REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO XXXII — TOMO LIX

NUMEROS 372 a 376

1952 — 1953

BOGOTA
IMPRENTA NACIONAL
1954

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES
DEL CONSEJO DE ESTADO

Relator y Director de los Anales,

Enrique Córdoba Ojeda

AÑO XXXII — TOMO LIX

NUMEROS 372 a 776

1952 — 1953

BOGOTA
IMPRENTA NACIONAL
1954

Anales del Consejo de Estado

Relator y Director de los Anales

ENRIQUE CORDOBA OJEDA

AÑO XXXII – TOMO LIX – NUMEROS 372 a 776 – BOGOTA, 1952 - 1953

ACUERDOS MUNICIPALES – IMPUESTOS

(Consejero ponente: doctor Rafael Rueda Briceño).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Arturo Tapias Pilonieta, en su propio nombre, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la anulación del inciso b) del artículo 2º del Acuerdo número 81 de 1945, expedido por el Concejo Municipal de Bogotá el 8 de septiembre y sancionado por el Alcalde el día 10 siguiente, Acuerdo cuyo título es el de «por el cual se dan unas autorizaciones especiales al Alcalde, se eleva la tasa de algunos impuestos y se dictan otras disposiciones».

La demanda fue fallada por el Tribunal, una vez concluida la tramitación de rigor, en sentencia de fecha 17 de mayo de 1950, en sentido totalmente adverso, por lo cual el actor interpuso el recurso de apelación para ante esta Corporación.

Habiendo llegado la oportunidad debida, el Consejo procede a decidir el recurso, previas las siguientes consideraciones:

El artículo acusado parcialmente dice en total lo que sigue:

«Artículo 2º—El artículo 1º del Acuerdo 33 de 1931 quedará así:

Artículo 1º—El impuesto sobre la mercancía extranjera que se introduzca al territorio del Municipio de Bogotá continuará pagándose de conformidad con la siguiente tarifa:

Artículo al peso.

a) Los artículos de procedencia extranjera que se introduzcan a Bogotá en bultos, cualquiera que sea la vía de introducción, pagarán veinte pesos ($ 20) por tonelada métrica de mil (1.000) kilos, o sean dos centavos ($ 0.02) por cada kilo de peso bruto;

b) Los artículos manufacturados en el país y en cuya elaboración se empleen materias primas extranjeras en proporción mayor del sesenta por ciento (60%) de su valor total, ya sea que se trate de una mezcla, de una combinación, de una trasformación o de materia prima extranjera sometida o nó a algún proceso de

elaboración o de trasformación, y sea que haya sido o nó reenvasada o reempacada en el país, pagarán diez pesos ($ 10) por tonelada métrica de mil (1.000) kilos, o sea un centavo ($ 0.01) por cada kilo de peso bruto;

c) Los materiales de construcción y las materias primas, maquinarias y herramientas para la industria y la agricultura, pagarán diez pesos ($ 10) por tonelada métrica de mil (1.000) kilos, o sea un centavo por cada kilo de peso bruto».

Por lo que hace a los fundamentos de la acusación, ellos pueden resumirse en dos tesis, a saber:

Primera.—El impuesto de consumo de mercancía extranjera autorizado por el artículo 23 de la Ley 99 de 1922 «se refiere exclusivamente a las mercancías de procedencia extranjera y producidas en el extranjero.—No a las mercancías elaboradas en el país, aunque sea con materia prima extranjera, porque entonces ya se trata de artículos manufacturados en el país, cuya materia prima de origen extranjero es la que específicamente debe soportar el impuesto».

Segunda.—El impuesto establecido en el ordinal o inciso b) acusado, es un segundo gravamen sobre la mercancía extranjera, ya gravada por el Municipio de Bogotá, con el impuesto establecido en el ordinal a) del mismo artículo, o es un gravamen sobre la manufactura nacional: si lo primero, el Acuerdo viola el artículo 23 de la Ley 99 de 1922, por exceso, puesto que allí no se ha autorizado sino un impuesto; y si lo segundo, el Acuerdo es contrario al precepto del artículo 1º de la Ley 91 de 1931, que prohibe, entre otras cosas, la imposición de gravámenes sobre el consumo de productos nacionales.

Por su parte el Tribunal expuso los siguientes argumentos:

I.—«La acción fue mal intentada, porque antes de dictarse el Acuerdo 81 de 1945, el impuesto de industria y comercio existía ya en Bogotá, y ya estaban gravadas las mercancías elaboradas en Colombia con materias primas extranjeras; lo que la demanda niega es la competencia del Concejo Municipal para gravar estos artículos con el mencionado impuesto; luego la acción ha debido dirigirse contra las providencias que establecieron el gravamen, y no contra la que se limita a modificar su cuantía.

II.—«No puede afirmarse sin lugar a dudas que toda mercancía extranjera sobre la cual haya intervención, por pequeña que ella sea, de la mano de obra nacional, se convierte por ese hecho en mercancía nacional.

III.—«Por otra parte, el acto acusado señala para la mercancía íntegramente extranjera un gravamen igual al doble del fijado para la que sólo tiene un 60% de materia prima de origen extranjero; en esta forma, se ve que lo gravado viene a ser solamente esa materia prima extranjera, sin que el impuesto recaiga sobre valores de producción nacional.

IV.—«Por último, no es cierto que la mercancía extranjera resulte doblemente gravada, porque es indudable que uno es el impuesto que se cobra a la mercancía totalmente extranjera, y otro el que recae sobre la que tiene sólo parte de la materia prima producida en el exterior; los dos impuestos tienen materias gravables diferentes, y por consiguiente no pueden coexistir y recaer al mismo tiempo sobre un solo artículo».

A su turno, el señor Fiscal del Consejo, doctor Morales Peña, acogió la tesis del Tribunal de que la acción fue mal intentada, «ya que el acto

acusado, ni crea el impuesto sobre consumo de mercancías en cuya elaboración se emplean materias primas extranjeras en proporción mayor del sesenta por ciento de su valor, sino que tampoco reglamenta integramente la materia».

Y luégo agregó:

> «Ha sido doctrina constante y reiterada del honorable Consejo de Estado, que los Municipios que gozan de las facultades conferidas inicialmente al Municipio de Bogotá, para organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental, pueden establecer todos los gravámenes que no les estén expresamente prohibidos por la ley. Es decir, estos Municipios pueden gravar todo lo que les esté prohibido, a diferencia de los que no gozan de esta facultad, que no pueden gravar sino lo que les está expresamente permitido. Al Municipio de Bogotá no le está prohibido el gravamen sobre consumo de mercancía extranjera, sino que le está expresamente permitido.
>
> «El Municipio de Bogotá, conforme a las leyes, puede gravar, por tanto, con el impuesto a la mercancía extranjera, las mercancías nacionales, en cuya elaboración se han empleado materias primas extranjeras por más de sesenta por ciento de su valor, si este impuesto no es contrario a la ley. Sin embargo, el demandante estima que viola la Ley 91 de 1931 y su Decreto reglamentario 2097 de 1932, al establecer ese impuesto, porque esas normas prohiben a los Municipos imponer gravámenes y todo género de medidas administrativas o fiscales que estorben, dificulten o embaracen el libre intercambio comercial dentro del territorio del país, de los productos e industrias nacionales. Pero el impuesto de que se trata se impuso en Bogotá hace muchos años, y hasta hoy no es de conocimiento público que dificulte o embarace el libre intercambio comercial de los productos de la industria nacional, ni el demandante ha probado tal cosa en este juicio, y mientras no se pruebe, mal puede tenerse por cierta esa afirmación. Son infundados, por tanto, los cargos de violación de normas de superior obligatoriedad que se hacen en la demanda contra el Acuerdo acusado».

