la Resolución demandada, con salvamento de voto por parte del Magistrado doctor Laurentino Quintana, negativa que recibió confirmación del Consejo de Estado, admitida la intervención del ciudadano señor Daniel Solarte Hurtado, quien se presentó a defender la legalidad del acto materia del debate, y agotadas las formalidades procesales, el Tribunal de la causa pronunció la sentencia de fecha ocho de octubre último, declarándose inhabido para fallar el asunto, también con salvamento del Magistrado doctor Quintana.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el señor Fiscal demandante, razón por la cual se encuentra el juicio al estudio del Consejo, y como se han llenado todas las formalidades correspondientes a la segunda instancia, se procede a decidirlo, mediante las siguientes consideraciones:

Se trata, en el fondo, de saber si el acto de la Asamblea Departamental del Cauca, atrás citado, por medio del cual ella decretó la prórroga de sus sesiones por veinte días, tiene o no validez legal, por el hecho de haber sido votado por diez Diputados en una corporación compuesta de quince, siendo uno de aquéllos segundo suplente, sin que su principal hubiera presentado excusa para asistir a las sesiones, ni renunciado el cargo, ni por otra causa éste quedara vacante.

Se ha señalado como disposición violada el artículo 88 del Código Político y Municipal, que dice:

“Las sesiones ordinarias de las Asambleas durarán por el término de cuarenta días, prorrogables a su juicio por veinte días más, si así lo acordaren los Diputados por los dos tercios de los votos”.

No hay duda de que el precepto transcrito se refiere a los dos tercios de la totalidad de los Diputados que componen la corporación, ya que en otros pasajes de la Ley (artículo 99 *ibidem*, por ejemplo), ésta exige para la aprobación de ciertos actos que se haga por determinada mayoría de los miembros *presentes* en la respectiva sesión.

Ahora bien: la ley contempla todos los casos de faltas temporales y absolutas de los empleados, provengan ellos de nombramiento o de elección popular, dentro de un funcionamiento normal, y regula la forma de llenarlas.

Así, el artículo 305 de la precitada obra, prevé:

“Son faltas absolutas las que provienen de renuncia admitida, excusa definitiva aceptada, muerte, destitución y declaración de vacancia.

“Por regla general las faltas absolutas en empleados de elección popular se llenan por los suplentes, y en los demás, por nuevo nombramiento o elección; pero mientras esto se verifica, entran a funcionar tales suplentes.....”

Y el 297:

“Toda licencia da lugar a una falta temporal, que se llenará con el respectivo suplente, a menos que el que la conceda tenga derecho a hacer libre nombramiento y remoción y quiera designar un interino mientras dura la licencia.....”

De acuerdo con el artículo 302, “todo empleado que conceda una licencia o admita una renuncia o excusa dispondrá lo conveniente para que se llene la falta.....”

En relación con las Asambleas, consagra el artículo 96 que corresponde al Gobernador oír y decidir las excusas y renunciaciones de los Diputados, en receso de la Asamblea, y que si las admite, llamará a los suplentes respectivos. Y la regla 4^a del artículo 303 establece que los miembros de las Asambleas deben solicitar las licencias o presentar las excusas y las renunciaciones, ante ellas, y en su receso, ante el Gobernador.

Pero escapó a la previsión del legislador proveer para el caso de una separación de hecho del empleo que se tiene o de la corporación de la cual se es parte, esto es, sin estar precedida de excusa, renuncia o petición de licencia, como en el evento de autos, según todo lo indica. ¿A quién corresponderá en estas circunstancias decidir la situación y en qué forma? Indudablemente a la misma corporación que tiene en sus manos el problema, y por los medios que ella juzgue más convenientes para el mejor ejercicio de sus funciones.

El Diputado Mosquera Chaux, según los datos que obran en el proceso, creó, con su falta de asistencia a las sesiones, la situación de hecho que se examina, y entonces la Asamblea, sin dictar un acto expreso, resolvió el punto por medio de una manifestación de voluntad —no por virtual menos elocuente— al admitir en su seno a un suplente, dándole posesión y aceptándolo en sus deliberaciones. Esta forma indudablemente lleva consigo el asentimiento de todos los demás miembros presentes de la corporación, pues de no ser así, cualquiera habría podido proponer que el suplente no fuera admitido a completar el quórum necesario para la función que se iba a ejercer. Por consiguiente, el suplente señor *Molano*, si pudo formar número en la Asamblea, en ausencia de su principal, y los actos de ella, así integrada, tienen por este aspecto validez legal. Tal sucede con la Resolución sobre prórroga, ya que fue votada por diez Diputados en una Asamblea compuesta de quince.

Aunque parezca innecesario, cabe aquí hacer algunas consideraciones acerca del motivo que tuvo el Tribunal para determinarse en el sentido de la inhibición para fallar el pleito.

Dice así el sentenciador:

“Además, la misma Asamblea, por medio de su Resolución número 13, de 13 de junio del año en curso, aprobada por unanimidad, decretó la prórroga de sus sesiones por el mismo término que lo había hecho por medio de la Resolución acusada. Por tanto, si algún motivo de tacha hubiera tenido la primera Resolución, o sea la acusada, la propia Asamblea con su segunda Resolución, la número 13, que no ha sido acusada, confirmó con el voto de catorce Diputados, según consta en el acta respectiva, cuyo original tiene a la vista el Tribunal, lo actuado por los diez Diputados que votaron la Resolución número 3. Lo que equivale a decir que la Asamblea, por medio de la Resolución número 13, dejó sin efectos jurídicos la primitiva Resolución demandada, toda vez que la número 13 reemplazó a la número 3. Así, pues, desapareció la razón de ser del presente juicio”.

Como la última Resolución a que se refiere el Tribunal no fue traída al expediente, no le es posible al Consejo calificar su alcance jurídico. Pero si por medio de ella se confirmó lo actuado por los diez Diputados que votaron la Resolución número tres, uno de cuyos actos fue el de la prórroga, es claro que la de fecha posterior no dejó sin efectos la primera, como lo aprecia el Tribunal, sino que, antes bien, le impartió su ratificación.

Así las cosas, no era el caso de inhibición para fallar el pleito, sino de reconocer la fuerza legal del acto acusado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, de acuerdo en parte con el señor Fiscal de la corporación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia recurrida y en su lugar niega las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Tulio Enrique Tascón, Gustavo A. Valbuena, Gabriel Carreño Mallarino, Gonzalo Gaitán, Guillermo Peñaranda Arenas, Carlos Rivadeneira G. Diógenes Sepúlveda Mejía.—Luis E. García V., Secretario.

Salvamento de voto

del doctor Tascón, sobre transportes.

Este salvamento de voto, que se publica en este volumen y que debió publicarse en el anterior, corresponde a la sentencia de 18 de mayo del presente año (1943), sobre nulidad de las Resoluciones números 2, 6 y 11 de 1942, artículos 6º, 7º y 8º de la última, las dos provenientes de la Dirección General de Transportes y Tarifas, aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas. Fue ponente el doctor Peñaranda Arenas. La sentencia citada abocó el conocimiento del asunto y negó las peticiones de la demanda. Corre publicada a la página 115 de los "Anales del Consejo de Estado", números 323 y 328 del año XXV—1943.

En la jurisprudencia del presente tomo se repite la del anterior sobre el particular, que se publicó bajo el epígrafe "Potestad reglamentaria", página 287, y al pie de la repetición se extracta la tesis de este salvamento.

SALVAMENTO

Con positiva pena me separo del parecer de mis ilustrados colegas en el fallo que precede, por no estar de acuerdo con su parte motiva ni resolutive, pues conceptúo que el Consejo ha debido resolver favorablemente las peticiones formuladas por los señores Arturo Angel Echeverri y José Adolfo Campos, sobre nulidad de las Resoluciones números 2, 6 y 11 de 1942, dictadas por la Dirección General de Transportes y Tarifas y aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas.

No considero necesario para fundar este salvamento de voto entrar a estudiar, por separado, cada una de las disposiciones que contienen las Resoluciones acusadas, pues me bastará aducir en contra de ellas razones de carácter general que inducen su nulidad.

La Ley 128 de 1941 por su artículo 16 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para adoptar medidas fiscales y económicas con estos fines precisos: 1º Conjurar un eventual desequilibrio fiscal; 2º Allegar los recursos indispensables para el normal funcionamiento de los servicios y empresas públicas; 3º Atender los gastos militares y de orden público, y 4º Proveer al desarrollo de la producción nacional.

Como se vé, se trataba únicamente de facultades extraordinarias referentes a medidas de orden fiscal y económico, pero sin que esta Ley signifique facultad ninguna para intervenir en las empresas, así porque la Ley en su tenor literal no lo expresa, como porque para su expedición no se llenaron los requisitos que exige el artículo 28 de la Codificación Constitucional cuando se trata de decretar la intervención del Estado en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas.

No siendo esta Ley de carácter intervencionista, las facultades del legislador en lo referente a las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos, están circunscritas a ordenar la revisión y

la fiscalización de las tarifas y reglamentos. Cualquiera otra intervención resulta inconstitucional. Y no se diga, como lo sostiene el Consejo, acogiendo un concepto de su Fiscal, que si bien el artículo 28 citado, al consagrar la libre escogencia de profesiones u oficios, agrega que la Ley puede reglamentar el ejercicio de tales profesiones, porque esto mismo está diciendo que tal reglamentación es propia del legislador y no de la Administración, menos de la Sección de un Ministerio, por más que obtenga la aprobación del respectivo Ministro.

Si el pensamiento del constituyente hubiera sido que, a pretexto de reglamentación, pudiera el Estado intervenir en las industrias o empresas públicas y privadas, no habría tenido necesidad de expedir el artículo 11 del Acto legislativo número 19 de 1936 (28 del Código Constitucional), que estatuyó que el Estado por medio de leyes pudiera intervenir en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho, puesto que si el legislador podía hacer todo esto en el ejercicio de la facultad de reglamentar las profesiones, no habría para qué expresar que podría intervenir con las miras de racionalización y protección mencionadas, y menos exigirle que para dictar leyes en este sentido fuera menester el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara, cuando las leyes de reglamentación de las profesiones se aprueban con sólo la mayoría absoluta de los miembros presentes en la respectiva sesión.

Pero hay más: el artículo 11 del Acto legislativo número 19 de 1936 tiene su origen en el artículo 44 de la Constitución española de 1931, con la circunstancia de que se suprimió de esta disposición la parte que estatúa que el Estado podría por medio de ley establecer la "coordinación de industrias o empresas, cuando así lo exigieron los intereses de la economía nacional", lo que está indicando que el ánimo del constituyente fue no estatuir la intervención para este efecto, y, sin embargo, el aparte a) del artículo 29 del Decreto extraordinario número 400 de 1942 crea la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, entre otras funciones, con la siguiente: "Coordinar los medios de transporte que funcionan dentro del territorio de la República, procurando que sirvan mejor a los intereses públicos y a la economía general de la Nación..." De manera que la intervención que el constituyente no quiso consagrar para la coordinación de las empresas, y que en España fue menester disposición expresa de la Constitución para consagrarla, en Colombia ha venido a ser establecida por un simple decreto del Presidente de la República.

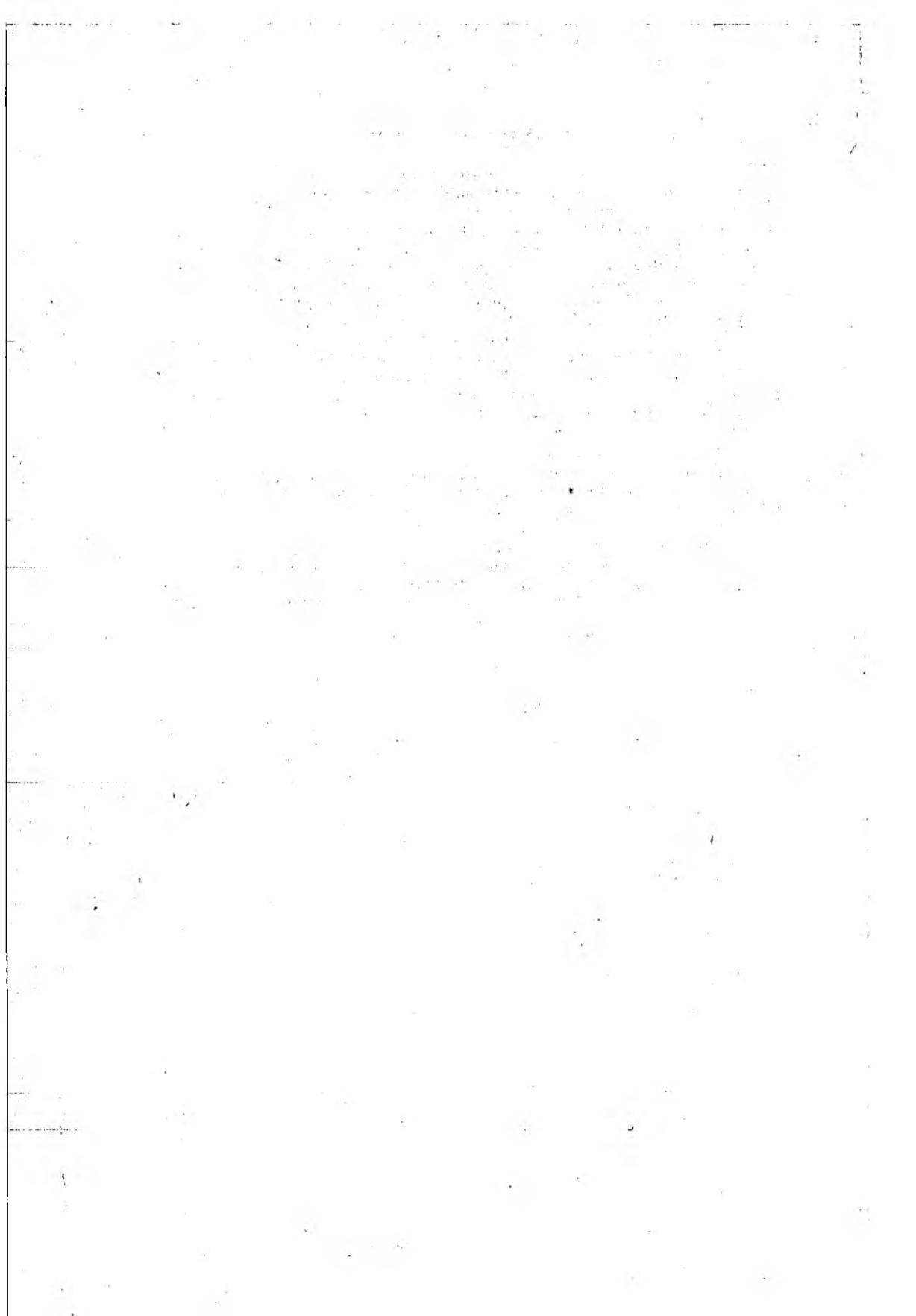
Considero que la Ley 128 de 1941 no facultaba al Gobierno para dictar medidas como las contenidas en el Decreto número 400 de 1942 (que el fallo del Consejo impropriadamente denomina *legislativo*, no obstante que en fallos anteriores ha dicho que el sistema de los Decretos legislativos fue abrogado por la reforma constitucional de 1910), pues por él se crea la Dirección Nacional de Transportes con funciones que entrañan una completa intervención del Estado en las empresas de conducciones. Dichas medidas no sólo hacen de los transportes una industria intervenida, sino lo que es más: una industria dirigida por el Estado, sin que tal cosa aparezca dentro de los cuatro fines que precitó la Ley 128, sobre facultades extraordinarias.