En primer lugar debe referirse el Consejo al argumento del Tribunal de que la acción fue mal intentada, para contestar que él no es valedero. El solo hecho de que anteriormente hubieran regido otras disposiciones sobre la misma materia no justifica esta tesis, que significaría uno de dos absurdos: o el de que no sólo se podría demandar la nulidad de los actos inexistentes, como las disposiciones que rigieron antiguamente determinada materia pero fueron subrogadas sucesivamente hasta llegar a la disposición vigente; o que no habiendo sido acusadas las disposiciones anteriores no había derecho para acusar la actual. El problema de si, anulada ésta, revive la anterior, no es materia sub-judice.

Ahora bien: es indudable que el Acuerdo acusado establece —o mantiene, que es lo mismo— una doble tributación sobre el consumo de la mercancía extranjera, así:

Veinte pesos por cada tonelada, impuesto que se causa y hace efectivo por el solo hecho de la introducción de la mercancía al Municipio (ordinal a); y diez pesos por cada tonelada de artículos manufacturados en el país empleando mercancías extranjeras en más de un sesenta por ciento, impuesto que se hace efectivo sin consideración al hecho de haberse pagado ya el impuesto llamado de introducción de la mercancía extranjera empleada en la fabricación del artículo, y que no es otra

que un gravamen sobre la mercancía extranjera, toda vez que el empleo de ésta en cierta proporción es la causa determinante del gravamen.

Luego se tiene demostrada la violación de dos normas positivas de derecho, a falta de una: la del artículo 23 de la Ley 99 de 1922, por exceso, en cuanto ésta no autorizó sino un impuesto y se establecieron dos; y la del artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal, numeral 9º, que prohibe a los Municipios la doble tributación, esto es, no sólo de los artículos ya gravados por la Nación o por el Departamento, sino también de los artículos ya gravados por el mismo Municipio, según la jurisprudencia constante del Consejo de Estado. Y esta sola violación es suficiente para acceder a la demanda de anulación.

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

FALLA:

Revóquese la sentencia pronunciada en este juicio con fecha 17 de mayo de 1950 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En consecuencia, se declara nulo el inciso b) del artículo segundo del Acuerdo número 81 de 1945, expedido por el Concejo Municipal de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Jesús Estrada Monsalve, Daniel Anzola Escobar, Eduardo Piñeros y Piñeros, Baudilio Galán Rodríguez, Antonio José Prieto—Luis E. García V., Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

(Consejero ponente: doctor Ildefonso Méndez).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, diez y ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Jorge Mendoza Plazas, como apoderado especial del señor Rafael Villamil Peña, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la anulación del Decreto número 481 de fecha 1º de diciembre de 1949, dictado por el señor Alcalde de Bogotá, «en cuanto por medio de este acto se declaró insubsistente el nombramiento de Rafael Villamil Peña, como Perito de la Sección Técnica del Departamento de Circulación y Tránsito del Municipio de Bogotá, y se le nombró reemplazo»; y como consecuencia, el restablecimiento del derecho lesionado con el acto acusado.

Al señalar las disposiciones violadas y el concepto de la violación, dice:

«... La violación del artículo 2º, ordinal a), de la Ley 165 de 1938, por medio del acto acusado, es evidente y clara, pues este texto legal establece que los empleados escalafonados en la Carrera Administrativa tienen derecho "A no ser removidos del cargo que desempeñan sino por falta de los deberes que en el artículo 7º se determinan, y mediante un procedimiento especial en que sean oídos". Y para dictar la medida por medio de la cual se despidió al señor Rafael Villamil Peña, no existió ninguna de las causas a que se refiere la disposición copiada, ni se cumplió el procedimiento previo de que trata el mismo texto. El señor Alcalde, sin recordar que como primera autoridad municipal de Bogotá, está obligado, más que ningún otro ciudadano, a cumplir las leyes, decretos, ordenanzas y acuerdos, ya que a él le corresponde hacerlos cumplir dentro de la órbita municipal. Infortunadamente para el orden jurídico, el funcionario hizo caso omiso de las disposiciones legales, y por encima de su sacra vigencia dictó el acto cuya nulidad demando ante el honorable Tribunal.

«En la misma forma y por el mismo acto, fueron violadas las normas contenidas en los artículos 13, 28 y 33 del Decreto nacional número 366 de fecha junio 5 de 1942, dictado por el señor Gobernador de Cundinamarca. Porque la primera de estas disposiciones reitera el derecho que tienen los empleados públicos escalafonados en la Carrera Administrativa, de no ser removidos sino por causas taxativamente enumeradas en la ley y previo el procedimiento determinado en el artículo 28 ibídem. Y este último artículo resulta manifiestamente violado por el acto acusado, precisamente por haber omitido el señor Alcalde de Bogotá el mencionado procedimiento investigativo.

«Por último, es indudable y clara la violación por el acto acusado de la norma contenida en el artículo 33 del Decreto 366 de

1942, varias veces citado en esta demanda, pues tal disposición le ordena al Alcalde aplicar en el Municipio de Bogotá todas las normas legales sobre Carrera Administrativa, y el citado funcionario se abstuvo de cumplir este mandato al dictar el acto acusado.

«Es indudable, pues, señores Magistrados, la violación de normas superiores de derecho por medio del acto cuya nulidad demando a ustedes declaren. Es también claro y evidente el perjuicio que como consecuencia de la medida del Alcalde de Bogotá a que me refiero, se le ha causado a mi mandante, el señor Rafael Villamil Peña».

Agotada la tramitación correspondiente el Tribunal de instancia dictó la sentencia de 22 de junio de 1951, cuya parte dispositiva es del tenor siguiente:

«1º Declarar nulo el Decreto 481, dictado el 1º de diciembre de 1949 por la Alcaldia Municipal de Bogotá, por cuanto en él se declaró insubsistente el nombramiento de Rafael Villamil Peña, para el cargo de Perito de la Sección Técnica del Departamento de Circulación y Tránsito.

«2º Reconocer y mandar pagar al señor Villamil por el Municipio de Bogotá, los sueldos, primas y bonificaciones correspondientes a ese cargo, desde el momento en que quedó separado del servicio, hasta el momento en que se verificó la cancelación de su inscripción en el Escalafón de Carrera Administrativa.

«3º Reconocer al señor Villamil derecho a las prestaciones sociales correspondientes a ese cargo, hasta el momento en que se ejecutó la cancelación de la inscripción en el Escalafón de la Carrera Administrativa.

«4º Declarar que no es el caso de restablecer a Villamil en el cargo de Perito de la Sección Técnica del Departamento de Circulación y Tránsito del Municipio de Bogotá, porque está excluido del Escalafón de Carrera Administrativa».

Dicha sentencia es materia de revisión por el Consejo, a virtud de apelación interpuesta por los señores Personero Municipal de Bogotá y por el apoderado del demandante.

Los fundamentos de la decisión del Tribunal se hallan resumidos en los siguientes párrafos:

«Dados los hechos antes enumerados, tenemos que al declarar insubsistente el nombramiento de Villamil en el cargo de Perito de la Sección Técnica del Departamento de Circulación y Tránsito, por medio del Decreto número 481 de 1º de diciembre de 1949, el señor Alcalde de Bogotá procedió ilegalmente porque Villamil estaba amparado por los derechos reconocidos por las leyes a los empleados inscritos en la Carrera Administrativa.

«Eso quiere decir que a Villamil no se le podía remover del cargo que ocupaba sino en una de estas dos situaciones: o ascendiéndolo a un cargo de superior categoría, según el ordinal b) del articulo 2º de la Ley 165 de 1938 y los artículos 11 y 12 del Decreto 2091 de 1939; o removiéndolo o suspendiéndolo, como sanción por alguna falta, caso en el cual ha debido seguir el procedimiento que establece el Capitulo VI (artículos 21 y siguientes) del mismo Decreto 2091 de 1939.

«A Villamil se le declaró insubsistente, por lo cual su caso queda comprendido en la segunda de las hipótesis planteadas. No aparece en el expediente que Villamil hubiera cometido alguna falta, antes por el contrario, hay la constancia de que desempeñó el cargo con honorabilidad, competencia, buena conducta

y estricto cumplimiento de sus deberes, y en caso de que la suspensión se hubiere debido a alguna falta cometida, no hay constancia de que se hubiere adelantado la investigación de ella, como lo ordena el Decreto 2091 a que antes se hizo referencia.

«Tenemos, pues, que el Decreto demandado fue abiertamente ilegal, situación en la cual Villamil tenía derecho a ser restablecido en el cargo que desempeñaba, a que se le pagaran los sueldos, primas y bonificaciones que hubiera dejado de devengar, hasta el momento de su reintegro al servicio, y en el tiempo durante el cual estuviera separado del servicio no perdía el derecho a las prestaciones sociales correspondientes a ese cargo.

«Pero viene su exclusión de la Carrera Administrativa y la cancelación de su inscripción en el Escalafón, en virtud de la Resolución número 55, de fecha 13 de febrero de 1950, dictada por la Gobernación de Cundinamarca. Este es un acto que se presume legal, verídico, está vigente y es de forzosa aplicación porque ni siquiera ha sido tachado de ilegal.

«Cancelada la inscripción en el Escalafón, Villamil perdió, a partir de ella, los derechos que la Ley 165 de 1938, el Decreto 2091 de 1939 y las demás disposiciones sobre Carrera Administrativa le reconocen. Es decir, el derecho a ser reintegrado en el cargo, al pago de los sueldos dejados de devengar y al reconocimiento de las correspondientes prestaciones sociales. Lo contrario sería desconocer la validez y hacer caso omiso del acto que ordenó la cancelación de su inscripción en la Carrera Administrativa».

El señor Fiscal es de concepto que se revoque la sentencia recurrida y que en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda. Dice al respecto:

«El demandante no acreditó la ejecución o consumación del acto acusado, es decir, no presentó la copia de la posesión o el certificado de tales hechos, o sea que no aparece demostrado que el señor José A. Rojas Vela hubiese tomado posesión del cargo de Perito de la Sección Técnica del Departamento de Circulación y Tránsito de Bogotá, en reemplazo del demandante. Por tanto es de presumirse que el Decreto demandado no ha producido sus efectos y que de consiguiente no se han causado los perjuicios cuya reparación se pide.

«De otra parte, cabe observar que no se ha demostrado que la inscripción del actor en el Escalafón de la Carrera Administrativa se hallaba vigente en la época en que fue separado del servicio, ni que el cargo de Perito de la Sección Técnica del Departamento de Circulación y Tránsito se halle incluido en el Escalafón de Empleados del Municipio de Bogotá, por lo cual no puede prosperar la acción.

«En efecto, de acuerdo con las disposiciones que reglamentan la materia, el empleado inscrito en la Carrera Administrativa no podrá ser retirado del cargo que ejerza sin que previamente se le haya excluido del Escalafón mediante los trámites indicados en la ley, con el resultado de que si los respectivos funcionarios no se ajustaron a dichas normas, el acto ejecutado será válido, por lo que contra él procede la correspondiente acción de nulidad, para que los Tribunales competentes, por la vía adecuada, restablezcan en su derecho al lesionado.

«En este caso, como lo expresó el honorable Consejo de Estado en sentencia de 22 de enero de 1952, dictada al decidir la demanda de Juana Solano Cárdenas, se necesita «que el empleado puesto en cesantía acredite frente al acto de la Administración, *su*

condición actual de empleado escalafonado y que el empleo que ejercía en la Administración y en el cual fue reemplazado esté inscrito o catalogado por lo menos, dentro de la categoría a la cual él pertenece» Si así no resultare, es decir, si el empleo que ejercía y al cual vincula la demanda de nulidad no está incorporado en la Carrera Administrativa, entonces, el funcionario rector tiene libertad de nombrar en este cargo a quien estime conveniente sin sujetar su acto a las cortapisas resultantes del imperio de la Carrera Administrativa. (Subraya la Fiscalía).

«El actor se limitó a demostrar su inclusión en el Escalafón de Empleados del Municipio de Bogotá, pero no acreditó la vigencia de tal inscripción en la época en que fue retirado del servicio ni que el último cargo desempeñado esté incluido en el Escalafón.

«En cuanto al restablecimiento suplicado, no me parece lógica ni jurídica la sentencia apelada, porque no siendo nulo el Decreto acusado por no haberse demostrado que el último cargo desempeñado por el actor se hallaba incluido en el Escalafón de Empleados del Municipio de Bogotá, resulta además injurídico ordenar el pago de los sueldos desde que quedó separado del servicio hasta cuando se verificó la cancelación de la inscripción en el Escalafón, por tratarse en este caso de empleado de libre nombramiento y remoción, como lo reconoce el fallo recurrido».

El Consejo considera que debe accederse a lo pedido por su colaborador, no sólo por las razones por él expuestas, sino porque la Ley 165 de 1938, en que se apoya principalmente la demanda, sólo regula los derechos de los empleados nacionales, intendenciales y comisariales, inscritos en la Carrera Administrativa, pues si bien es cierto que por el artículo 1º de este estatuto se creó la Carrera para los empleados departamentales y municipales, el artículo 12 sujetó su establecimiento y organización, en concreto, a lo que dispusieran al respecto las Asambleas Departamentales, «siguiendo el plan que el Gobierno desarrolla en ejecución de las bases generales fijadas por la ley». De consiguiente, en el caso de autos, las disposiciones que han podido violarse no son las de la citada ley, sino las departamentales que establecieron la Carrera Administrativa en el Municipio de Bogotá, y la existencia de los ordenamientos de este género deben demostrarse, en la forma legal, y no simplemente referirse a ellos, como lo hace el actor, ya que con estos actos no ocurre como con las leyes nacionales, que basta citarlas para que el juzgador verifique la autenticidad de la acotación.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada, referida, y en su lugar se niegan las súplicas de la demanda.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño—Luis E. García V., Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

(Consejero ponente: doctor Eduardo Piñeros y Piñeros)

Expediente número 1191.
Actor: Oscar Duque.—Asuntos municipales.—Nulidad del Decreto número 563 de 1948, dictado por el Alcalde Municipal de Medellín.
Segunda instancia.—Apelación de la sentencia de 25 de agosto de 1949, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Interpuesta por el Fiscal 1º del Tribunal Superior y por el Personero Municipal de Medellín.

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, octubre ocho de mil novecientos cincuenta y uno.

En la sentencia de la referencia el Tribunal de la primera instancia, declaró nulo el Decreto acusado de 22 de diciembre de 1948, por medio del cual se separó del cargo de Gerente de la Segunda Sección de las Empresas Públicas Municipales al doctor Oscar Duque, ordenó su reintegro y dispuso reconocer a su favor, con cargo al Tesoro Municipal de Medellín, el valor de los sueldos dejados de devengar hasta que se verifique el reintegro, a razón de $ 1.200 mensuales pudiendo repetir lo pagado por este concepto en la persona del doctor Luis Eduardo Mejía quien dictó el Decreto anulado.

La sentencia fue apelada tanto por el señor Fiscal 1º del Tribunal Superior como por el Personero Municipal de Medellín, y por tal motivo vinieron los autos ante esta Superioridad.