Si, en mi sentir, el Decreto número 400 excedió tales facultades, menos parece posible que la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas pudiera dictar resoluciones como las acusadas, que, con títulos de reglamento contienen normas de carácter general que, por su contenido, son verdaderas leyes en el sentido material.

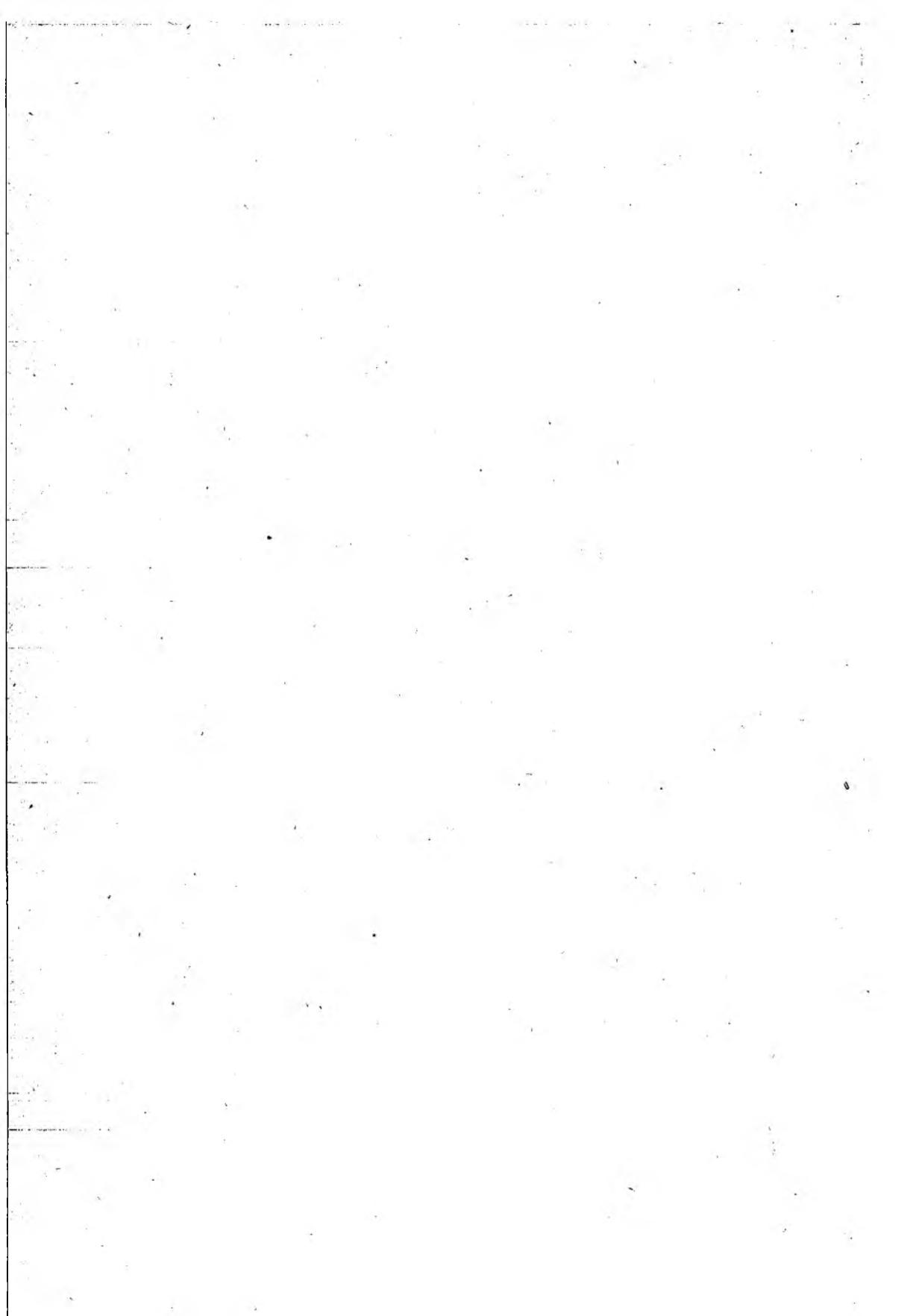
Es cierto que el Consejo ha admitido que la facultad de dictar reglamentos la tienen los funcionarios públicos encargados de poner en ejecución las leyes, pero ello debe entenderse respecto de medidas necesarias para la cumplida ejecución de las funciones que les son propias y siempre dentro de las disposiciones legales que les señalan aquéllas. Sería inaceptable que si el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede dictar normas nuevas, no contenidas en la ley reglamentada, pudieran hacerlo subalternos suyos. Las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República no son por éste delegables. El artículo 131 de la Codificación Constitucional faculta al Presidente de la República para delegar únicamente en los Ministros y Gobernadores aquellas funciones que la ley señale como delegables y en manera alguna facultó al Presidente para delegar en ningún funcionario el ejercicio de las facultades extraordinarias a él conferidas.

Las Resoluciones acusadas no son reglamento de ninguna ley: basta la lectura de ellas para convencerse de que contienen normas referentes al ejercicio de la industria de transportes, imponiendo a quienes se dedican a esta actividad requisitos o formalidades, limitaciones y sanciones no previstas en ley alguna o contrarias a las que sobre el particular contiene el Código de Comercio. Y no se diga que la Resolución número 2 a este respecto no hace sino repetir disposiciones de dicho Código, porque la verdad es que se las reproduce con el fin de sancionar la contravención a ellas con penas por el mismo Código no establecidas.

Bogotá, agosto de 1943.



JURISPRUDENCIA



A

Págs.

Abuso de autorizaciones. (Concepto).—Véase: **Desviación de poder. (Concepto).**

Acción contenciosa. (Prescripción).—Véase: **Prescripción (del recurso contencioso).**

— **(de reparación del derecho. Prescripción).**—Véase: **Prescripción (de la acción de reparación del derecho).**

— **(de restablecimiento del derecho).**—Véase: **Restablecimiento del derecho.**

— **privada (administrativa).**—La Ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo) abolió las distinciones entre acción pública y privada, de suerte que si el actor que intenta la acción de nulidad contra un acto administrativo dice erróneamente en el libelo que ejerce la acción privada, hay que entender que se trata de la acción de nulidad que consagra dicha Ley 167, nulidad que puede ser demandada por cualquier persona en concepto de ser el acto acusado violatorio del orden jurídico nacional.—**Actores:** doctores Juan Eleázar Rodríguez Escobar y Alejandro Martínez Consuegra, apoderados del doctor Joaquín Buitrago y otro.—**Ponente:** doctor Tascón.—**Sentencia:** noviembre 24 de 1943. . 210

Actos (de las Asambleas).—Véase: **Quórum de las Asambleas.**

Adopción (de textos escolares).—Véase: **Textos escolares. (Su adquisición por los Municipios).**

Aforos (municipales).—Véase: **Impuestos municipales. (Aforos).**

Alcaldes. (Nombran y remueven los empleados municipales). Véase: **Empleados administrativos. (Período de duración).**

— **(Revisión de sus contratos).**—Véase: **Contratos. (Competencia para revisarlos).**

Anulación (consecuencial).—Anulado el acto que remueve un empleado, a cuya demanda de nulidad se acompaña la copia del acto que le nombra reemplazo, debe, consecuentemente, anularse esta última. Si así no se procediera, se tendría, entonces, que el destituido no podría entrar a desempeñar nuevamente el cargo del cual se le destituyó ilegalmente, pues estaría en presencia de un empleado que se consideraría con el derecho a seguir desempeñando el puesto por no haberse anulado el Decreto por el cual se le hizo el nombramiento respectivo.—**Actor:** Isaías Londoño.—**Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia:** julio 6 de 1943

155

Apelación (de los autos interlocutorios).—Véase: **Recursos de hecho.**

— (y consultas sobre contratos).—Véase: **Contratos. (Competencia para revisarlos).**

Asambleas. (Su autonomía fiscal).—Véase: **Asambleas. (Su independencia funcional).**

— (**Prohibiciones**).—Véase: **Asambleas. (Su independencia funcional).**

— (**Su independencia funcional**).—Las funciones de las Asambleas son señaladas, en parte, por la misma Constitución, y en parte por las leyes. Lo que quiere decir que la independencia de las secciones para la administración de sus propios asuntos no es absoluta, sino que, en muchos casos, está condicionada por la misma ley. Y si en materia de condonaciones existe una facultad de orden legal, que está enumerada entre las funciones que corresponden a las Asambleas, es porque ella fluye del precepto constitucional que determina que esas entidades ejercen las atribuciones que les señalan la Constitución y las leyes. Estas limitaciones, como está dicho, tienen un sentido de tutela o de protección administrativa. Por esta misma razón, la ley establece prohibiciones a las Asambleas en lo tocante a la disposición de fondos públicos, como acontece con la ordenación de gracias o pensiones, las cuales estarían fuera de lugar si se aceptara la tesis de que los Departamentos gozan de una irrestricta libertad para disponer de sus bienes y rentas, por tener éstos las mismas garantías que las propiedades particulares. Y por lo mismo resulta inaceptable que en punto a condonaciones tales entidades puedan obrar como personas de derecho privado, con facultad para remitir las deudas sin sujeción a normas superiores de ninguna

especie.—**Actor:** Campo Elías Morales.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** octubre 14 de 1943 96

Ascensos de Oficiales.—No bastan, de conformidad con la Ley 23 de 1916, que está vigente al respecto, el tiempo de servicio y la buena conducta para conseguir el ascenso. Se requieren varias otras condiciones, entre ellas que haya una vacante en el cargo superior, y si hay varios con derecho al ascenso se preferirá al que reúna las mejores condiciones para ocupar el cargo superior. (Artículos 8º y 9º de la Ley 23 de 1916). Si, pues, no se demuestra que haya vacante, ni que el aspirante es el único apto para ocuparla en caso de existir, el ascenso no es obligatorio.—**Actor:** doctor Vergara Puertas, apoderado del Subteniente aviador Enrique González Farías.—**Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** agosto 24 de 1943 58

Autos (del Consejo de Estado).—Véase: **Recursos (de hecho).**

— **interlocutorios. (Apelación).**—Véase: **Recursos (de hecho).**

Aviadores militares. (Sueldos de retiro).—Véase: **Sueldo de retiro (de los aviadores militares).**

B

Banco de la República.—Véase: **Suspensión provisional. (Rendición de las cuentas de las salinas).**

Bienes ocultos (de la Nación).—No tienen este carácter o no son bienes ocultos las sumas que la Nación ha dejado de cobrar por concepto de impuestos nacionales, debido a errónea liquidación del tributo por las oficinas que tienen a su cargo esta función. Del concepto de esta clase de bienes, dado por el artículo 1º de la Ley 27 de 1935, se desprende que los que se pueden denunciar con tal carácter son cosas concretas e individualizadas, corporales o incorpóreas, puesto que los bienes, por definición legal consignada y explicada por el artículo 653 del Código Civil, no pueden consistir sino en una de estas dos especies de cosas. Por eso, con toda propiedad, el ordinal a) del Decreto 2963 de 1936 exige al denunciante que presente una exposición en que, con toda **claridad y precisión**, diga en qué consiste el bien denunciado, describiéndolo claramente, de suerte que se **individualice puntualmente**. La discusión, por tanto, de la interpretación que debe darse a la Ley 78 de 1935, es decir,

de meras tesis de derecho, sin vinculación a determinado patrimonio, no cabe dentro de la noción legal de bienes ocultos, que dice relación a cosas concretas de real existencia.—**Actor:** doctor Jesús Echeverri Duque.—**Ponente:** doctor Tascón.—**Sentencia:** octubre 27 de 1943

204

Bienes ocultos. (Yacimientos petrolíferos).—Denunciados como bienes ocultos terrenos de propiedad nacional agregados a determinada propiedad particular mediante mutación o alteración de los linderos, el petróleo que exista dentro de los terrenos usurpados no es bien oculto. Una de las condiciones esenciales que, junto con otras, le dan el carácter de oculto a un bien de la Nación, los Departamentos y Municipios, es su abandono material por la entidad dueña de él. Pero el Estado no necesita ejercer actos de posesión material sobre los yacimientos de hidrocarburos que le pertenecen, porque siendo su dueño, con carácter de reserva nacional, es su legítimo poseedor. Los particulares no pueden apropiarse, jurídicamente, el petróleo, por el solo hecho de que ejecuten actos de posesión sobre el suelo. Dado que la explotación del petróleo está sometida a un régimen de excepción señalado por la ley, mientras no haya sido descubierto y explotado, no puede radicarse un derecho particular sobre él, con las excepciones que contempla el artículo 10 de la Ley 160 de 1936. Siendo esto así, es de toda evidencia que tampoco existe oscuridad alguna respecto del carácter de propiedad nacional del petróleo denunciado como bien oculto. Si en el juicio reivindicador de los terrenos superficiarios excedentes, declarados ocultos, se demuestra que no son de la persona que los agregó a su propiedad particular por motivos de titulación falsa, quiere ello decir que los petróleos que se encuentren en esos terrenos conservan su carácter de propiedad nacional por no haber salido del patrimonio del Estado, en forma legal, antes del 28 de octubre de 1873.—**Actores:** Manuel Chaparro C. y otros.—**Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia:** diciembre 16 de 1943

186

C

Caducidad (de la acción electoral).—Véase: **Demandas electorales. (Elementos con que deben acompañarse).**

Carrera administrativa. (Supresión del cargo desempeñado por un inscrito).—Si el constituyente revistió al legislador de facultad para crear y suprimir cargos

públicos y para fijar calidades y antecedentes a los que los desempeñen, no lo hizo con el fin de satisfacer intereses particulares, sino con el de regular el servicio público. Estando, como está, subordinado el derecho del empleado al interés público, cuando el correcto funcionamiento del servicio lo exija, el legislador puede suprimir un cargo ocupado por un funcionario de carrera. Suprimido el puesto legítimamente, **no hay lugar a pagar el sueldo al empleado cuyo puesto fue eliminado mientras se le reincorpora a la carrera**, a lo cual tiene derecho cuando exista vacante o se presente un puesto de la categoría del suprimido que esté ocupado por persona no inscrita en la carrera, porque la supresión ha sido correcta y el sueldo es cuestión anexa a la prestación del servicio.—**Actor:** doctor Carlos Arturo Díaz, apoderado de Alejandro Bretón.—**Ponente:** doctor Rivadeneira G.—**Sentencia:** julio 16 de 1943

121

Censo legal. (Admite prueba en contrario).—Véase: Municipios. (Su creación por las Asambleas).