I.—*El acto acusado.*

Dice así:

«Decreto número 563 de 1948 (22 de diciembre). Por medio del cual se acepta la renuncia presentada por el señor Gerente de la Segunda Sección de Empresas Públicas Municipales. El Alcalde de Medellín, en uso de sus facultades legales, Decreta: Artículo único. Acéptase la renuncia presentada por el doctor Oscar Duque del cargo de Gerente de la Segunda Sección de Empresas Públicas Municipales. Mientras se provee el puesto en propiedad, encárgase de dicha Gerencia al señor doctor Guillermo Martínez Villa, Secretario de Hacienda. Parágrafo. Las vacaciones a que tenga derecho el doctor Oscar Duque le serán reconocidas por conducto de las Oficinas de Asuntos Sociales. Cópiese y comuníquese. El Alcalde encargado, (firmado) *Luis Eduardo Mejía J.* Por el Secretario de Hacienda, (firmado) *Rafael Giraldo Zapata,* Secretario de Hacienda ad-hoc.

Es fiel copia. — Medellín, abril 18 de 1949».

II.—*La demanda.*

Como fundamentos de hecho se exponen los que en seguida se transcriben:

«1º Mi mandante señor Oscar Duque Pérez fue nombrado legalmente para el cargo de Gerente de la Segunda Sección de Empresas Públicas Municipales de Medellín;

2º En virtud de tal nombramiento, mi mandante tomó posesión de dicho cargo, el cual estuvo ejerciendo durante algún tiempo y percibiendo por tal hecho la correspondiente remuneración del Municipio de Medellín;

3º El señor Alcalde de Medellin, superior jerárquico del Gerente de la Segunda Sección de Empresas Públicas Municipales, y por lo tanto del doctor Duque Pérez cuando desempeñaba el cargo aludido, resolvió prescindir de los servicios de mi mandante, para lo cual, desde luégo, estaba facultado legalmente para ello, pero optó, para disimular la destitución, a invocar un hecho falso, como es el de que el doctor Oscar Duque Pérez había presentado renuncia del cargo que estaba desempeñando;

4º Fue así como se dictó el Decreto número 563 de 1948, de diciembre 22, «por medio del cual se acepta la renuncia presentada por el señor Gerente de la Segunda Sección de Empresas Públicas Municipales»;

5º En virtud de este Decreto mi mandante fue separado del servicio público municipal y del cargo que venia desempeñando, y por lo tanto la remuneración que para ese cargo se asigna, lo que implica para él perjuicios de orden económico equivalentes a los sueldos dejados de devengar;

6º Como queda dicho, el ingeniero doctor Oscar Duque nunca presentó renuncia del aludido cargo, vale decir que fue destituido, separado del servicio invocando un hecho falso, como fue el de la renuncia, mediante un Decreto, que por eso mismo, es decir por su falsedad, es nulo intrínsecamente y carece de valor legal;

7º En ese mismo Decreto se encargó del empleo al doctor Guillermo Martínez Villa, mientras se hacía la provisión en propiedad».

Los fundamentos en derecho se pueden resumir así:

Que aun cuando el cargo de Gerente de la Sección 2ª de las Empresas Municipales de Medellin es de libre nombramiento y remoción del Alcalde, según el artículo 2º de la Ley 72 de 1926 y artículos 1º y 2º de la Ley 89 de 1936, con todo, debiendo los jefes de la Administración obrar de acuerdo con «normas de seriedad, autenticidad y honestidad» (Borrard) y ante todo «inspirar sus actos en el buen éxito del servicio cuya responsabilidad les incumbe» (Jèze) al expresar el Alcalde como motivo de la remoción una causa falsa e inexacta como es la de la renuncia que no se presentó; el acto de exoneración del servicio es nulo e ilegal por abuso o desviación de poder y lleva en si mismo su destrucción, pues, «el acto administrativo falso o inspirado y fundado en hechos falsos, ha dicho el Consejo de Estado, se anula a si mismo por ilógico y contradictorio».

Afirma igualmente el apoderado del actor en la demanda que en el caso de autos no se trata de violación de una norma positiva de derecho de que haya de darse el concepto de violación (artículo 84 de la Ley 167 de 1941). Pero que pueden considerarse como violados el artículo 2º de la Ley 72 de 1926, que confiere al Alcalde de Bogotá la facultad de dirigir la acción administrativa en el Municipio nombrado, separando libremente sus agentes y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración; y los artículos 1º y 2º de la Ley 89 de 1936, que extendieron estas facultades a los Municipios capitales de Departamento.

Invocó el demandante el ejercicio de la acción de plena jurisdicción, y el juicio se siguió por los trámites del procedimiento ordinario, con intervención del Personero Municipal de Medellín.

Como peticiones se hicieron las siguientes:

«Primera. Que es nulo el Decreto número 563 de 1948, de 22 de diciembre, proferido por la Alcaldía de Medellín, en cuanto por él se separa del cargo de Gerente de la Segunda Sección de Empresas Públicas Municipales al doctor Oscar Duque.

Segunda.—Que como consecuencia de la declaración anterior, el doctor Oscar Duque tiene el derecho de exigir el reintegro al mencionado cargo, o a otro de igual o superior sueldo o categoría, al Municipio de Medellín, mientras no sea destituído legalmente.

Tercera.—Que igualmente el doctor Oscar Duque tiene derecho a exigir del Municipio de Medellín, y éste debe pagarle, los sueldos dejados de devengar desde el momento en que fue reemplazado en el citado cargo, hasta tanto que se le reintegre a él o sea destituido legalmente;

Cuarta.—La separación del servicio público del doctor Oscar Duque como consecuencia del citado Decreto, no se considera como interrupción para efecto del cobro de prestaciones sociales a que hubiere lugar».

III.—*La sentencia de primera instancia.*

En la apelada, el Tribunal de la instancia expuso los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyó la demanda, que ya se han dejado expresados, y luégo hace un análisis de las pruebas, para concluir que según las que obran en autos y con la confesión del propio Alcalde de Medellín, doctor Luis Eduardo Mejía, el señor Oscar Duque, Gerente de la Sección 2ª de Empresas Públicas Municipales, no había renunciado por lo cual falló el negocio en la forma expresada en el prolegómeno de la presente providencia, con salvamento de voto del Magistrado doctor Valerio Ramirez Urrea.

IV.—*El concepto fiscal.*

Surtida la tramitación propia ante el Consejo y pasado el negocio al concepto del señor Fiscal 2º, este funcionario, luégo de algunas consideraciones previas, dice lo siguiente:

«Francamente no veo cómo en el presente caso pueda invalidarse un Decreto por el hecho de haberse dicho en él que se trataba de una renuncia y no de una destitución. Creo que se sutiliza mucho sobre el particular, siguiendo al pie de la letra conceptos de expositores extranjeros, que, aunque franceses, se refieren a disposiciones legales que no pueden ser idénticas a las nuéstras.

«Es claro que en el fondo el motivo alegado y reconocido por el Tribunal es el que contempla el articulo 66 del Código Administrativo, de que la acción de nulidad procede no sólo por ilegalidad o inconstitucionalidad, sino cuando el acto fue expedido en forma irregular o con abuso o desviación de las atribuciones propias del que la dictó.

«Pero aunque esto sea así, y aceptando como plenamente demostrado, que no lo está, el hecho de no haber renunciado el querellante en forma verbal, no veo que la razón dada para el retiro sea suficiente para considerar ese acto irregular o dictado con abuso o desviación de poder, desde el momento que se trata de una fórmula empleada en esos casos de remoción, para quitarle

crudeza a la misma. Son mentiras inofensivas o piadosas que el convencionalismo social y aun el legal adopta en casos similares al presente. La razón que da el Alcalde de que el promovido era un caballero y no se le quería destituir en forma seca, explica suficientemente el empleo de esa fórmula.