Competencia del Consejo. (Prestaciones sociales departamentales).—Véase: Vacaciones remuneradas. (Competencia para conocer de estos asuntos).

— **del Consejo.—Véase: Nombramientos judiciales. (Confirmación).**

— **(de los Tribunales Administrativos. Prestaciones sociales).—Véase: Vacaciones remuneradas. (Competencia para conocer de estos asuntos).**

Condonaciones (por las Asambleas).—Véase: Asambleas. (Su independencia funcional).

Confirmación (de nombramientos judiciales).—Véase: Nombramientos judiciales. (Confirmación).

Consultas (de sentencias).—La sentencia de un Tribunal Administrativo que ordena devolver a un contribuyente la suma consignada por él en virtud de no estar obligado al pago de un impuesto no es consultable ante el Consejo de Estado, puesto que no declara obligación alguna contra el Estado. No es éste el caso contemplado por el artículo 134 de la Ley 167 de 1941, puesto que en el juicio de devolución no se ventila sino lo referente a la obligación del contribuyente a pagar a la Nación el respectivo impuesto.—Actor:** doctor Manuel Buenahora, apoderado de Larsen & Robledo, hoy Robledo Hermanos.—**Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** octubre 13 de 1943**

72

Contratos departamentales. (Competencia para revisarlos).

La jurisdicción de lo contencioso administrativo carece de competencia para revisar los contratos suscritos por los Gobernadores y Alcaldes en representación de entidades distintas de los respectivos Departamentos o Municipios, como, por ejemplo, el autorizado por un Gobernador en su calidad de Presidente de la Junta Departamental de Beneficencia. Tampoco la ley sobre la materia concedió al Consejo de Estado la facultad de revisar, en segunda instancia, por apelación o consulta, las providencias que dicten los Tribunales Administrativos Seccionales sobre conformidad o inconfirmitad de los contratos que celebren los Departamentos y Municipios con las ordenanzas o acuerdos correspondientes.—**Actor:** Fiscal del Tribunal Superior de Pasto. **Ponente:** doctor Badel.—**Sentencia:** octubre 28 de 1943

10

Creación de Municipios (por las Asambleas).—Véase: Municipios. (Su creación por las Asambleas).

Créditos a plazo. (Renta gravable).—Véase: Impuestos nacionales. (Créditos a plazo).

Cuantía (de la jubilación cuando hay complemento de servicios).—Véase: Jubilación de maestros. (Complemento de servicios).

Cuentas. (Exoneración).—No basta para exonerar al empleado de manejo que presente certificados de médicos en que conste que el interesado no se hallaba en el uso total de sus facultades cuando ocurrieron los hechos origen del alcance. Esta circunstancia puede servir de base para que el Congreso le decrete la respectiva condonación, pero, en ningún caso, para que se le exonere de los cargos que, como responsable del Erario, pesan sobre él. La responsabilidad de orden puramente fiscal no puede confundirse con la criminal, pues se comprende que para eximirse de ésta sí puede serle útil la comprobación de no haberse hallado en su cabal juicio cuando ocurrieron las deficiencias de que se le hace responsable. La Contraloría, sujeta al procedimiento que le traza la Resolución reglamentaria número 130 (hoy rige la materia la Resolución número 459 de 1942), sólo al acreditarse que la responsabilidad está radicada sobre terceras personas o que han obrado factores que acusen inculpabilidad, puede declarar que no existe esa responsabilidad, y proceder a dictar su providencia de exoneración cuando se

Págs.

trata de la pérdida, merma, hurto o depreciación de los haberes puestos al cuidado de los empleados de manejo.—**Actor:** Guillermo Paredes Pardo.—**Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia:** julio 13 de 1943 158

Cuentas. (Rendición de las cuentas de las salinas por el Banco de la República.—Véase: Suspensión provisional. (Rendición de las cuentas de las salinas).

CH

Chocó. (Elección de un Senador).—Véase: Elección (de Senadores. Antioquia).

D

Demanda. (Causa patendi).—Véase: Nombramientos judiciales. (Confirmación).

— . (por traslado de un maestro).—Véase: Maestros de escuela. (Traslado).

— **electoral. (Elementos con que debe acompañarse).**—Las demandas electorales deben presentarse con la copia del acta de escrutinios correspondiente, a menos que, solicitada por el actor, no se le expida oportunamente o se le niegue su expedición dentro de los diez días que da la ley para entablar la acción. En este caso, puede la entidad falladora pedir la copia o agregar la que se le haya enviado conforme a la ley, teniendo en cuenta la afirmación hecha por el demandante en el libelo de que la solicitó y no se le expidió. Si el actor no cumple con esta última prescripción legal, la demanda es extemporánea.—**Actor:** Luis Mufarry. **Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** septiembre 10 de 1943 63

Decretos extraordinarios (reservados).—Los Decretos de esta clase, o sea extraordinarios, que tienen fuerza material de ley, deben promulgarse, puesto que la ley sólo obliga en virtud de su promulgación, tanto en el derecho positivo colombiano como en todos los estados de derecho. No pueden, pues, dichos Decretos ser reservados, y si lo son, sus disposiciones carecen de fuerza obligatoria.—**Actor:** doctor Carlos Alberto Vergara Puertas, apoderado del Subteniente de Aviación Enrique González Farías. **Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** agosto 24 de 1943 58

Decretos reglamentarios. (Limitaciones).—Véase: **Prestaciones sociales.**

Desviación de autorizaciones. (Concepto).—Véase: **Desviación de poder. (Concepto).**

- **de poder. (Concepto).**—Consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto.—**Actor:** Alejandro Bretón.—**Ponente:** doctor Rivadeneira G.—**Sentencia:** julio 16 de 1943

Devolución (de impuestos municipales).—Véase: **Impuestos municipales. (Devolución).**

Domicilio de extranjeros.—Véase: **Expulsión de extranjeros. (Nacionalidad dudosa).**

Dos sueldos (devengados del Tesoro Público).—Véase: **Maestros de escuela. (Destitución).**

E

Ejercicio de la medicina (por extranjeros).—La Resolución que niega a un médico extranjero el derecho de ejercer la profesión en Colombia, por ignorar el idioma nacional u otro motivo legal, no pugna con la igualdad jurídica establecida en la Carta de 1936; primero, porque esa igualdad no es absoluta, sino relativa y con limitaciones; segundo, porque entre estas limitaciones figuran razones como la del extranjero que no entiende a los clientes o no se hace entender de ellos en materia tan grave como la medicina, por falta total o parcial del idioma castellano; y tercero, porque el artículo 38 de la Carta faculta al legislador para reglamentar el ejercicio de las profesiones, y es claro que la de la medicina no puede ni podía reglamentarse lo mismo para los nacionales que para los extranjeros.—**Actor:** Gottfried Strasny.—**Ponente:** doctor Carreño Mallarino.—**Sentencia:** noviembre 3 de 1943

39

- **de la odontología.**—Véase: **Acción privada (administrativa).**

Elección de Jueces Municipales. (Acuerdo previo).—Acordados antes de la elección correspondiente los miembros del Concejo sobre los nombres de las personas que han de ser los Jueces Municipales, de suerte que en dicho convenio previo queden representados los partidos, en armonía con el sistema del cuo-

Págs.

ciente electoral, no se viola disposición constitucional ni legal alguna acerca de la aplicación del sistema vigente de representación proporcional, si en el acto posterior de la elección se vota por una sola lista, o sea, por la acordada anteriormente, siempre que el resultado de la votación no discrepe de las operaciones aritméticas que garantizan la proporcionalidad establecida por la ley.—**Actor:** Carlos J. Pontón.—**Ponente:** doctor Valbuena.—**Sentencia:** agosto 3 de 1943

216

Elección de Senadores. (Antioquia).—Con base en el inciso último del artículo 34 del Acto Legislativo número 1º de 1936, según el cual corresponde a la ley la organización electoral de las Intendencias y Comisarías, y en el artículo 17 de la Ley 2ª de 1943 (febrero 5), por la cual se dictan algunas disposiciones sobre administración, división administrativa y régimen electoral de las Intendencias y Comisarías (**Diario Oficial** número 25197, de 6 de marzo de 1943), la Asamblea de Antioquia procedió en legal y debida forma al escutar nueve (9) Senadores para el período vigente, incluyendo un Senador por la Intendencia del Chocó, de acuerdo con el número de habitantes de esta sección.—**Actor:** Bernardo Vieira T. y otros en demandas acumuladas.—**Ponente:** doctor Rivadeneira G.—**Sentencia:** septiembre 22 de 1943

140

Salvamento de voto.

Tesis del que salvan los Consejeros doctores Tascón, Carreño Mallarino y Gaitán respecto de la jurisprudencia anterior:

La Constitución no establece sino que los Senadores serán elegidos por las Asambleas Departamentales, y cada Departamento formará, para este efecto, una Circunscripción Senatorial. Nada dijo, ni podía decir, sobre representación de las Intendencias y Comisarías en el Senado de la República. El sistema de elección vigente excluye a los habitantes de estos territorios de representación en las Asambleas Departamentales. Sin embargo, se invocan los artículos 2º, inciso último, del Acto Legislativo número 1º de 1936, y 17 de la Ley 2ª de 1943. Esta Ley es inconstitucional. Sería inadmisibles que **dentro del sistema unitario adoptado por la Constitución de 1886** fueran a existir en Colombia dos regímenes constitucionales distintos: uno para los Departamentos y otro para las Intendencias y Comisarías. Cabe aquí un razonamiento que concreta la cuestión. O el noveno Senador que ha elegido

la Asamblea Departamental de Antioquia representa a este Departamento, o a la Intendencia del Chocó: si al Departamento, se viola con ello el artículo de la Constitución según el cual los Departamentos eligen Senadores a razón de uno por cada 150.000 habitantes; lo que significa que, conforme al censo de población, la Asamblea de Antioquia no puede elegir más de ocho Senadores; o el noveno Senador que ha elegido la Asamblea de Antioquia representa a la Intendencia del Chocó, y en este caso se violan los preceptos constitucionales según los cuales los Senadores son elegidos por la población de la República en elecciones de segundo grado, actuando para ello como electores los Diputados a las respectivas Asambleas, sin que los habitantes del Chocó intervengan en forma alguna en tal elección, lo que desde luego excluye todo vínculo de representación entre el electorado y el elegido, con violación de los principios básicos de la democracia, como muy bien lo expresó el Ministro doctor Echandía en el telegrama transcrito en este salvamento.

Elecciones. (Mesas de Votación en los Corregimientos).—Por el hecho de no existir constancia en el Consejo Electoral de haberse concedido permiso para colocar mesas de votación en los Corregimientos que están a menos de diez kilómetros de distancia de la cabecera del respectivo Municipio (artículo 7º de la Ley 187 de 1936), no es forzoso concluir que las dichas mesas de votación funcionan de manera ilegal, y que, por consiguiente, los votos en ellas emitidos deben excluirse del cómputo general. Cuando la ley ha dispuesto que se coloquen mesas de votación en las cabeceras de los Corregimientos que se hallen a determinada distancia de la cabecera del Municipio en donde actúa el Jurado Electoral, ha sido con el objeto de facilitar el ejercicio del sufragio, y con ese mismo criterio ha determinado que, no obstante la distancia, pueda permitirse, en otros lugares, la instalación de las mesas. Por lo demás, ni aun en el caso de que se demostrase que tales mesas de votación funcionan sin el permiso correspondiente, podría declararse la nulidad de los respectivos registros, pues las nulidades, en materia electoral, están taxativamente enumeradas en la ley y; en este caso, la nulidad, por tal causa, no se halla comprendida en los artículos 195 y 196 de la Ley 167 de 1941, ya que no cabe contra ellas ni el cargo de falsedad o apocrifidad.—**Actores:** Aurelio Tobón y Gonzalo Pradilla.—**Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia:** agosto 17 de 1943.

Elecciones. (Registros electorales y papeletas).—En materias electorales tienen valor probatorio las actas de los Jurados de Votación y de los Jurados Electorales, siempre que ellas hayan sido extendidas con las formalidades legales. En tales condiciones, son verdaderos documentos públicos, que hacen prueba acerca de su contenido. Verdad es que las papeletas de las votaciones son enviadas también a los Jurados Electorales, y que éstos, en caso de duda acerca de la exactitud de los cómputos, pueden verificar, como lo expresa el artículo 143 de la Ley 85 de 1916, los hechos respectivos, efectuando un nuevo escrutinio sobre las papeletas en la forma como está dispuesto para los Jurados de Votación. No obstante, es sabido que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 31 de 1929, el mérito probatorio está asignado siempre a los registros electorales, especialmente a los que se encuentran en el Tribunal Administrativo correspondiente.—**Actores:** Aurelio Tobón y Gonzalo Pradilla.—**Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia:** agosto 17 de 1943

164

Electorales. (Elección de Jueces).—Véase: **Representación proporcional.**

Empleados administrativos. (Período de duración).—Los Alcaldes pueden nombrar y remover libremente los empleados municipales, sin que les coarte dicha libertad determinación alguna de período. Todos los empleados administrativos municipales son agentes del Alcalde. De aquí la facultad de este funcionario para nombrarlos y removerlos en cualquier tiempo. Solamente los Personeros, Tesoreros y Jueces no son agentes del Alcalde, y su nombramiento corresponde al Concejo. El artículo 282 del Código Político y Municipal, las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, y el Decreto número 47 de 1927, reglamentario de la Ley 72 nombrada, son las normas determinantes acerca del particular.—**Actor:** doctor José María Vesga Villamizar.—**Ponente:** doctor Badel.—**Sentencia:** noviembre 16 de 1943.

11

Expulsión de extranjeros.—Existen dos procedimientos distintos para la expulsión de extranjeros del país: uno como medida preventiva; y otro como pena accesoria por delito común. Si se trata de infracción que tiene señalada pena de presidio o prisión, la pena accesoria de expulsión no puede ser decretada sino por el Juez que impone la principal. Mas si se trata de la expulsión, como medida preventiva, por los motivos de seguridad nacional que con-

templan las disposiciones vigentes, ella puede ser decretada por la Dirección General de la Policía Nacional, con la aprobación del Ministerio de Gobierno, en vista de los datos que recoja la Sección de Extranjeros. No puede decirse que la Resolución que en estos casos dicte la Policía pone fin a un juicio de naturaleza penal, de los que el artículo 73 de la Ley 167 de 1941 excluye de acusación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En este procedimiento corresponde también indagar al inculcado.—**Actor:** doctor Diego Montaña Cuéllar, apoderado de Alfredo Murra Ganem.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** noviembre 30 de 1943

Salvamento de voto.