«Yo acepto el hecho de que si el Gobierno quiere retirar un empleado de su libre nombramiento y remoción, no puede justificar ese acto alegando un hecho no sólo falso, sino injurioso para el reemplazado. Tal sucedería, por ejemplo, si se le imputara el cargo de mala conducta, que es el caso a que se alude en la sentencia del 23 de agosto de 1947, página 202 de los Anales. Aquí sí puede decirse que el acto fue irregular porque se falseó su juridicidad.

«Pero en el caso concreto que aquí se contempla no sucede lo mismo, ya que no hubo intención de alterar la verdad, sino de suavizar el ejercicio del derecho que tenía el Gobierno de remover al empleado.

«La irregularidad presupone, según Bonnart, que la Administración proceda con extralimitación de sus fines propios, y que, como lo dice Jéze, citado por el demandante, sus actos no están inspirados en interés general de la colectividad, o sea en el interés público.

«Si para la buena marcha de la Administración era necesario el reemplazo del querellante, la fórmula piadosa de la renuncia, que no envuelve un cargo, es la aconsejable y la adoptada en Colombia por todos los funcionarios de las distintas Ramas del Poder Público. Y el no ser ella cierta en el fondo, en nada perjudica ni vicia la legalidad del acto acusado, que, debe presumirse, se inspiró en interés público.

«El punto es interesante y habría justificado su ampliación, haciendo otras consideraciones pertinentes; pero el excesivo recargo de trabajo lo impide.

«Mi concepto es el de que no hay fundamento suficiente para invalidar el acto acusado y que debe revocarse la providencia apelada».

V.—*Consideraciones del Consejo.*

Antecedentes. Se hace preciso ante todo estudiar los antecedentes de la medida de la Administración que culminó con separación del Gerente de la Segunda Sección de Empresas Públicas de Medellín.

En autos obran numerosos documentos que permiten hacer las siguientes afirmaciones:

A) El Municipio de Medellín, en el mes de diciembre de 1948, afrontaba una grave situación fiscal, por carencia de fondos para pagar varias décadas del sueldo de sus empleados, así como las primas móvil y de Navidad, que debían ser cubiertas en esa oportunidad.

B) Para tratar de resolver ese problema de graves consecuencias el señor Gobernador, a solicitud del señor Alcalde y del Secretario de Hacienda del Municipio, reunió en el despacho de la Gobernación a los Gerentes de los Bancos comerciales y al Tesorero e Interventor Municipales, planteando la situación a los banqueros, tratando de ver si era posible la consecución de un préstamo garantizado con la participación del Municipio en las rentas departamentales y con pagarés firmados por algunas empresas municipales.

C) Se les hizo ver a los banqueros que no era posible prescindir del pago de los trabajadores municipales, y que si no estaban en condiciones de solucionar el problema, no le quedaba otro recurso al Municipio

que apelar a los fondos del empréstito del Acueducto que se hallaba en poder de algunos de los bancos, y que la empresa a que se destinaba no estaba necesitando ni iba a necesitar en el término de algunos meses.

D) Los banqueros no solucionaron el problema del Municipio, y por tanto a éste no le quedó otro recurso que el de tomar los fondos del empréstito, que no se necesitaban de momento y estaban inactivos, para pagar los sueldos de los trabajadores municipales, y las primas móvil y de Navidad, en lo cual convinieron finalmente, sirviendo de base a la decisión favorable las siguientes razones:

«Primera.—Que los trabajadores municipales iban a ser los únicos que no recibirían este año sus sueldos y salarios correspondientes a diciembre y aun parte de noviembre, ni su prima de Navidad.

«Segunda.—Que a muchos de ellos, y con especialidad al Cuerpo de la Policía Municipal, se les iba a exigir un intenso trabajo durante los días subsiguientes, sin la remuneración oportuna.

«Tercera. Que los fondos del Acueducto estaban en depósito, inactivos y casi improductivos, en las cajas de los bancos, cuando podían prestar este importante servicio social.

«Cuarta. Que los trabajos del Acueducto no requerían tales fondos ni durante el presente mes ni en los próximos.

«Quinta. Que su reintegración, en tiempo inmediato, estaba asegurada mediante las garantías mencionadas antes, y la fe del Departamento; y

Sexta. Que la mala impresión que pudiera causar en el público la obligada medida significaba bien poco ante la gravedad del hecho social enunciado, justamente considerado como de orden público.

«El suscrito Gobernador quiere que conste de una vez que sus intenciones respecto del Distrito son hacer ceñir su Administración a tales normas de seriedad fiscal y de orden; que no vuelvan a presentarse situaciones tan apremiantes como la que fue preciso resolver en la forma expresada.

«Esta declaración va acompañada de la nota en que se estipula la garantía de reintegro de los fondos del Acueducto de Medellín, por los cuales están empeñados en velar el suscrito Gobernador y los altos funcionarios municipales».

E) Así las cosas, el Alcalde ordenó que se giraran inmediatamente los cheques para el pago de los trabajadores Municipales, a lo cual se negó en forma terminante el doctor Oscar Duque, Gerente de la Segunda Sección de las Empresas Públicas de Medellín.

El relato que hace de este pormenor el Alcalde es el siguiente, de la declaración rendida al respecto ante el Tribunal Seccional de Antioquia:

«Una vez en el despacho de la Alcaldía, en presencia del señor Secretario de Hacienda, doctor Martínez Villa, manifesté al doctor Duque, en los términos más cordiales y correctos, que habíamos resuelto acudir al recurso extremo que ya mencioné, y que debía proceder inmediatamente, pues los bancos se cerraban al día siguiente, a girar los cheques correspondientes, puesto que sin la firma del señor Gerente de la Segunda Sección de Empresas, los Bancos no los pagarían. El doctor Duque expresó redondamente que él no firmaría esos cheques. "Al numeral 3º: En vista de esto, con toda calma y cortesía, pregunté al doctor Duque si su decisión era definitiva, o si, por el contrario, él con-

templaba la posibilidad de que discutiéramos cordialmente la necesidad en que el Municipio se hallaba de acudir a aquella solución. El doctor Duque repitió que su decisión era definitiva, y que por ningún motivo accedería a cumplir la orden que yo le estaba dando como Alcalde a un agente o subalterno del mismo. En vista de esto, con la misma calma que había tenido hasta entonces, manifesté al doctor Duque lo que sigue, en estos o parecidos términos: 'doctor Duque, como el giro de estos cheques ya está convenido, y usted se niega a firmarlos, esto significa que están en desacuerdo el Jefe de la Administración y uno de sus subalternos. Y como usted manifiesta que no cede, veo muy claramente que esta discordancia sólo se resuelve con su retiro. En otros términos, creo que usted, con su negativa, me está autorizando para aceptarle su renuncia'. El doctor Duque manifestó que no veía ningún inconveniente en dicha aceptación: que él no quería ser un problema para el Alcalde ni para la Administración, en vista de lo cual, delante del mismo doctor Duque, dije al señor Secretario de Hacienda que procediera a dictar un decreto aceptando la renuncia del doctor Duque y reemplazándolo por la persona que él estimara pudiera posesionarse con mayor rapidez y que firmara sin dilaciones los cheques mencionados. El señor Secretario de Hacienda se retiró a cumplir dicho cometido, y entretanto despedí al doctor Duque expresándole que lamentaba lo ocurrido, que respetaba sus puntos de vista pero que en todo caso esperaba que continuáramos tan amigos como antes, puesto que aquello había sido una simple diferencia de puntos de vista; que por el aspecto administrativo, no era susceptible de ninguna otra solución distinta del retiro del doctor Duque. El me respondió en términos más o menos semejantes, y no volví a verlo hasta algunos días más tarde. *Quiero aclarar que el doctor Duque no me dijo textualmente que presentaba renuncia de su cargo,* fui yo quien le sugerí que su renuncia era la única solución posible por el momento, habiendo recibido la respuesta de que él no veía ningún inconveniente en que se le aceptara, pues no quería ser un problema para la Administración, como antes lo dije. Considero, además, necesario hacer constar que no quise decirle al doctor Duque que lo destituía por desobediencia a una orden de su superior, porque consideré que, tratándose de un profesional y caballero distinguido, se le debía dar una forma más caballerosa y elegante a su retiro, dándole una oportunidad para no tener que decir textualmente en el decreto respectivo que se le destituía. El sentido de las palabras que yo le dirigí en relación con la necesidad de su retiro, fue muy claro: lo invitaba a renunciar. El sentido de las que él me dirigió en respuesta, también me pareció muy claro, y considero no es necesario repetirlas. Pero sí quiero manifestar que, si yo hubiera notado la menor reticencia o dubitación en la respuesta del doctor Duque, le habría manifestado allí mismo que lo destituiría por desobediencia a una orden superior. Dos razones especiales existieron para no esperar a que el doctor Duque firmara su renuncia por escrito; la una, de carácter legal, pues no conocía ni conozco disposición alguna que ordene presentar la renuncia por escrito; la otra, de carácter práctico, pues el asunto era urgentísimo y los Bancos parecían estar jugando con el tiempo, puesto que se cerraban al día siguiente, y cualquier demora podría lanzar al hambre a los trabajadores y obreros del Municipio".».