Tesis del que salvan acerca de la jurisprudencia anterior los doctores Badel, Rivadeneira G. y Sepúlveda Mejía:

No se arguya, para sostener que los fallos relativos a la expulsión de extranjeros no caben dentro de la excepción de que trata el mencionado artículo 73 (Ley 167 de 1941), que todo lo relacionado con tal expulsión es de carácter netamente administrativo, como que se trata del derecho de un particular frente a la Administración, porque los que tal cosa aseveran olvidan al hacerlo: que la Policía administrativa, propiamente dicha, es esencialmente preventiva; que las penas, sanciones o castigos son de derecho público, no privado; que la Policía encargada de sancionar contravenciones de nacionales y extranjeros es conocida con el nombre de Policía Judicial, no administrativa; y que la expulsión no pierde el carácter de pena, que por ministerio de la ley tiene, por el hecho de ser impuesta por una autoridad de Policía y no por un Juez, como tampoco lo pierde por el solo hecho de aplicarse a infracciones o contravenciones a las leyes de alta Policía sobre extranjeros.

Expulsión de extranjeros (con juicio penal pendiente).—Admitir que la Policía puede expulsar a un extranjero por sindicársele de la comisión de un delito que está al conocimiento de los Jueces comunes, tendría la gravísima e irreparable consecuencia de que el delito se quedara impune, de que se hiciera nugatoria la acción civil para la reparación del daño causado, y de que en caso de que el Juez sobreseyera en favor del acusado o dictara sentencia absolutoria, no pudiera éste volver al territorio nacional,

Págs.

con agravio de la justicia y aun con menoscabo de los intereses del extranjero fincados en Colombia y del cónyuge e hijos colombianos.—**Actor:** Fiscal del Consejo, en recurso de súplica.—**Ponente:** doctor Tascón.—**Auto:** julio 29 de 1943 193

Salvamento de voto.

Tesis del que salvan, sobre la jurisprudencia anterior, los doctores Rivadeneira G., Sepúlveda Mejía y Valbuena:

El hecho de que contra un extranjero se adelante sumario por delitos comunes, no da base para sostener que se esté en presencia de un caso de colisión de atribuciones, por la cual la Policía deba cesar en el conocimiento del negocio de su competencia, y menos para sostener que la resolución de Policía no puede cumplirse hasta que la autoridad judicial no falle. Tesis ésta errónea, por partir del falso supuesto de que el Estado tiene mayor interés en sancionar con presidio o reclusión a un extranjero pernicioso, que en expulsarlo del país, para evitar sus corruptoras enseñanzas, así como por dejar la expulsión al arbitrio del que la va a sufrir, desde luego que éste puede, para eludirla, hacerse denunciar ante las autoridades judiciales por cualquier hecho, como ha acontecido ya 197

Expulsión de extranjeros (como medida preventiva).—La expulsión de extranjeros, como medida preventiva, por motivos de seguridad nacional, puede ser decretada por la Dirección General de la Policía Nacional, con la aprobación del Ministerio de Gobierno. La resolución que sobre el particular dicte la Policía no pone fin a un juicio de naturaleza penal, de los excluidos por el artículo 73 de la Ley 167 de 1941 de acusación contencioso-administrativa, exclusión que no es una novedad introducida por esta Ley, porque ya regía en idénticos términos bajo la legislación anterior (Ley 99 de 1919), bajo cuyo imperio el Consejo conoció de negocios análogos, sin que entonces se hubiera suscitado la cuestión de competencia.—**Actor:** Fiscal del Consejo, en recurso de súplica.—**Ponente:** doctor Tascón.—**Auto:** julio 29 de 1943 193

Salvamento de voto.

Tesis del que salvan sobre la jurisprudencia anterior los doctores Rivadeneira G., Sepúlveda Mejía y Valbuena:

Cuando entró a regir la Ley 99 de 1919, que excluyó del conocimiento de las autoridades contencioso-administrativas los juicios de Policía de naturaleza penal, no existía el Decreto número 804 de 1936, que atribuyó a la Policía el conocimiento de los negocios relativos a la expulsión de extranjeros y que dio a tales negocios el carácter de juicios al disponer que se levantara investigación y se oyera al inculpado, por lo cual tales negocios (los de expulsión de extranjeros, antes de la exclusiva competencia del Organó Ejecutivo) no podían considerarse comprendidos en la excepción que estableció la Ley 99 de 1919. Esta y la consideración no menos importante de que tal Decreto, expedido en uso de autorizaciones especiales, no podía reformar la Ley 99 de 1919 citada, fueron causa, a nuestro juicio, para que el Consejo hubiera seguido conociendo entonces de las demandas de nulidad de los Decretos por medio de los cuales se ordenaba una expulsión. Hoy no puede decirse lo mismo, ya que la Ley 167 de 1941, que excluye del mismo conocimiento los juicios de Policía, sin excepción alguna, es posterior al Decreto 804, y, por ende, comprende todos los casos de que éste habla

Expulsión de extranjeros. (Nacionalidad dudosa).—Establecido que Heriberto Schwartau Eskildsen, que dice ser colombiano, acusado de espionaje internacional, nació en territorio nacional, el estudio del problema puede concretarse al examen del domicilio del señor Schwartau, para ver si esta exigencia constitucional, indispensable para tener la calidad de colombiano, ha sido llenada por el actor en forma tan clara que permita la aplicación de los artículos 94 y 98 del Código Contencioso Administrativo, sobre suspensión provisional de la Resolución acusada. En el expediente aparecen los siguientes hechos que deben tenerse en cuenta: 1). El acta de nacimiento fue inscrita en el Consulado alemán de Barranquilla, y no ante las autoridades colombianas competentes; 2). El señor Schwartau tuvo educación completamente alemana y realizaba constantes viajes amparado por pasaporte alemán y cédula de extranjería; y 3). Al adquirir la mayor edad, el actor trabajaba en alguna hacienda del Valle del Cauca, pero luego abandonó el país y viajó a España, después al Brasil, Chile, Argentina y Ecuador, creyéndose, además, según afirmación de la Policía, que viajó a Alemania, en donde sirvió como intérprete en el Ejército de ese país, y fue, además, tratado como natural alemán. Este conjunto de circunstancias, agregado a la no menos impor-

Págs.

tante de haber sido sorprendido Schwartau realizando actividades de espionaje al servicio de una potencia extranjera, con la cual no tiene hoy Colombia relaciones diplomáticas, induce a pensar que la nacionalidad del demandante ofrece tales dudas, que no se justifica la declaración de que se ha expulsado a un colombiano, y que, por lo mismo, la Resolución respectiva viola normas superiores. **Actor:** doctor Gilberto Alzate Avendaño, apoderado de Schwartau.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Auto:** agosto 3 de 1943

90

G

Gobernadores. Remueven a los Notarios.—Véase: **Notarios.** (Su destitución por el Gobernador).

— (Revisión de sus contratos).—Véase: **Contratos.** (Competencia para revisarlos).

Gracias y pensiones (otorgadas por las Asambleas).—Véase: **Asambleas.** (Su independencia funcional).

I

Impuestos municipales. (Aforos).—El aforo que hacen los Municipios, o sea el acto en que se fijan las cuotas de ciertos impuestos, si plural o general, en cuanto comprende a varias personas gravadas por determinada actividad imponible, es, sin embargo, un acto de carácter particular, creador de situaciones jurídicas concretas, individuales, respecto de cada uno de los contribuyentes. Consecuencialmente, la acción que corresponde es la individual, siendo, por tal causa, improcedente la acusación del **acto aforo** en interés de la ley, o sea ejercitando la acción popular o de nulidad. Sólo el contribuyente que se crea lesionado en su derecho tiene personería para intentar la correspondiente demanda.—**Actor:** Juan José Serrano, apoderado de la Cámara de Comercio de Tunja.—**Ponente:** doctor Badel.—**Sentencia:** diciembre 7 de 1943

15

— **municipales. (Industria y comercio).**—No contraría las disposiciones constitucionales y legales el hecho de que un Municipio grave con el impuesto de industria y comercio las actividades de una compañía comercial, aunque ésta preste servicios nacionales en virtud de contrato con la Nación. Por el hecho de que una compañía preste un servicio de la naturaleza del que aquí se contempla, no quiere

decir que no pueda ser gravada con impuestos municipales; que este hecho implique sujeción del servicio mismo al Cabildo; ni que con ello se viole el artículo 3º de la Ley 198 de 1936, pues dicha disposición se limita a declarar que los servicios de telecomunicaciones se subordinan a las disposiciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, a los convenios y acuerdos que se celebren, a las disposiciones contenidas en leyes especiales y a los reglamentos del Gobierno. Es, también, una clara noción de Derecho Público la de que la concesión, aun cuando sea de un servicio monopolizado por el Estado, no es un organismo oficial. Su patrimonio es privado y está sometido al régimen de los particulares en materia impositiva, salvo lo que, expresa y válidamente, se le haya otorgado en la concesión. La All America Cables and Radio Inc., como concesionaria, no podía estar exenta, por el Gobierno, del pago de impuestos departamentales o municipales.—**Actor:** doctor Leonardo Tafur Garcés, apoderado de All America Cables and Radio Inc.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** julio 6 de 1943

85

Impuestos municipales. (Devolución).—No viola disposición legal alguna la Resolución de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Bogotá, ni la que la confirma, pronunciada por la Junta Asesora de la Administración, al negar, por incompetencia, la ordenación del pago proveniente de exceso de cobro de un impuesto, mientras el Concejo no lo haya ordenado previamente y no tenga apropiada la partida que corresponda.—**Actor:** doctor Andrés Holguín, apoderado de Mario y Honorato Espinosa, Mercedes Sierra de Pérez y otra.—**Ponente:** doctor Rivadeneira G.—**Sentencia:** noviembre 30 de 1943....

149

— **nacionales. (Créditos a plazo).**—Las ganancias representadas en créditos a plazo son renta gravable. Al respecto, no hay dificultad en la interpretación del artículo 1º de la Ley 78 de 1935. Las **cantidades** que, según este artículo forman la renta bruta del contribuyente, no se refieren únicamente a dinero, sino que abarcan, en su generalidad, toda clase de ganancias, beneficios y rentas que hayan ingresado al patrimonio respectivo en el año gravable. La palabra **cantidad** no es específica de dinero, sino genérica de toda clase de valores comerciales. Los créditos que se dan en pago o en parte de pago de mercancías y que representan, a no dudarlo, valores comerciales que con facilidad pueden apreciarse en dinero, no pueden escapar del cómputo que la

ley ha dispuesto para la liquidación de la renta gravable de los contribuyentes.—**Actor:** Rafael Manjarrés Herrera, apoderado de Juan Isaza Arango.—**Ponente:** doctor Carreño Mallarino.—**Sentencia:** septiembre 15 de 1943 30

Impuestos nacionales. (Deducción por depreciación).—Presentada una suma por el contribuyente como “capital misceláneo”, sin clasificar los bienes que representan ese capital, es imposible hacer cálculo o liquidación de cuota de depreciación, pues no puede solicitarse demérito sobre bienes cuya naturaleza es totalmente desconocida, mucho menos cuando dentro de ellos deben existir, o existen, algunos no despreciables, como terrenos, etc. Dice el artículo 60 del Decreto 818 de 1936, que, para conceder depreciación sobre bienes muebles o inmuebles, es necesario que se conozcan la **naturaleza** de las inversiones, los bienes de que se trata y el uso a que se destinen.—**Actor:** doctor Marco T. Mendoza Amarís, apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad de Barranquilla.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** octubre 26 de 1943 101

— **nacionales. (Deducción por diferencia de cambio).** La diferencia de cambio ocasionada por la baja del peso colombiano entre la época en que se contrajeron las obligaciones y la del pago de ellas, no es deducible, porque los dólares que se toman prestados por el contribuyente tienen que ser destinados a inversiones de carácter permanente para aumentar el valor de propiedades en Colombia. Luego el gasto que implica cubrir estos préstamos, queda comprendido dentro de las sumas para las cuales no concede deducción nuestra ley tributaria (artículo 3º, numeral 2, de la Ley 78 de 1935). Al pagar el contribuyente parte de su obligación pendiente con acreedores extranjeros, no hace otra cosa que pagar parte de una suma estipulada en dólares que había prestado y que está representada en su capital. Por tanto, estas operaciones son de capital y no de renta, y la ley tributaria, expresamente, manda que las pérdidas y ganancias derivadas de operaciones de capital no son deducibles de la renta.—**Actor:** doctor Marco T. Mendoza Amarís, apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad de Barranquilla.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** octubre 26 de 1943 101

— **nacionales. (Deducciones por operaciones extrañas).**—Al admitir una empresa bonos municipales como pago de sus servicios, queda extinguida la deuda con el Municipio, quien efectúa, por ese

hecho, una verdadera dación en pago. Si la empresa vende los bonos recibidos, realiza una operación extraña a su negocio habitual, y la pérdida que pudiera sufrir por la depreciación de los bonos no es materia deducible de la renta.—**Actor:** doctor Marco T. Mendoza Amarís, apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad de Barranquilla.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** octubre 26 de 1943

101

Impuestos nacionales. (Exceso de utilidades).—El impuesto de exceso de utilidades se liquida tomando como punto de comparación con la renta el **patrimonio líquido** poseído por el contribuyente, en desarrollo de la definición que la Ley 78 de 1935 da sobre patrimonio: Por eso se computó, para la fijación de dicho impuesto, el patrimonio líquido de la compañía, y no el global —incluyendo la cantidad de capital extranjero— que se tomó en cuenta para la tasación del impuesto de patrimonio. De lo contrario, no habría lugar a impuesto de exceso de utilidades a cargo de la compañía, y esto sería aberrante e ilegal, ya que por la omisión de un requisito legal indispensable en materia tributaria, como es la retención del impuesto, se vería la compañía favorecida por concepto de exceso de utilidades.—**Actor:** doctor Marco T. Mendoza Amarís, apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad de Barranquilla.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** octubre 26 de 1943

101

— **nacionales. (Patrimonio gravable).**—Es cierto que la Jefatura fijó el patrimonio gravable en 31 de diciembre de 1939, sin permitirle deducir obligaciones que constituyen la mayor parte de su pasivo; pero al proceder así, no hizo sino cumplir lo dispuesto en la ley, ya que ésta ordena que todos los bienes poseídos en Colombia están sujetos al pago de tributos. La obligación del contribuyente era retener, en la fuente, el impuesto correspondiente a la suma de capital extranjero con que opera económicamente en territorio colombiano. A no hacerlo, la ley castiga tal omisión gravando como patrimonio propio esa suma extranjera, más el patrimonio real que posea.—**Actor:** doctor Marco T. Mendoza Amarís, apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad de Barranquilla.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** octubre 26 de 1943..

101

— **predial. (Suspensión del cobro por acto ordenanzal).**—Las Asambleas no pueden disponer la suspensión del cobro del impuesto predial, mientras varios Municipios que se disputan terrenos veci-

nales, obtienen la decisión correspondiente. El hecho de que exista una discusión sobre los límites entre dos o más Municipios, no tiene influencia para el caso que se contempla, pues la legislación señala la manera de definirla, sin que en el tiempo que dure la **litis**, las zonas discutidas dejen de estar bajo la jurisdicción de alguna de las entidades de derecho público que se las disputan, así como en las acciones posesorias o de deslinde o de dominio entre particulares, los bienes, objeto de la querrela quedan siempre, mientras ésta se decide, en poder de alguno de los querellantes. Para efectos del cobro de los impuestos sobre los predios en discusión, habrá de respetarse, indudablemente, el **statu quo**, mientras se define la disputa (artículo 182 de la Codificación Constitucional.—**Actor:** Municipio de Prado (Tolima).—**Ponente:** doctor Gonzalo Gaitán.—**Auto:** julio 1º de 1943

43

Incompetencia del Consejo. (Actos originados en contratos).

El artículo 73 del Código de lo Contencioso Administrativo consagra que no son acusables ante esta jurisdicción, "las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo que tengan origen en un contrato". A esta regla estableció el mismo Código una excepción por medio del artículo 258 del mismo, que dice que "dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la decisión de la reposición, si se ha hecho uso de este recurso dentro del mismo término contado desde la notificación de la declaración de caducidad, podrá ocurrirse en demanda ante el Consejo de Estado contra la resolución. Esta demanda se tramita y decide por el procedimiento del Capítulo XV. **El mismo principio se aplica cuando se demanda la resolución que se dicte sobre imposición de multas señaladas en contratos en que la Administración es parte**". Esta última parte del artículo fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, y, en tal virtud, no rige como excepción a la regla contenida en el artículo 73 citado, no siendo, por tanto, las resoluciones sobre multas del conocimiento del Consejo de Estado.—**Actor:** doctor Arturo Angel Echeverri, apoderado de Francisco Castro H.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** noviembre 19 de 1943

106

- **del Consejo de Estado.**—Véase: **Renta nominal. (Pago de intereses).**
- **(de los Tribunales Administrativos).**—Véase: **Policía Nacional. (Reorganización por los Gobernadores).**

Independencia administrativa (de las secciones).—Véase: **Condonaciones (por las Asambleas).**

— **(funcional de las Asambleas).—**Véase: **Asambleas. (Su independencia funcional).**

Inhabilidad electoral (por renuncia irrevocable de empleo no resuelta).—El empleado que no es elegible por estar ejerciendo funciones que tienen jurisdicción o mando dentro de los tres meses anteriores a la respectiva elección, conforme a los artículos 102 de la Codificación Constitucional, y 214 de la Ley 85 de 1916; que ha presentado renuncia irrevocable del puesto que lo inhabilita antes de comenzar el período de inhabilidad; que se le nombra reemplazo interino y éste no desempeña el cargo; pero que el superior que debe considerar la renuncia no la decide sino cuando ya ha entrado el período de inhabilidad, no pierde el derecho de ser elegido. De un lado, no ha desempeñado el cargo durante el tiempo de inhabilidad anterior a la elección, y de otro, la negligencia, lentitud o descuido del superior que está obligado a aceptar la renuncia irrevocable, no siendo el cargo de obligatoria aceptación, no puede perjudicar el derecho del empleado candidato.—**Actor:** Luis Mufarry.—**Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** septiembre 10 de 1943

63

Intendencias y Comisarías.—Véase: **Elección de Senadores. (Antioquia).**

Invalidez militar. (Pensiones y recompensas).—Véase: **Pensiones militares. (Suboficiales).**

J

Jubilación de maestros. (Complemento de servicios).—Para que un maestro pueda invocar a su favor lo dispuesto en la Ley 37 de 1933, o sea, poder complementar los años de servicio en la escuela primaria oficial con servicios en establecimientos de segunda enseñanza, a fin de tener derecho a pensión de jubilación, es preciso que haya servido más de la mitad de los veinte años exigidos por la ley en la enseñanza primaria. En este caso, los sueldos que deben tenerse en cuenta para determinar la cuantía de la pensión deben ser los últimos devengados en la escuela primaria y no en la enseñanza secundaria.—**Actor:** Marco Tulio Herrera Mazuera.—**Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** agosto 18 de 1943.

55

Jueces. (Su elección).—Véase: **Representación proporcional.**

L

Págs.

La judicatura y la mujer.—Véase: **Mujeres. (Pueden ejercer la judicatura).**

Leyes (sobre facultades extraordinarias. Su aplicabilidad).

Expedida una ley de esta naturaleza y con posterioridad otra que reglamenta íntegramente una materia especial, el Organó Ejecutivo no puede dictar decretos extraordinarios, decretos-leyes, fundándose en la ley primitiva sobre facultades extraordinarias, que modifiquen la segunda o posterior. Si bien es cierto que los decretos expedidos por el Organó Ejecutivo en virtud de facultades extraordinarias tienen completa fuerza de leyes, que son verdaderas leyes en sentido material, también lo es que, en presencia de una norma precisa y clara expedida por el Congreso con posterioridad a la ley de facultades extraordinarias y la que con fundamento en éstas dicta el Ejecutivo, el fallador puede dejar de aplicar las disposiciones que considere que no se acomodan a las facultades conferidas por el legislador.—**Actor:** doctor Manuel Buenahora, apoderado de Larsen & Robledo, hoy Robledo Hermanos.—**Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** octubre 13 de 1943

72

M

Maestros. (Complemento de servicios para jubilación).—Véase: **Jubilación de maestros. (Complemento de servicios).**

— **de escuela. (Destitución).**—Destituído ilegalmente un maestro, el cual, además de serlo de una escuela nocturna, desempeña, durante el día, un puesto remunerado departamental, la sentencia del Tribunal **a quo** que ordena restituirlo al cargo, no puede disponer, a la vez, que se le paguen los sueldos íntegros que le corresponden como maestro durante el tiempo en que, irregularmente, estuvo fuera de su función en el magisterio. De estos sueldos debe descontársele lo que ganó en el empleo departamental, en mérito de lo estatuido en el artículo 58 de la Constitución (Codificación Nacional), que prohíbe recibir más de un sueldo del Tesoro Público, entendiéndose por éste, así el nacional, como el departamental y municipal.—**Actor:** José Ignacio Aguilar.—**Ponente:** doctor Rivadeneira G.—**Sentencia:** noviembre 5 de 1943

146

— **de escuela. (Inamovilidad).**—La inamovilidad de los maestros de escuela primaria escalafonados no se limita al período del año lectivo. Su período es in-

definido. En consecuencia, no pueden ser removidos ni trasladados de una escuela a otra, y menos a una de menor categoría, sino por las causales contempladas en el Decreto número 2255 de 1938, y con observancia de las formalidades en él establecidas.

Actor: Rosa Elena Sánchez.—**Ponente:** doctor Badel.—**Sentencia:** diciembre 16 de 1943

19

Maestros de escuela. (Traslado).—El solo nombramiento de un maestro para regir otra escuela, no implica traslado. Se requiere, además, que se haya hecho el nombramiento de la persona que deba ocupar el puesto del cual se hizo el traslado del primero. Por tanto, para que la consiguiente acción de nulidad, por motivo del traslado, pueda prosperar, deben demandarse los dos nombramientos: el del maestro a quien se traslada y el del designado para reemplazar al primero.—**Actor:** Alba Ortiz B.—**Ponente:** doctor Badel.—**Sentencia:** diciembre 17 de 1943. .

22

Maizena.—La palabra **Maizena** está registrada a favor de la sociedad demandante, tanto en Colombia como en la República de Cuba, según constancia de autos. No es una palabra del lenguaje común, sino propia de quien la inventó para distinguir sus productos, como lo ha dicho la Academia de la Lengua Española, según demostración que consta en el expediente. En estas condiciones, se halla amparada con los atributos que da el derecho de propiedad a favor del demandante. El uso exclusivo de tal palabra implica, necesariamente, la prohibición de ser empleada en la industria por personas o entidades distintas de aquellas que la tienen registrada. De lo contrario, sobraría el registro que tiene a su favor la Corn Products Refining Co.—**Actor:** doctor Carlos H. Pareja, apoderado de Corn Products Refining Co.—**Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** julio 9 de 1943

45

Mala conducta. (Separación de Oficiales por esta causa).
Véase: Separación absoluta del Ejército (por mala conducta).

Marcas de fábrica.—Véase: **Maizena.**

Médicos extranjeros.—Véase: Ejercicio de la medicina (por extranjeros).

Mesas de Votación (en los Corregimientos).—Véase: Elecciones. (Mesas de Votación en los Corregimientos).

Militares. (Condiciones para ascenderlos).—Véase: Ascensos de Oficiales.

Mujeres. (Pueden desempeñar la judicatura).—El artículo 157 de la Constitución de 1886 resulta, en parte, incompatible o incongruente con el 8º del Acto legislativo número 1º de 1936. En efecto, el primero decía que para ser Juez se requiere ser ciudadano en ejercicio, y el segundo dice que los empleos públicos “aunque” sean de aquellos que lleven anexa autoridad o jurisdicción, pueden ser desempeñados por las mujeres colombianas. Y como es de una claridad meridiana que las judicaturas son los empleos que por antonomasia llevan anexa autoridad o jurisdicción, síguese que el artículo 157 de la Carta de 1886 debe entenderse que ha sido modificado en forma tácita por el nuevo precepto constitucional en favor de la mujer colombiana.—**Actores:** Antonio M. Restrepo y Gilberto Rincón Gómez.—**Ponente:** doctor Carreño Mallarino.—**Sentencia:** octubre 5 de 1943

33

Salvamentó de voto.

Tesis del que salvan los doctores Tascón, en la parte motiva; Badel, Gaitán y Sepúlveda Mejía:

El fallo pártede la base de que el artículo 8º del Acto legislativo número 1º de 1936 modificó, tácitamente, lo dispuesto en el artículo 157 de la Constitución de 1886, y que, por consiguiente, después de la enmienda constitucional de 1936 sí puede nombrarse a las mujeres para desempeñar cargos del orden judicial. La disposición del artículo 157 es de carácter especial, consignada en el Capítulo relativo a la Administración de Justicia, y específicamente se refiere a los Jueces, en tanto que la del artículo 14, no obstante la excepción hecha en favor de la mujer mayor, para que pueda desempeñar empleos que lleven anexa autoridad y jurisdicción, es de carácter general, en el sentido de que hace referencia a toda clase de empleos con autoridad o jurisdicción. Según esta disposición, bien puede nombrarse a las mujeres mayores para servir los cargos de Gobernador, Alcalde, Inspector de Policía, etc., pues estos cargos, que llevan anexa autoridad y también jurisdicción, no son del orden judicial. Cuando el artículo 14 de la Constitución Nacional habla de empleos que llevan anexa autoridad o jurisdicción, se refiere, o así debe entenderse, a aquellos distintos de los del orden judicial, ya que hay otros cargos, como se ha dicho antes, con jurisdicción en el campo administrativo, a los cuales sí puede tener acceso la mujer, dentro del precepto del referido artículo constitucional

36

Multas (señaladas en contratos de la Administración).—Véase: **Incompetencia del Consejo. (Actos originados en contrato).**

Municipios. (Su creación por las Asambleas).—El único requisito que deben tener en cuenta las Asambleas Departamentales para crear Municipios, es la base de población, porque es la cortapisa exclusiva que les puso el constituyente a esas corporaciones para tal fin (artículo 186 de la Codificación Constitucional). La base de población la establece el legislador sobre las cifras del censo legal; pero como la población o el número de habitantes es un hecho, y el censo puede no expresar la realidad, son admisibles pruebas distintas de las determinadas por el censo mismo. Las Leyes 71 de 1916 y 49 de 1931, que establecen otros requisitos para la creación de Municipios, tales como que en cada uno de los tres años anteriores (el Municipio) haya aportado a las rentas del Distrito o Distritos de que se segrega, una suma no menor de seis mil pesos (\$ 6.000); que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual no sea menor de catorce mil pesos (\$ 14.000); que tenga una población en donde residan ciento cincuenta (150) familias, por lo menos, y suficiente número de personas aptas para servir los destinos públicos municipales; que existan allí mismo locales adecuados para escuelas, casa municipal, cárcel y hospital; que en caso de no ser propios del Municipio que se va a crear, éste cuente con los recursos suficientes para construirlos; que la creación del Municipio sea solicitada por más de la mitad de los ciudadanos vecinos que residan dentro de los límites que se pidan para el nuevo Municipio; que las firmas de la solicitud deban autenticarse ante el Juez de uno de los Distritos que sufren la segregación, quede, cuando menos, con las dos terceras partes de su territorio; tales requisitos legales son inconstitucionales, y, en consecuencia, no pueden aplicarse.—**Actor:** doctor Diógenes Arrieta Arrieta.—**Ponente:** doctor Gaitán.
Sentencia: agosto 11 de 1943

48

Salvamento de voto.

Tesis del que salva sobre la doctrina anterior el Consejero doctor Peñaranda Arenas:

El anterior concepto rompe una constante jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentido diametralmente opuesto, e igualmente se opone, por medio de la sentencia, a la voluntad nacional expresada por la ley, en el sentido de que las Asambleas,

no tomen la facultad que les otorga la Carta, en orden a la creación de Municipios, de una manera soberana, autónoma o discrecional, sino como facultad reglada. ¿Pero es que acaso entre el texto constitucional y la ley hay una pugna ostensible, de donde pueda deducirse que la última contraría la primera? En mi concepto, no. Para mí, el texto constitucional, al disponer que correspondé a las Asambleas crear y suprimir Municipios con arreglo a la base de población que determina la ley, no consagró una condición única, que privara al Congreso de fijar otras igualmente importantes, máxime cuando agregó la expresión "consultando los intereses locales". Si el texto constitucional hubiera de interpretarse en sentido restricto, declarando que sólo se refirió, para la creación de Municipios, a la base de población que determina la ley, ello tampoco significaría que fueran inconstitucionales las leyes que desarrollaron el principio de la Carta, agregándole nuevas condiciones, porque debe entenderse que al referirse la Constitución a la base de población, quiso decir que en ningún caso se prescindiría de ella al tratarse de la creación de Municipios, aunque tal advertencia implicara una prohibición a la reglamentación normal del legislador, para hacer más eficaz y saludable la facultad concedida a las Asambleas sobre tan importante materia

N

Notarios. (Su destitución por el Gobernador).—A pesar de ser fijo el período de duración del empleo de Notario Público, pueden los Gobernadores removerlos por motivos que justifiquen la destitución o la violación de las leyes en el desempeño de sus funciones, mediante hechos palpables que así lo determinen, cuales serían, por ejemplo, los resultantes de desobedecer las prescripciones contenidas en los artículos 2256 y 2562 del Código Civil, o, en fin, por cualquiera otra circunstancia que haga necesaria la remoción; pero en todo caso, debe expresarse por el Gobernador la causa de la destitución, si es que ella está sometida a su propio criterio en guarda de apreciar la gravedad de los hechos denunciados en contra del Notario. Además, debe establecerlo así en los considerandos del Decreto sobre insubsistencia del nombramiento o en resolución distinta, dándole al empleado campo a la defensa, bien para que destruya las pruebas que le hayan servido

de base para su declaratoria, o bien para que intente contra ella algún recurso legal.—**Actor:** Isaías Londoño.—**Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia:** julio 6 de 1943

155

O

Ordenanzas. (Su promulgación).—Véase: **Promulgación (de las ordenanzas).**

P

Patrimonio departamental. (Su autonomía).—Véase: **Condonaciones (por las Asambleas).**

Pensiones militares. (Suboficiales).—Las únicas disposiciones vigentes sobre pensiones y recompensas por causa de invalidez de los militares, son los Decretos números 1025 y 1123 de 1942, adoptados por la Ley 43 de este año. La Ley 40 de 1911 que trataba del asunto, fue derogada, tácitamente, por la 71 de 1915, sustitutiva de la 149 de 1896, por cuanto reglamentó íntegramente la materia. La referencia que de la citada Ley 40 de 1911 hizo el artículo 9º de la Ley 102 de 1927, no era bastante para revivir su texto. Pero aun en este supuesto, habría quedado derogada por la Ley 43 de 1943 que acogió la reglamentación que sobre la misma materia hicieron los citados Decretos números 1025 y 1123 de 1942.