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

I.—LA TEORIA DE LA FALSA MOTIVACION

Se ha hecho un detallado recuento de los antecedentes de este asunto, pues tendrán especial trascendencia al plantear el problema jurídico en estudio.

A la doctrina de la motivación falsa o por motivos materialmente inexactos, traídos del expositor francés Gaston Jéze, debe dársele una intepretación lógica teniendo en cuenta «las circunstancias de la causa», como él mismo lo expresa.

El célebre Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París la expone así:

> «El régimen general establece que la facultad de dejar cesante o destituir a los agentes públicos jerarquizados está contenida *implícitamente* en el poder jerárquico del jefe de servicio. Como a este funcionario le incumbe la responsabilidad por el buen funcionamiento del servicio, tiene facultad de dejar cesante, asi como tiene facultad de nombrar. Esta facultad es *discrecional*. El jefe de servicios no está obligado a declarar los motivos que le han determinado a destituir. Pero si a pesar de no estar obligado a ello los diera, es preciso que tales motivos sean verdaderos, y únicamente inspirados por la preocupación del interés público».

Refiriéndose luégo a la manera como el Consejo de Estado en Francia ha interpretado esta norma, agrega:

> «El jefe de servicio tiene competencia discrecional para asegurar el buen funcionamiento del servicio público, pero su competencia se funda, exclusivamente, en esta necesidad. Todo ejercicio de esa competencia que no tenga por objeto el servicio público constituye un exceso de poder».

Luégo dice:

> «Si el jefe de servicio ejerce la facultad de destituir, teniendo en vista motivos distintos al buen funcionamiento de servicio, comete un exceso de poder y su resolución es nula».
>
> «a) Está viciada de desviación de poder y es jurídicamente nula toda resolución motivada por consideraciones ajenas al servicio público: odio o venganza política, por ejemplo.
>
> «b) Es nula toda destitución retroactiva... etc».

(Véase Gaston Jèze.—Principios Generales de Derecho Administrativo, volumen 112, páginas 229, 230 y siguientes).

Como puede observarse, en primer término, la doctrina se refiere a la declaración de «los motivos que le han obligado a destituir», es decir, cuando en un decreto de *DESTITUCION* se han expresado los motivos que la determinaron, por ejemplo, cuando se dice: destitúyese al señor X por deficiencia en el servicio, por incumplimiento de sus obligaciones, por mala conducta, por desobediencia a la orden superior, etc. etc. Pero no, como en el caso presente, en que el decreto de aceptación de una renuncia no tiene motivación alguna.

No debe confundirse el cambio de la razón de una remoción, por aceptación de renuncia, con la insubsistencia del nombramiento, funda-

da en motivos materialmente falsos, que es el caso concreto a que se refiere el expositor comentado.

La renuncia de que se habla en el decreto no es, ni puede ser, motivación de destitución, comoquiera que una renuncia no puede ser motivo de una destitución. No se destituye a quien renuncia. Sería ilógico; la ficción de la renuncia, como se verá adelante, es precisamente para no destituir. Resulta, por consiguiente, paradójico hablar de motivos de destitución cuando se habla de aceptación de la renuncia.

Se argüirá que la renuncia no es un motivo determinante de la destitución, pero que en todo caso es un motivo determinante materialmente inexacto, ya que el mismo Profesor señala este hecho como irregular cuando dice:

> «La idea general, en derecho *privado* como en derecho *público*, es que los motivos pueden influir sobre el valor jurídico de una manifestación *unilateral* de voluntad o de un acuerdo bilateral de voluntades, si han sido determinantes de la voluntad de realizar un acto jurídico. Si el *motivo determinante no existe de hecho* o si es ilícito o inmoral, la manifestación unilateral de voluntad o el acuerdo bilateral de voluntades son irregulares». (Véase O. L. cit., III - 225). (Subraya el autor).

La anterior doctrina no entraña ninguna novedad. Ella no es otra cosa que la aplicación de los principios jurídicos y morales que regulan las obligaciones, las cuales no existen si tienen una causa falsa o ilícita.

Aquí, empero, se está confundiendo el motivo aparente, revelado en el decreto, la renuncia, con el motivo determinante que fue el que hizo obrar al Jefe de Servicio.

Con más propiedad podría hablarse de que la renuncia, como motivo declarado, ha sido un motivo simulado, aparente, que no responde a la realidad de los hechos, y en derecho la simulación no genera la nulidad de los actos jurídicos. Al respecto es muy clara la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (Véase sentencia de 6 de noviembre de 1943, Gaceta Judicial número 2001, página 245):

> «La Corte ha expresado en varias sentencias de esta Sala cómo y por qué se diferencian entre sí los dos fenómenos jurídicos simulación y nulidad, que antaño se identificaban. No es necesario ahora detallar esa doctrina y agregar que, no obstante haber hecho esa distinción y persistir en ella, la Sala se ha guardado de decidir a la luz rígida de esa diferencia los pleitos cuya demanda no ha seguido la precisa terminología que para el respectivo caso correspondería de conformidad con esa misma distinción; y que, por el contrario, *buscando en cada libelo su efectiva finalidad, se ha guiado por ésta, y, así, con cierta amplitud que pudiera parecer benévola y sólo es justiciera*, se ha precavido la Corte *contra el sacrificio del derecho a la forma y contra la exigencia, inadmisible en un fallo, de palabras sacramentales.*» (Subraya la Sala).

Esto y no otra cosa es lo que el Profesor francés expresa refiriéndose al derecho administrativo cuando dice:

> «*Sólo el minucioso examen de todas las circunstancias de hecho, especialmente de los motivos que la han determinado, permitirá mostrar la exacta naturaleza de la resolución producida*». (Subraya la Sala).

II.—TEORIA DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES EN DERECHO PUBLICO

Sobre la teoria de los motivos determinantes, hace Jèze en su obra citada un extenso estudio que puede sintetizarse así:

> «En el *derecho público* francés, la teoría de los *motivos determinantes* desempeña, *en la práctica*, un papel mucho más importante que en el *derecho privado*». «La idea fundamental del derecho público es que la actividad de los agentes públicos y el ejercicio de su competencia sólo puede tener como *motivo determinante* el buen funcionamiento de los servicios públicos. Por consiguiente, en cualquier acto jurídico realizado por un agente público, todos los interesados pueden sostener que el acto ha tenido un motivo determinante distinto del interés público». (Subraya el autor).