Actor: doctor Carlos Alberto Vergara Puertas, apoderado de Luis A. Pérez Prada.—**Ponente:** doctor Badel.—**Sentencia:** diciembre 15 de 1943

17

Período de duración (de los empleados municipales).—Véase: **Empleados administrativos. (Período de duración).**

Petróleos. (Denuncio como bienes ocultos).—Véase: **Bienes ocultos. (Yacimientos petrolíferos).**

Policía Nacional. (Reorganización por los Gobernadores).—El decreto de un Gobernador que reorganiza la Policía en su personal civil y militar, acto que aprueba el Ministerio de Gobierno en virtud del Decreto número 1968 (artículo 7º) de 1936, es una providencia ministerial, ya que la resolución del Ministro es la que pone fin a la actuación administrativa. Si esto es así, la demanda del Decreto del señor Gobernador del Departamento del Cauca, aprobado, como consta, por medio de la Resolución número 681 de 1942, originaria del Ministerio de Gobierno, no podía intentarse ante el Tribunal Administrativo de Popayán, sino ante el Consejo de Estado, pues

al respecto es terminante lo dispuesto por el artículo 34 del Código Contencioso Administrativo. Carecen, pues, de competencia, los Tribunales Administrativos Seccionales para conocer de su nulidad. La jurisdicción es del Consejo de Estado.—**Actor:** Higinio Solarte V.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Auto:** julio 14 de 1943 89

Policía Nacional. (Resoluciones del Director).—Véase: Expulsión de extranjeros (con juicio penal pendiente).

Potestad reglamentaria.—El hecho de que la Constitución en el numeral 3º del artículo 115 reconozca al Presidente de la República la potestad reglamentaria respecto de las leyes, y éstas a los Gobernadores y Alcaldes, dentro de la órbita de su competencia, acerca de las ordenanzas y acuerdos, no significa que no la tengan, igualmente, otros organismos de la Administración respecto de la materia para la cual fueron autorizados por el Legislativo, al tener en cuenta excepcionales circunstancias. En tal virtud, las resoluciones emanadas de la Dirección General de Transportes y Tarifas, aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas, son viables desde el punto de vista jurídico, pues todas ellas son el recto desarrollo de las normas contenidas en el Decreto número 400 de 1942.—**Actores:** Arturo Angel Echeverri y Adolfo Campo.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** mayo 18 de 1943. (Tomo XXV, números 323 a 328 de los **Anales**) 115

Salvamento de voto.

Tesis del que salva el doctor Tascón, acerca de la anterior jurisprudencia:

Es cierto que el Consejo ha admitido que la facultad de dictar reglamentos la tienen los funcionarios públicos encargados de poner en ejecución las leyes, pero ello debe entenderse respecto de medidas necesarias para la cumplida ejecución de las funciones que les son propias, y siempre dentro de las disposiciones legales que les señalan aquéllas. Sería inaceptable que si el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, no puede dictar normas nuevas, no contenidas en la ley reglamentada, pudieran hacerlo subalternos suyos. Las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República no son por éste delegables.

Prescripción (de la acción de reparación del derecho).—La prescripción de cuatro meses de esta acción (artículo 83 del Código de lo Contencioso Administrativo)

se cuenta, si el acto no ha sido publicado, desde la ejecución del acto o realización del hecho respectivo. El término perentorio de cuatro meses de que trata el citado artículo, se entiende de acuerdo con el calendario, conforme al artículo 59 del Código Político y Municipal, que comprende, de fecha a fecha de cada mes, los días inhábiles intermedios, o sea, que éstos se consideran hábiles, y, por tanto, no interrumpen la prescripción.—**Actor:** Pastor Villarraga.—**Ponente:** doctor Tascón.—**Auto de la Sala de Decisión:** agosto 10 de 1943

198

Prescripción de las acciones.—Prescrita una acción respecto de un acto administrativo cualquiera, no es aceptable que se la trate de revivir provocando, después de varios años, otra resolución o providencia sobre el mismo asunto ya ejecutoriado.—**Actor:** Luis A. Lemus Castro, por medio de apoderado.—**Ponente:** doctor Carreño Mallarino.—**Sentencia:** noviembre 9 de 1943

40

— **(del recurso contencioso).**—Contra el acto administrativo que define una situación jurídica individual y concreta, que por su naturaleza no vulnera la norma objetiva, sino el derecho subjetivo de la persona a que se refiere, no existe la acción de nulidad en interés de la ley, de que habla el artículo 66 del Código de lo Contencioso Administrativo. Corresponde, en tal evento, la de anulación y plena jurisdicción contemplada en el artículo 67 de la citada obra. La última de estas acciones prescribe al cabo de cuatro meses, contados desde la publicación, notificación o ejecución del acto que se cree lesiona el derecho del interesado, en armonía con la parte final del artículo 83 *ibidem*.—**Actor:** doctor Max. Galvis.—**Ponente:** doctor Badel.—**Sentencia:** diciembre 1º de 1943

13

Prestaciones sociales.—La Ley 22 de 1942 establece que todos los funcionarios y empleados pagados por el Tesoro Nacional que pertenezcan al Órgano Judicial, Consejo de Estado, Tribunales Contencioso-Administrativos y Ministerio Público, gozan de las prestaciones sociales a que la misma Ley se refiere, y el artículo 30 del Decreto reglamentario de la expresada Ley 22, dice: "Los empleados subalternos tienen derecho a las prestaciones reconocidas en la Ley 22, siempre que el nombramiento proceda de una autoridad del Órgano Judicial, de lo Contencioso Administrativo o del Ministerio Público, aunque sus funciones sean de índole administrativa". Aparece claro que el artículo 30 del Decreto número

Págs.

2840 citado, viola las disposiciones de la Ley 22 de 1942, en cuanto exige para que los empleados subalternos tengan derecho a las prestaciones reconocidas por dicha Ley, que su nombramiento proceda de una autoridad del Organó Judicial, de lo Contencioso Administrativo o del Ministerio Público; pero no en cuanto declara que tienen derecho a tales prestaciones, aunque sus funciones sean de índole administrativa, pues en esta parte la disposición, lejos de violar la Ley reglamentada, desarrolla claramente el pensamiento del legislador.—**Actor:** doctor Manuel D. Sánchez Mendoza. **Ponente:** doctor Tascón.—**Sentencia:** agosto 13 de 1943

200

Presupuestos.—La partida que se vota en un presupuesto, inferior a la establecida en ley, ordenanza o acuerdo anterior, o la no inclusión, en su totalidad, de una partida en él, no implica derogatoria ni modificación del acto sustantivo previo que decreta el gasto. En estos casos, no se viola disposición legal alguna. El presupuesto es el acto condición por excelencia, la condición necesaria para que, una vez decretado un gasto, pueda efectuarse, ya que si no se halla dentro del presupuesto la partida correspondiente asignada para atender a él, no podrá hacerse efectivo. De ninguna manera podría aceptarse que el acto administrativo que realiza una Asamblea para establecer el equilibrio entre los ingresos y los gastos, como objetivo primordial y en virtud de atribución constitucional, podría llegar a ser nulo por considerarse, en cualquier momento, que sea preciso restringir los egresos para acomodarlos a las posibles entradas. Con distinto criterio, se llegaría a la conclusión de que son nulos, en el orden nacional, casi todos los presupuestos expedidos en los últimos años, y quizás los de muchos años atrás, ya que puede aseverarse que no han cabido jamás, dentro de ellos, todas las partidas necesarias para atender a los gastos decretados.—**Actor:** Juan Guzmán.—**Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia:** agosto 10 de 1943. . . .

162

Promulgación (de las ordenanzas).—No es nula la disposición de una ordenanza que establece que ella rige desde su sanción. Con este hecho no se viola el artículo 109 de la Ley 4ª de 1913, cuando la ordenanza se refiere a los Poderes Públicos, para los cuales la promulgación no es necesaria. No así cuando se refiere a las personas que están obliga-

das a cumplirla y obedecerla por virtud de la promulgación.—**Actor:** Fiscal del Tribunal de Cartagena.—**Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia:** septiembre 15 de 1943

183

Promulgación (de los decretos extraordinarios).—Véase: **Decretos extraordinarios (reservados).**

Prórroga de las Asambleas.—Véase: **Quórum (de las Asambleas).**

Pruebas. (El censo legal las admite en contrario).—Véase: **Censo legal. (Admite prueba en contrario).**

Q

Quórum (de las Asambleas).—Si un Diputado principal y su primer suplente dejan de concurrir a las deliberaciones de la respectiva Asamblea sin renunciar, excusados o con licencia, y el segundo suplente concurre y se le da posesión, indudablemente la misma corporación ha resuelto el problema con autoridad, y la actuación del suplente es válida para formar el quórum necesario en determinados casos, aunque la Asamblea no haya decidido, previa y expresamente, el punto especial relativo a la legalidad de la presencia en ella del segundo suplente. La circunstancia anterior lleva consigo el asentimiento de todos los miembros presentes de la corporación. De no ser así, cualquiera habría podido proponer que el suplente no fuera admitido a completar el quórum necesario para la función que se iba a ejercer. Por tanto, el segundo suplente sí pudo formar número en la Asamblea en ausencia de su principal, y los actos de la corporación, así integrada, tienen, por este aspecto, validez legal. Tal sucede con la Resolución sobre prórroga, votada por la mayoría legal de los Diputados a la Asamblea. **Actor:** Fiscal del Tribunal Superior de Popayán. **Ponente:** doctor Valbuena.—**Sentencia:** agosto 3 de 1943

219

R

Recompensas (a Suboficial por retiro).—Si un Suboficial, que ha contraído invalidez y se retira con más de diez años de servicio, tiene derecho al sueldo de retiro de que habla el artículo 19 del Decreto 1025 y a la compensación de que trata el artículo 21 ibídem, habría falta de equidad irritante, que no consul-

taría el espíritu de la ley, si otro Suboficial, que estando en las mismas condiciones, pero teniendo, además, la edad de retiro, no tuviera derecho a la compensación. La edad, en este caso, no puede considerarse como factor que mejore la condición del Suboficial que se retira. Cosa distinta es cuando el retiro se causa, únicamente, por edad, sin ninguna invalidez. Es cierto que la ley no considera, expresamente, el caso del Suboficial que habiendo contraído invalidez llegue a la edad de retiro. Pero, precisamente, porque no hace ninguna distinción al respecto, es autorizado sostener que quien habiendo contraído invalidez en el servicio y llegue a la edad de retiro, siendo al efecto retirado por causa en la edad solamente, tiene derecho, también, a la compensación de que trata el artículo 21 del Decreto 1025 de 1942, si se retira con más de diez años de servicio.—**Actor:** Simón León Laverde. **Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** diciembre 7 de 1943

Recurso contencioso (de plena jurisdicción. Prescripción).
Véase: **Prescripción (del recurso contencioso).**

Recursos (de hecho).—El auto por medio del cual el Magistrado sustanciador niega la comisión pedida para la práctica de una prueba, aun cuando interlocutorio, no es susceptible de apelación, tanto porque en el procedimiento contencioso-administrativo sólo son apelables, para ante el superior, los autos o providencias respecto de los cuales la ley consagra, expresamente, este recurso, al tenor de lo dispuesto en los artículos 35 y siguientes de la Ley 167, que señalan taxativamente los casos en que el Consejo puede conocer de negocios que sufren primera instancia ante los Tribunales, como porque, respecto de los autos interlocutorios que dicten los Magistrados, cuando no proceden como Juez *ad-quem*, es decir, cuando obran como Juez *a-quo*, que es el caso, el único recurso que procede es el de súplica, de que trata el artículo 511 del Código Judicial. A estas razones, suficientes por sí solas para negar el recurso propuesto, bien puede agregarse la que proviene del hecho de que al Consejo sólo pueden subir, por recurso de apelación o consulta, providencias que lleven las firmas de los Magistrados que integran el respectivo Tribunal. Prueba de ello son los artículos 88 y 96 de la expresada Ley 167, que exigen tales firmas en los autos de inadmisión de las demandas y de suspensión provisional, que sí son apelables para ante el superior.

Actor: doctor Luis Sarmiento Buitrago.—**Ponente:** doctor Rivadeneira G.—**Sentencia:** septiembre 29 de 1943 145

Registro del extracto (de la escritura de asociación anónima).
Véase: **Sociedades anónimas. (Registro del extracto de la escritura de consfitución).**

Registros electorales y papeletas.—Véase: **Elecciones. (Registros electorales y papeletas).**

Renta nominal. (Pago de intereses).—De la nulidad de la Resolución del Ministerio de Hacienda que niega el pago de intereses de renta nominal provenientes de capellanías, cuyo patronato ha sido reconocido por sentencia judicial, no conoce el Consejo de Estado. En realidad de verdad, el contenido de tales providencias, su materia misma, no es, propiamente, la de actos de la Administración, como potestad de Derecho Público, sino de simple gestión privada, en la cual aparece aquélla obrando como persona jurídica, en cuanto hace relación a sus obligaciones en presencia de particulares. Si esto no fuera así, cuando se quiera prescindir de la jurisdicción ordinaria y los interesados consideren que sobre la Nación pesan determinadas obligaciones, bastaría obtener la respuesta al respectivo memorial de requerimiento de pago, para que fuera procedente recurrir a la vía contencioso-administrativa, colocandó a las autoridades administrativas en el trance de definir problemas de derecho privado. Podría, por ejemplo, todo aquel que creyere tener crédito en contra de la Nación, reclamar su pago y, en presencia de la negativa, ocurrir al Consejo de Estado, no a discutir la legalidad del acto mismo, en virtud del cual se le hizo la manifestación de negativa, sino el mismo derecho en el fondo, con lo cual situaría su contención fuera del radio de la jurisdicción ordinaria, que es la instituída para definir y declarar el derecho en tales casos.—**Actor:** doctor Gonzalo Gómez y otro.—**Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia:** septiembre 9 de 1943. . 177

Renuncia (de un empleado para ser elegido).—Véase: **Inhabilidad electoral (por renuncia irrevocable de empleo no resuelta).**

Representación proporcional.—No viola el sistema constitucional y legal vigente en la República sobre la representación proporcional de los partidos, el hecho de que una corporación pública compuesta por corrientes de individuos de opinión política diversa,

Págs.

acuerde, previamente, los nombres de las personas que haya de elegir, escogiendo cada corriente las que deban representarla y luego, en el acto público de la elección, se vote, unánimemente, por una sola lista, si al hacer las operaciones propias del sistema legal en vigencia (cuociente electoral hoy), se obtiene un resultado idéntico a la elección que se examina.—**Actor:** Carlos J. Pontón.—**Ponente:** doctor Valbuena.—**Sentencia:** agosto 3 de 1943.... 216

Restablecimiento del derecho.—Anulado, por ilegal, el Acuerdo que establece un impuesto, y no habiendo pedido en el libelo el actor perjudicado que se le restablezca en su derecho como consecuencia de la nulidad solicitada, no es jurídico que se le restablezca en él, fundándose el interesado en otro acto administrativo, declarado legal: el de la Secretaría de Hacienda que niega, por incompetencia, ordenar el pago de la cuenta de cobro presentada por el actor de la demanda del acuerdo anulado, acto distinto de la Resolución de la Secretaría de Hacienda acusada.—**Actor:** doctor Andrés Holguín, apoderado de Mario y Honorato Espinosa, Mercedes Sierra de Pérez y otra.—**Ponente:** doctor Rivadeneira G. **Sentencia:** noviembre 30 de 1943 149

— **del derecho.**—Esta acción no puede fundarse en lo preceptuado en el artículo 99 de la Ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo), disposición que prohíbe a corporaciones y funcionarios reproducir el acto administrativo que dictan cuando tal acto ha sido anulado o suspendido por los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado. El efecto de esta disposición es la suspensión, por estas entidades, del acto reproducido, si se demanda.—**Actor:** doctor Carlos H. Pareja, apoderado de Corn Products Refining Co.—**Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** julio 9 de 1943 45

Restitución de términos.—Basta la lectura del artículo 372 del Código Judicial, para convencerse que tal restitución sólo se refiere a los **términos procesales**, porque es en esta clase de negocios en los que se tramitan articulaciones y se dictan sentencias definitivas de carácter procesal. Tratándose de los términos señalados para el ejercicio de las acciones administrativas, ni la interrupción ni la restitución de los términos pueden ser admitidas, sin producir los más absurdos resultados. Sería, por ejemplo, absurdo, admitir que, si para demandar la nulidad de una elección ha señalado la ley el término de diez días, al cabo de un año se presentara un ciuda-

dano a demandar la elección alegando que por haber estado reducido a cama no había podido promover la demanda respectiva en el término perentorio señalado por la ley. Semejante tesis conduciría a la inadmisibles conclusión de que el término señalado por la ley para demandar la nulidad de un acto estuviera sujeto a las circunstancias personales de los demandantes.—**Actores:** doctores Juan Eleázar Rodríguez Escobar y Alejandro Martínez Consuegra, apoderados del doctor Joaquín Buitrago y otro. **Ponente:** doctor Tascón.—**Sentencia:** noviembre 24 de 1943

210

Revisión de tarifas. (Teléfonos).—Véase: **Tarifas de servicios públicos. (Revisión).**

S

Salinas.—Véase: **Suspensión provisional. (Rendición de las cuentas de las salinas).**

Salvamento de voto (de los doctores Badel, Gaitán y Sepúlveda Mejía), acerca de la sentencia que acepta a la mujer colombiana en la judicatura.—Véase: **Mujeres. (Pueden ejercer la judicatura).**

- **de voto (de los doctores Badel, Rivadeneira G. y Sepúlveda Mejía),** acerca de la sentencia de noviembre 30 de 1943, pronunciada por el Director General de la Policía, de la que fue ponente el doctor Peñaranda Arenas, sobre expulsión del extranjero Mourra Ganem.—Véase: **Expulsión de extranjeros (con juicio penal pendiente).**
- **de voto (de los Consejeros Valbuena, Sepúlveda Mejía y Rivadeneira G.),** acerca del auto de fecha 29 de julio de 1943, del Director de la Policía, ponente doctor Tascón, sobre expulsión del extranjero Mourra Ganem.—Véase: **Expulsión de extranjeros (con juicio penal pendiente).**
- **de voto (del doctor Peñaranda Arenas),** acerca de la sentencia que determina la condición única para crear Municipios.—Véase: **Municipios. (Su creación por las Asambleas).**
- **de voto (de los doctores Tascón, Carreño Mallarino y Gaitán),** sobre la sentencia relativa a la elección de nueve Senadores por Antioquia.—Véase: **Elección de Senadores. (Antioquia).**

Págs.

Salvamento de voto (del doctor Tulio Enrique Tascón), respecto de la sentencia de 18 de mayo de este año, dictada por la Dirección General de Transportes y Tarifas, de la que fue ponente el doctor Peñaranda Arenas, sentencia publicada en el tomo anterior a éste de los **Anales**, números 323 a 328, año XXV, página 115.—Véase: **Potestad reglamentaria**.

Senadores (por Antioquia. Elección).—Véase: **Elección (de Senadores. Antioquia)**.

Separación absoluta del Ejército (por mala conducta).—El Decreto ejecutivo número 1123 de 1942, no derogó la Ley 88 de 1935. El Gobierno no podía, apoyado en la autorización del artículo 8º de la Ley 89 de 1940, como lo hizo en el artículo 8º del Decreto 1123, derogar todas las disposiciones expedidas con anterioridad a ese Decreto, porque solamente estaba autorizado para dictar **providencias** a fin de mejorar el funcionamiento de las fuerzas armadas y perfeccionar la carrera de Oficiales y Suboficiales; y mal puede sostenerse que, con ese objeto, se le ocurriera al Gobierno privarse, a sí mismo, del instrumento que el legislador puso en sus manos para depurar el Ejército de indeseables elementos (artículo 4º citado de la Ley 88 de 1935), para someterse a las restringidas disposiciones de los artículos 49, 50 y 51 del Decreto 1123. Vigente la Ley 88 citada, el Gobierno sí puede separar, absolutamente, del Ejército, a un Oficial, por mala conducta comprobada.—**Actor**: Subteniente Juan Fonseca Ariza, con poder conferido al doctor Carlos H. Pareja. **Ponente**: doctor Sepúlveda Mejía.—**Sentencia**: agosto 25 de 1943

173

Sociedades anónimas. (Registro del extracto de la escritura de constitución).—La Superintendencia de Sociedades Anónimas no puede negar la existencia legal de una sociedad anónima y, por ende, el permiso para su funcionamiento, fundándose en que no registró, dentro de los quince días inmediatos a la fecha de la escritura de su constitución en la Cámara de Comercio del lugar de su domicilio, el extracto de la escritura, certificado por el Notario que la autorizó; y en que la omisión o cumplimiento tardío de este requisito afecta de nulidad el citado instrumento. El tenor literal del artículo comentado (469 del Código de Comercio), es claro: "**Los socios entregarán**" es la expresión del texto legal. Por manera que el requisito se cumple entregando el extracto en tiempo oportuno, aun cuando no se registre dentro de los correspondientes quince días.

Entregar el extracto en la Cámara de Comercio y registrarlo, son dos operaciones completamente distintas. El registro lo hace la Cámara de Comercio, no los socios. Estos sólo **entregan** al funcionario el extracto para que él verifique el registro. Sería injurídico e injusto que sufrieran sanciones por la inejecución o la demora de los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes.—**Actor:** Max Kantorowicz & Cía. (S. A.), de Cali.—**Ponente:** doctor Gaitán.—**Sentencia:** diciembre 14 de 1943

78

Suboficiales. (Recompensa por retiro).—Véase: Recompensas (a Suboficiales por retiro).

Sueldo del empleado de carrera (por suprimirle el cargo). Véase: Carrera administrativa. (Supresión del cargo desempeñado por un inscrito).

- **de retiro (de los aviadores militares).—**No es aplicable a los aviadores retirados por invalidez relativa y permanente, para los efectos del sueldo de retiro e indemnización por la misma causa, el Decreto ejecutivo número 1680 de 1942 por ser reservado y no haberse publicado. Su aplicación iría contra lo dispuesto en el artículo 52 del Código Político y Municipal. Lo pertinente es, en este caso, la Ley 6ª de 1936, a lo cual hay que agregar que, si como lo estima el Consejo, el hecho de ser reservado el Decreto 1680 de 1942 lo hace inaplicable en contra de los particulares, la circunstancia de exceder dicho Decreto las facultades extraordinarias en que dice apoyarse, le restó todo valor jurídico en contra de la Nación y de las entidades oficiales, como la referida Caja de Sueldos de Retiro.—**Actor:** doctor Carlos Alberto Vergara Puertas, apoderado del Capitán aviador Enrique Moncayo.—**Ponente:** doctor Carreño Mallarino.—**Sentencia:** julio 6 de 1943.

24

Sueldos públicos. (Recibo de dos).—Véase: Maestros de escuela. (Destitución).

Superintendencia (de Sociedades Anónimas).—Véase: Sociedades anónimas. (Registro del extracto de la escritura de constitución).

Supresión de cargos públicos.—Véase: Carrera administrativa. (Supresión del cargo desempeñado por un inscrito).

Suspensión provisional. (Rendición de las cuentas de las salinas).—Si la acción promovida no es la de simple nulidad de que trata el inciso primero del numeral 1º del artículo 94 del Código de lo Contencioso (Ley

Págs.

167 de 1941), y, por otra parte, no aparece comprobado, aun sumariamente, el agravio sufrido por el actor, conforme al inciso segundo ibidem, no procede la suspensión provisional del acto acusado. Es lo acontecido en la acción intentada contra la Resolución de la Contraloría General, número 227 de 1943 (marzo 9), que exigió rendición de cuentas al Banco de la República por la agencia de las salinas de la Nación. Porque, ¿qué perjuicio o agravio puede originarse del hecho de que el Contralor, creyendo obrar dentro del legítimo ejercicio de sus funciones, le pida cuentas al Banco de la República por el manejo y administración de las salinas nacionales?—**Actor:** Banco de la República, por medio de representante legal.—**Ponente:** doctor Carreño Mallarino.—**Auto:** julio 22 de 1943.....

27

Suspensión provisional.—Véase: **Expulsión de extranjeros. (Nacionalidad dudosa).**

— **provisional.**—Véase: **Impuesto predial. (Suspensión del cobro por acto ordenanzal).**

T

Tarifas de servicios públicos. (Revisión).—El Gobierno tiene facultad para revisar y fiscalizar las tarifas de las empresas de servicios públicos, entre las cuales están incluidas las de teléfonos. La facultad del Gobierno deriva de lo estatuido en los artículos 38 de la Constitución (Codificación) y 24 de la Ley 126 de 1938. Por tanto, en uso de las referidas atribuciones, el Gobierno puede rebajar, elevar, nivelar, etc., etc., las tarifas que establezcan las citadas empresas, así pertenezcan a entidades públicas como a personas o entidades particulares.—**Actor:** doctor Gerardo Molina, Personero de Bogotá.—**Ponente:** doctor Badel.—**Sentencia:** septiembre 1º de 1943..

5

Teléfonos. (Revisión de tarifas).—Véase: **Tarifas de servicios públicos. (Revisión).**

Textos escolares. (Su adquisición por los Municipios).—La adquisición de textos de lectura para las escuelas de enseñanza primaria por los Municipios con el objeto de repartirlos entre los escolares pobres, no puede decirse que viola las disposiciones legales y constitucionales que facultan al Organismo Ejecutivo para dirigir la instrucción pública en toda la Nación. Esta clase de actos no tienden a reemplazar al Gobierno Central en su obligación de suministrar

los textos de enseñanza, sino a cooperar en un servicio público, en el cual intervienen la Nación, los Departamentos y los Municipios. Tampoco puede decirse que la adquisición de tales textos, con el fin indicado, es la adopción de ellos, función que corresponde, privativamente, al Ministerio de Educación Nacional. Es, únicamente, una forma de activar e impulsar la campaña de desanalfabetización en el país.—**Actor:** doctor Jorge Isaac Garzón.—**Ponente:** doctor Peñaranda Arenas.—**Sentencia:** octubre 13 de 1943

93

Traslado de maestros.—Véase: **Maestros de escuela. (Inamovilidad).**

— **de maestros.**—Véase: **Maestros de escuela. (Traslado).**

Transportes y tarifas.—Véase: **Potestad reglamentaria.**

V

Vacaciones remuneradas. (Competencia para conocer de estos asuntos).—Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son competentes para conocer, en **primera instancia**, como recurso de anulación y plena jurisdicción, de las demandas de nulidad contra las Resoluciones de los Gobernadores sobre prestaciones sociales, por ejemplo, el reconocimiento de vacaciones remuneradas. En consecuencia, la sentencia que dicten al ejercitarse esta acción, es apelable ante el Consejo de Estado. Tratándose de las Resoluciones de los Gobernadores sobre pensiones, recompensas, etc., departamentales, los Tribunales de lo Contencioso conocen en **segunda instancia**, por apelación o consulta. Por tanto, el Consejo de Estado carece de jurisdicción para revisar las sentencias que sobre este particular pronuncien los Tribunales Administrativos.—**Actor:** Antonio Carrillo B.—**Ponente:** doctor Tascón.—**Sentencia:** octubre 6 de 1943

202

INDICE DE LOS FALLOS DE ESTE TOMO

ACTOS DE LOS CONCEJOS

	Págs.
Elección de Jueces.—Demanda: acto del Concejo de Bogotá, del 11 de agosto de 1942, por el cual se eligieron Jueces. Materia: representación proporcional. Actor: Carlos J. Pontón. Ponente: doctor Vaibuená. Sentencia: agosto 3 de 1943. Confirma el acto acusado.	216

ACUERDOS

Popayán.—Demanda: nulidad del Acuerdo número 1, de 31 de diciembre de 1941, del Concejo Municipal de esa ciudad; demanda intentada ante el Tribunal Administrativo de la misma, el cual declaró que no era nulo, en fallo de 31 de enero de 1941. Materia: adquisición de textos escolares. Actor: doctor Jorge Isaac Garzón. Ponente: doctor Peñaranda Arenas. Sentencia: octubre 13 de 1943. Confirma la del Tribunal a quo	93
--	----

AFOROS MUNICIPALES

Cali.—Demanda: nulidad del acto de la Junta de Aforos. (Resolución número 281, aforo número 28), de 30 de noviembre de 1941, del Municipio de Cali, demanda intentada ante el Tribunal Administrativo de Cali, el cual no accedió a lo pedido en la demanda. Materia: aforo de un impuesto. Actor: doctor Leonardo Tafur Garcés, apoderado de All American Cables and Radio Inc., Oficina de Cali. Ponente: doctor Peñaranda Arenas. Sentencia: julio 6 de 1943. Confirma la de primer grado	85
Tunja.—Demanda: nulidad del acto general de aforos dictado por la Junta respectiva del Municipio de Tunja, el 13 de abril de 1940, acción intentada ante el Tribunal Administrativo de Tunja, que declaró nulo el acto acusado. Apeló el Personero de dicha población. Materia: aforo general del impuesto de industria y comercio. Actor: Juan José Serrano, apoderado de la Cámara de Comercio de Tunja. Ponente: doctor Badel. Sentencia: diciembre 7 de 1943. Revoca la de primera instancia y niega las peticiones de la demanda	15