Es necesario advertir que no es lo mismo el motivo determinante que el motivo declarado, que puede ser distinto de aquél. Cuando el motivo determinante diferente al declarado, se aparte de la orientación cardinal del buen servicio público, hay la clásica «desviación de poder», que «consiste», según la doctrina del Consejo de Estado, en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista de los motivos para los cuales se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos». (Véase sentencia de 16 de julio de 1943. Cita del doctor Tulio Enrique Tascón).

La jurisprudencia francesa, según Jèze, puede condensarse en las siguientes reglas:

> 1ª «*Los agentes públicos sólo están obligados a motivar sus actos cuando la ley o los reglamentos así lo disponen*». «Lo cual no quiere decir que se les prohiba motivarlas ni que el Juez no deba investigar los motivos de los actos».
>
> «2ª *Regla*. Cuando un agente público está obligado a motivar su acto, debe hacerlo, bajo pena de nulidad. La ausencia de motivos es entonces un vicio radical». «Esta laguna hace suponer que el motivo determinante no es un motivo de interés público».
>
> «3ª *Regla*. Cuando un agente público expresa, en el acto mismo, los motivos que le han hecho obrar, estos motivos, por lo mismo que están expresados en el acto, se consideran, en *principio* (Subraya la Sala), determinantes» ... «También se aplica la regla, *aunque con menor severidad* (subraya la Sala), cuando el agente ha expresado los motivos *espontáneamente*, fuera de toda obligación legal o reglamentaria de motivar su decisión».

Nótese cómo en esta regla Jèze distingue perfectamente entre el motivo determinante, que aparece oculto, y el motivo declarado, y nótese también cómo no se sienta una tesis absoluta, ya que cuando el agente público declara el motivo sin estar obligado a ello, se sigue la regla pero con «menor severidad» y agrega:

> «Se llega, pues, muy a menudo, a la consecuencia de que debe anularse el acto jurídico, mientras que si no se hubiese motivado sería inatacable, puesto que, por una parte, la ley no obligaba al agente público a motivarlo y, además, no se podría probar que los motivos determinantes fueron, en realidad, motivos distintos del interés público».

De manera que cuando el motivo determinante, distinto del declarado, aparece probado, y éste obedece a razones de interés público, el acto debe mantenerse.

«*4ª Regla.* Cuando la ley o un reglamento obligan a un agente público a dar a conocer los motivos del acto jurídico que realiza, debe exponer dichos motivos de manera clara y precisa».

«*5ª Regla.* Los motivos alegados deben ser materialmente exactos». «El Consejo de Estado, en su jurisprudencia más moderna, admite que los interesados prueben que los motivos alegados son materialmente inexactos».

«El solo hecho de que el motivo alegado sea materialmente falso, *podrá* (subrayado del autor) tener como consecuencia la nulidad del acto, aunque el agente público no estuviese obligado a motivarlo, *aun cuando no se pudiese establecer que el autor del acto ha perseguido un fin que no era de interés público*». (Subraya la Sala).

«*Esta nulidad no es, por otra parte, una consecuencia ineludible* (subraya la Sala): *Ello depende de las circunstancias de la causa*». (Subraya el autor).

De lo anterior se deducen lógicamente las siguientes consecuencias:

a) Que la regla general es para los actos cuya motivación es obligatoria para el jefe de servicio;

b) Que tal regla «podrá» tener como consecuencia la nulidad, aun cuando el agente no esté obligado a motivar el acto;

c) Pero que pueda establecerse que obedeció a un fin de interés público;

«*6ª Regla.* El motivo determinante debe ser lícito».

«Los agentes públicos, dice el expositor, se encargan de asegurar la ejecución de las leyes, no pudiendo, pues, perseguir un fin contrario a la ley. *La Administración debe ser legal.* Esto es lo que algunos denominan el *principio de legalidad,* o también la teoría de la *inoralidad administrativa.* La manifestación de voluntad determinada por un motivo contrario a la ley está afectada por un vicio; el acto jurídico es irregular». (Los subrayados son del autor).

De aquí deduce Jèze aplicaciones muy variadas, que condensa el mismo en cuatro categorías:

«1ª El agente público persigue un fin *prohibido por la ley;*

«2ª El agente público persigue un fin de interés general y lícito, pero *que no es de su competencia propia;*

«3ª El agente persigue un fin de interés general y lícito de su competencia, pero mediante el ejercicio de un poder jurídico general que no se ha organizado para obtener ese fin;

«4ª El agente público persigue un fin que no es un fin de interés general». (Véase obra citada, volumen III, páginas 231 a 239).

Se haría la Sala prolija en exceso si desarrollara en detalle cada una de las categorías expresadas anteriormente, siguiendo el texto del notable expositor francés. Considera que estando el acto acusado por «desviación de poder», es decir, como uno de los actos incluidos en la última categoría por haber obrado por motivos distintos «de los expresados en el acto para los cuales estaba investido de competencia», debe referirse a esta última aplicación.

«La competencia no debe ejercerse, dice Jèze, con un "fin distinto a la salvaguardia del interés general y al buen funcionamiento del servicio" ».

Hagamos algunas aplicaciones de la idea general:

«1ª El fin perseguido no es de interés general cuando el agente público —mediante el ejercicio de su competencia— trata de satisfacer un *resentimiento personal*, una *venganza política*» (Subraya el autor). (Véase obra citada, página 266, volumen III).

«2ª Cuando el agente público, mediante el ejercicio de su competencia, ha procurado *favorecer los intereses privados de un particular* etc.» (Subraya el autor).

Comentando este pasaje, el propio Jèze, en asunto de tánta trascendencia, agrega:

«No es preciso exagerar. Puede suceder que un agente administrativo, al realizar el acto jurídico, sea impulsado por un *doble motivo* (subraya el autor) determinante: un motivo de interés general y otro de interés particular, y que ambos motivos se confundan de modo tal que resulte imposible separarlos. En esta hipótesis, el *motivo determinante de interés general bastará para que se mantenga el acto*». (Subraya la Sala (Obra citada, ibidem).

De manera que aquí el autor expresa la tesis general de la prevalencia del motivo de interés general, que determinó a obrar al agente público, cuando exista el doble motivo. Prevalencia que confirma al estudiar la 7ª regla de la teoría de los motivos determinantes en el derecho público. Se expresa así:

«7ª *Regla*. Cuando los motivos de *derecho* (subraya el autor) determinantes son múltiples, si uno de ellos se considera ilícito, el *juez deberá investigar* si (subraya la Sala) fuera del motivo *determinante* (subraya el autor) de derecho estimado ilícito, los motivos *determinantes* (subraya el autor) de derecho que subsisten, son suficientes para legitimar el acto jurídico». (Ibidem, volumen III, página 268).

Como conclusiones generales de la teoría expuesta, el mismo autor expresa las siguientes, que la Sala considera importante transcribir, porque en su concepto señalan la estructura básica de la doctrina expuesta:

«I.—Una de sus ventajas, sobre la cual hay que insistir, es la de permitir señalar la *verdadera naturaleza de un acto, a pesar de las apariencias, las disimulaciones* (subraya el autor) *y los términos impropios* (subraya el autor) con que se le ha calificado, descubrir si la competencia se ha ejercido correctamente, en los casos y condiciones que establece la ley». (Obra citada, volumen III, página 285) . . .».

«II.—La investigación de los motivos determinantes es una cuestión muy delicada. En realidad, *es especialmente el Consejo de Estado quien debe resolverla*». (Subraya la Sala). (Ibidem, página 287).