AUTOS DEL CONSEJO DE ESTADO

Recursos de hecho.—Demanda: apelación de un auto del Magistrado sustanciador del Tribunal Administrativo de Bogotá. Materia: negativa, por el sustanciador, de la comisión pedida para una prueba. Actor: Luis Sarmiento Buitrago. Ponente: doctor Rivadeneira G. Auto: septiembre 29 de 1943. Niega el recurso propuesto	145
--	-----

DECRETOS DE LOS ALCALDES

Cúcuta.—Demanda: nulidad del Decreto número 101, de 30 de abril de 1943, pronunciado por el Alcalde de Cúcuta, acción intentada ante el Tribunal Administrativo de dicha ciudad, el cual declaró nulo el acto acusado. Apeló, para ante el Consejo, el Fiscal del Tribunal. Materia: nombramiento de Gerente de las Empresas Municipales. Actor: José María Vesga Villamizar, apoderado de Manuel Alberto Durán. Ponente: doctor Badel. Sentencia: noviembre 16 de 1943. Revoca la de primer grado y niega las peticiones de la demanda	11
--	----

DECRETOS DE LOS GOBERNADORES

Antioquia.—Demanda: nulidad del artículo 1º del Decreto número 207, de 22 de julio de 1942, y del artículo 7º del Decreto número 226, de 4 de agosto del citado año, expedidos por el Gobernador de Antioquia, acción intentada ante el Tribunal Administrativo de Medellín, que anuló, en parte, los actos acusados. Materia: destitución de un Notario y nombramiento del reemplazo. Actor:	
--	--

	Págs.
Isaías Londoño. Ponente: doctor Sepúlveda Mejía. Sentencia: julio 6 de 1943. Revoca la de primer grado y anula los actos denunciados	155
Cauca. — Demanda: nulidad del Decreto número 320, del Gobernador del Departamento del Cauca, juicio fallado en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Popayán declarando nulas algunas disposiciones del acto acusado. Materia: reorganización del personal de la Policía Nacional, División Cauca. Actor: Higinio Solarte V. Ponente: doctor Peñaranda Arenas. Auto: julio 14 de 1943. Anula todo lo actuado por incompetencia del Tribunal a quo	89
Cauca. — Demanda: nulidad del Decreto número 400, dictado por el Gobernador del Departamento del Cauca, acción intentada ante el Tribunal Administrativo de Popayán, el cual decidió no ser nulo el Decreto acusado. Materia: promoción de una maestra. Actor: Rosa Elena Sánchez. Ponente: doctor Badel. Sentencia: diciembre 16 de 1943. Revoca la de primera instancia y declara nulo el acto denunciado	19
Nariño. — Demanda: nulidad del Decreto número 490, de octubre 5 de 1942, dictado por el Gobernador del Departamento de Nariño, demanda intentada ante el Tribunal Administrativo de Pasto, el cual declaró nulo el citado Decreto. Materia: promoción de una maestra. Actor: Alba Ortiz B. Ponente: doctor Badel. Sentencia: diciembre 17 de 1943. Revoca la del Tribunal a quo y niega las peticiones de la demanda	22

DECRETOS EJECUTIVOS

Prestaciones sociales. — Demanda: nulidad del artículo 30 del Decreto ejecutivo número 2040, de 31 de diciembre de 1942, que reglamenta la Ley 22 del mismo año. Materia: modifica la ley reglamentada. Actor: doctor Manuel D. Sánchez Mendoza. Ponente: doctor Tascón. Sentencia: agosto 13 de 1943. Declara nulo el acto acusado, únicamente en la parte que dice: "siempre que el nombramiento proceda de una autoridad del Órgano Judicial, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público"	200
Retiro de Oficiales. — Demanda: nulidad del Decreto ejecutivo número 411, de 26 de febrero de 1943. Materia: retiro de un Oficial de Aviación. Actor: doctor Carlos Alberto Vergara Puertas, apoderado del Subteniente de Aviación Enrique González Fariás. Ponente: doctor Gaitán. Sentencia: agosto 24 de 1943. Niega las peticiones de la demanda	58
Separación absoluta (de un Oficial). — Demanda: nulidad del Decreto ejecutivo número 505, de 9 de marzo de 1943. Materia: separación absoluta de un Oficial del Ejército. Actor: doctor Carlos H. Pareja, apoderado del Subteniente Jaime Fonseca Ariza. Ponente: doctor Sepúlveda Mejía. Sentencia: agosto 25 de 1943. Niega las peticiones de la demanda	173
Supresión (de cargos públicos). — Demanda: nulidad del Decreto ejecutivo número 48 (enero 15) de 1943. Materia: supresión del puesto de Pagador de la Imprenta Nacional, a cargo de Alejandro Bretón. Actor: doctor Carlos Arturo Díaz, apoderado de Bretón. Ponente: doctor Rivadeneira G. Sentencia: julio 16 de 1943. No se accede a decretar la nulidad	121

ELECCIONES

Antioquia. — Demanda: nulidad de las elecciones para Senadores por Antioquia, escrutinio verificado por la Asamblea de ese Departamento, el 28 de abril de este año (1943), para el periodo vigente. Materia: escrutinio de 9 Senadores, no debiendo ser sino 8, por no poderse incluir en él uno de la Intendencia del Chocó. Actores: Bernardo Vieira y otros. Ponente: doctor Rivadeneira G. Sentencia: septiembre 22 de 1943. Declara que no hay lugar a decretar la nulidad	128
Salvan el voto los doctores Tascón, Carreño Mallarino y Gaitán..	140
Bolívar. — Demanda: nulidad de la elección del doctor Raúl E. Barrios para Representante al Congreso, dictada por el Consejo Electoral de Bolívar el 11 de abril de 1943. Período 1943-1944. Materia: inhabilidad por el desempeño de empleo con jurisdicción y mando. Actor: Luis Mufarri. Ponente: doctor Gaitán. Sentencia: septiembre 10 de 1943. Niega las peticiones de la demanda	63
Tolima. — Demanda: nulidad parcial y rectificación de los escrutinios practicados por el Consejo Electoral del Tolima el 10 de abril de 1943 para la elección de Representantes por la Circunscripción Elec-	

Págs.

total de Ibagué. **Materia:** cómputos equivocados. **Actores:** Aurelio Tobón y Gonzalo Pradilla. **Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía. **Sentencia:** agosto 17 de 1943. Ordena la rectificación de algunos escrutinios y no accede a las demás peticiones de la demanda. 164

ORDENANZAS

Bolívar.—Demanda: nulidad de los artículos 4º, última parte, y 5º de la Ordenanza número 9 de 1943, de Bolívar, acción intentada ante el Tribunal Administrativo de Cartagena y fallada por éste el 7 de abril del año citado. **Materia:** violación de leyes por haber dispuesto la Ordenanza, que debía regir desde su sanción. **Actor:** Fiscal del Tribunal de Cartagena. **Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía. **Sentencia:** septiembre 15 de 1943. Confirma la de primera instancia 183

Bolívar.—Demanda: nulidad de la Ordenanza número 14, del 13 de mayo de 1939, expedida por la Asamblea de Bolívar, acción intentada ante el Tribunal Administrativo de Cartagena, el cual anuló el acto acusado el 22 de mayo de 1942. **Materia:** creación del Municipio de San Pedro. **Actor:** doctor Diógenes Arrieta Arrieta. **Ponente:** doctor Gaitán. **Sentencia:** agosto 11 de 1943. Revoca la de primera instancia y declara no ser nula la Ordenanza demandada 48

Salva el voto el doctor Peñaranda Arenas 51

Bolívar.—Demanda: nulidad del numeral 71, Capítulo 2º, del artículo 2º de la Ordenanza número 26 de 1941, sobre presupuesto de rentas y gastos del Departamento de Bolívar, nulidad solicitada ante el Tribunal Administrativo de Cartagena, el cual la decretó en fallo de 2 de abril de 1943. **Materia:** disminución en el presupuesto de una partida votada por Ordenanza anterior. **Actor:** Juan Guzmán. **Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía. **Sentencia:** agosto 10 de 1943. Revoca la de primera instancia y niega las peticiones de la demanda 162

Santander (N.).—Demanda: nulidad de los artículos 1º, 2º y 4º de la Ordenanza número 47 de 1941, de Santander (N.), juicio intentado ante el Tribunal Administrativo de Cúcuta, el cual falló anulando el acto. **Materia:** condonación de un alcance. **Actor:** Campo Elías Morales. **Ponente:** doctor Peñaranda Arenas. **Sentencia:** octubre 14 de 1943. Confirma la de primera instancia 96

Tolima.—Demanda: nulidad y suspensión provisional de la Ordenanza número 14 de 1942 (artículo 19), del Tolima, acción intentada ante el Tribunal Administrativo de Ibagué, el cual suspendió, provisionalmente, el acto acusado. **Materia:** suspensión de cobro del impuesto predial. **Actor:** Municipio de Prado, que apela. **Ponente:** doctor Gaitán. **Auto:** julio 1º de 1943. Confirma el de suspensión provisional del Tribunal a quo 43

RESOLUCIONES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

Exigencia (de rendición de cuentas al Banco de la República).—Demanda: suspensión provisional de la Resolución de la Contraloría General de la República, número 227, de 9 de marzo de 1943. **Materia:** Exigencia al Banco de la República para que rinda las cuentas de las salinas nacionales. **Actor:** Banco de la República. **Ponente:** doctor Carreño Mallarino. **Auto:** julio 22 de 1943. No se accede a suspender provisionalmente la Resolución demandada 27

Exoneración.—Demanda: apelación de la Resolución de 12 de noviembre de 1942, dictada por la Contraloría General de la República. **Materia:** negativa de exoneración. **Actor:** Guillermo Paredes Pardo. **Ponente:** doctor Sepúlveda Mejía. **Sentencia,** julio 13 de 1943. Confirma el acto apelado 158

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION DE LA POLICIA

Expulsión de extranjeros.—Demanda: nulidad de la Resolución del Director de la Policía Nacional, del 10 de abril de 1943. **Materia:** expulsión de un extranjero. Se suspendió provisionalmente el acto acusado por el sustanciador, doctor Gaitán, y se suplica este auto por el Fiscal del Consejo. **Actor:** doctor Gilberto Alzate Avendaño, apoderado de Heriberto Schwartau Eskildsen. **Ponente:** doctor Peñaranda Arenas. **Auto:** agosto 3 de 1943. Revoca el auto suplicado y resuelve que no hay lugar a la suspensión provisional 90

- Expulsión de extranjeros.—Demanda:** nulidad de la Resolución número 7, del 18 de marzo de 1943, pronunciada por el Director General de la Policía Nacional, aprobada por el Ministerio de Gobierno. **Materia:** expulsión del país de un extranjero. **Actor:** doctor Diego Montaña Cuéllar, apoderado de Alfredo Murra Ganem. **Ponente:** doctor Peñaranda Arenas. **Sentencia:** noviembre 30 de 1943. Anula el acto demandado 108
- Salvan el voto los doctores Badel, Rivadeneira G. y Sepúlveda Mejía 114
- Expulsión de extranjeros.—Demanda:** nulidad de la Resolución número 7 de 1943 (marzo 18), pronunciada por la Dirección de la Policía Nacional. **Materia:** expulsión de un extranjero. **Actor:** Fiscal del Consejo, en recurso de súplica del auto de suspensión provisional en el juicio correspondiente al extranjero Alfredo Mourra Ganem. **Ponente:** doctor Tascón. **Auto:** julio 29 de 1943. Confirma el del Consejero sustanciador 114
- Salvan el voto los doctores Rivadeneira, Sepúlveda Mejía y Valbuena 114

RESOLUCIONES DE LAS ASAMBLEAS

- Cauca.—Demanda:** nulidad de la Resolución número 3, del 22 de mayo de 1942, de la Asamblea del Cauca, acto acusado ante el Tribunal Administrativo de Popayán, el cual se declaró inhbido para fallar el negocio. **Materia:** falta de quorum en la Asamblea para prorrogarse. **Actor:** Fiscal del Tribunal Superior de Popayán. **Ponente:** doctor Valbuena. **Sentencia:** agosto 3 de 1943. Revoca la sentencia del Tribunal a quo y niega las peticiones de la demanda. 219

RESOLUCIONES DE LAS JEFATURAS
DE RENTAS NACIONALES

- Atlántico.—Demanda:** nulidad de las Resoluciones dictadas por esta Jefatura, números R-1252-H, de 28 de agosto de 1941, y R-55-H, de 25 de febrero de 1942, demanda intentada ante el Tribunal Administrativo de Barranquilla, el que falló el 20 de mayo de 1943 en forma adversa a la acción. **Materia:** error en las liquidaciones de patrimonio, renta y exceso de utilidades. **Actor:** doctor Marco T. Mendoza Amaris, apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad de Barranquilla. **Ponente:** doctor Peñaranda Arenas. **Sentencia:** octubre 26 de 1943. Confirma la del Tribunal a quo. 101
- Atlántico.—Demanda:** nulidad de la Resolución R-556-H, de junio 23 de 1942, y la liquidación o aforo número 2681, del 23 de junio del mismo año; pronunciada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de Barranquilla, demanda intentada ante el Tribunal Administrativo de esta ciudad y fallada por éste el 31 de marzo de 1943 en sentido adverso a la demanda. **Materia:** los créditos a plazo no son capital gravable. **Actor:** Rafael Manjarrés Herrera, apoderado de Juan Isaza Arango. **Ponente:** doctor Carreño Mallarino. **Sentencia:** septiembre 15 de 1943. Confirma la de primera instancia 30
- Santander (N.).—Demanda:** nulidad de las Resoluciones números R-1146-H y R-1321-H, de fechas 23 de octubre y 30 de noviembre de 1942, proferidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales de Santander del Norte, demanda intentada ante el Tribunal Administrativo de Cúcuta, el cual anuló los actos demandados, y consultó la sentencia. **Materia:** error en la liquidación del exceso de utilidades. **Actor:** doctor Manuel Buenahora, apoderado de la extinguida sociedad Larsen & Robledo, hoy Robledo Hermanos. **Ponente:** doctor Gaitán. **Sentencia:** octubre 13 de 1943. Declara que no es consultable el fallo del Tribunal a quo 72

RESOLUCIONES DE LAS SECRETARIAS
DE HACIENDA MUNICIPALES

- Bogotá.—Demanda:** nulidad de las Resoluciones de 10 de julio y 18 de agosto de 1942, de la Secretaría de Hacienda de este Municipio, la primera, y la segunda, de la Junta Asesora de la Administración Municipal que confirma la primera, demanda intentada ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, el cual negó las peticiones del actor, en fallo de 31 de mayo de 1943. **Materia:** devolución de valor de un impuesto. **Actor:** doctor Andrés Holguín, apoderado de Mario y Honorato Espinosa, Mercedes Sierra de Pérez y otra. **Ponente:** doctor Rivadeneira G. **Sentencia:** noviembre 30 de 1943. Confirma la del Tribunal a quo 149