De manera que, según Jèze, no puede procederse con un criterio aprioristico en el examen de los motivos que determinaron al jefe de servicio en la expedición del acto, sino estudiándolo en su verdadera realidad, atendiendo a las «circunstancias de la causa», a lo que aparezca de ella, según la «verdadera naturaleza» del acto acusado, a pesar de las apariencias, las disimulaciones y los *términos impropios* usados en aquel. Y que corresponde a la justicia en lo contencioso-administrativo la investigación de esos motivos, que reviste una especial delicadeza.

Lo cual tampoco constituye ninguna novedad, ya que el artículo 472 del Código Judicial, aplicable al caso, enseña que los Jueces al proferir sus decisiones deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos

es la efectividad del derecho, y que con este criterio han de aplicarse no solamente las disposiciones procedimentales, *sino las relativas a las pruebas* de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho.

Es decir que cuando el jefe de servicio declara, sin estar obligado, que la desinvestidura de un agente público obedeció a un motivo materialmente inexacto. Esta declaración se presume como motivo determinante, y el *acto en principio* es nulo por desviación de poder. Pero, esta presunción no es *de jure*, o sea que no admite prueba en contrario, sino legal, es decir que puede probarse que a pesar de lo declarado, el jefe de servicio obedeció a motivos de interés público, y entonces el acto debe mantenerse, si asi aparece del examen de las circunstancias de hecho, de las pruebas del informativo.

Ha querido la Sala exponer ampliamente la doctrina de los motivos determinantes en el derecho público, especialmente en lo que se refiere a la falsa motivación, para deducir su aplicación circunstanciada y lógica, en sus normas generales, en sus principios fundamentales, sin acudir a la cita de fallos, foráneos o extranjeros, que se refieren a casos particulares y concretos, tomados aisladamente y sin atender a las peculiaridades propias de cada uno y a las circunstancias en que fueron dictados.

III.—EUFEMISMO Y FALSA MOTIVACION

Refiriéndose concretamente a que un acto de desinvestidura sea o nó una medida disciplinaria, el Profesor Jèze expresa el siguiente concepto:

> «Para que la medida no aparezca como disciplinaria se dirá que la puesta en disponibilidad de un agente público se ha efectuado *a su pedido* (subraya el autor) no siempre estas expresiones están de acuerdo con la realidad. En particular las palabras "a su pedido" pueden haber sido espontáneamente empleadas por el jefe de servicio como eufemismo para disimular la medida disciplinaria que afecta al agente público.
>
> «La terminología empleada no revela siempre la verdad: Sólo el minucioso examen de las circunstancias de hecho, especialmente de los motivos que la han determinado, permitirá mostrar la exacta naturaleza de la resolución producida. Este examen puede, incluso, evidenciar que la privación de la investidura no corresponde a causa *jurídica alguna, y que, en consecuencia, ha sido resuelta sin derecho*». (Subraya la Sala). (Véase obra citada, volumen II, páginas 197 y 198).

Quizá se pretende hacer la distinción de que Jèze, cuando alude a la desinvestidura en ejercicio de poder disciplinario, no siente tesis absolutas, porque es entonces el examen de los motivos determinantes el que puede evidenciar, en cada caso, si la privación de la investidura ha sido resuelta o nó de conformidad con el derecho; pero cuando se refiere a la desinvestidura en ejercicio de poder discrecional, es terminante en exigir la veracidad del motivo que se aduce, sin estar el superior en la obligación de aducirlo.

Nada hay que autorice esta distinción. En primer lugar, Jèze, como se ha visto, al dar principio a la exposición de la teoría de los motivos determinantes en derecho público, lo hace de manera general, refiriéndose «al derecho público» y agregando que ésta tiene mayor importancia que en el derecho privado, sin que exprese en forma alguna que la teoría se refiere únicamente a los casos en que el agente obra en ejercicio del poder disciplinario o cuando hace uso de la facultad discrecional. Más aún, cree la Sala que el «poder» del funcionario, de-

rivado de la competencia, es el mismo para obrar en uno y otro caso. El se deriva de la ley que le confiere atribuciones concretas.

Pero acontece que Jèze se refiere justamente al caso en que el jefe de servicio obra con poder discrecional sin obligación de motivar el acto, cuando dice que «El solo hecho de que el motivo alegado sea materialmente falso *podrá* tener como consecuencia la nulidad del acto, aunque el agente público no estuviese obligado a motivarlo...».

Y es para este caso cuando agrega:

> «Esta nulidad no es, por otra parte, una consecuencia ineludible. Ello depende de las circunstancias de la causa».

Ya anteriormente había dicho que cuando el agente público expresaba los motivos que le habían hecho obrar, se consideraban en principio como motivos determinantes, y que esta regla también se aplicaba, aun cuando con «menor severidad», cuando el agente «expresaba los motivos espontáneamente, fuera de toda obligación legal o reglamentaria de motivar su decisión».

Por último, en una de las conclusiones que ya se dejaron transcritas, el comentado autor, en forma general y sin referirse a la excepción de desinvestidura que entrañe medida disciplinaria, expresa la necesidad de señalar la «verdadera naturaleza» del acto, «a pesar de las apariencias, las disimulaciones y los términos impropios con que se le ha calificado».

Es sutilizar demasiado, querer establecer la diferencia de cuando se obra por facultad disciplinaria o cuando se obra con facultad discrecional para llegar a la conclusión que solamente hay sanción disciplinaria cuando el agente desinvestido está amparado por una movilidad relativa. No, la sanción disciplinaria puede existir respecto de aquellos agentes públicos de libre nombramiento y remoción, para los cuales el jefe de servicio obra con facultad discrecional, pues se pregunta: ¿a esta clase de servidores puede imponérseles una multa, amonestarlos, trasladarlos a otro puesto de menor categoría, o destituirseles por razón de disciplina en el servicio? La respuesta es concluyente y lógica en su afirmación, porque quien puede lo más puede lo menos. Es por ello por lo que en muchas ocasiones la destitución es mirada como medida disciplinaria, y el lenguaje común lo está pregonando constantemente: «al empleado que no cumple con sus obligaciones debe destituírsele». De aquí que la doctrina se aplique como norma general tanto para casos de desinvestidura como medida disciplinaria o para aquellos en que se obra con facultad discrecional.

Tan cierto es lo anterior, que el Código de Régimen Político y Municipal, expedido mucho antes de la vigencia de la ley sobre carrera administrativa y de otros estatutos que consagran una movilidad relativa a otros funcionarios, en su artículo 287, aplicable hoy a empleados que no gozan de fuero o privilegio especial y son de libre nombramiento y remoción, dice lo siguiente:

> «*Artículo 287, Ley 4ª de 1913.* Los reglamentos pueden imponer penas correccionales de apercibimiento, multa de veinte pesos, suspensión y remoción por falta de asistencia a las oficinas o por mal desempeño de sus funciones».

Disposiciones similares contienen, entre otros, los artículos 242, 326, 327, 332, del mismo Código, que comportan la imposición de medidas disciplinarias a funcionarios no sujetos a fuero o privilegio.

Es claro que en uno o en otro caso no pueden alegarse motivos que menoscaben la integridad moral del agente sin que ellos sean verdaderos, porque no es posible para obtener el propósito de buen servicio, lesio-

nar el patrimonio moral del empleado público. Por ejemplo, aducir razones inexactas de mala conducta.

Se comprende perfectamente que eufemismo y falsedad son conceptos diferentes, pero no contradictorios.

Eufemismo viene de *Euphemismus*, y éste del griego *eu*, bien, y *pheme*, palabra, *phemi*, hablar. De donde resulta que, etimológicamente, equivale a buenas palabras, bien hablar. La Academia Española define su sentido retórico pero no su sentido general y aun vulgar cuando dice: «*Retórica*. Modo de decir para expresar con suavidad o decoro ideas cuya recta y franca expresión seria dura o malsonante».

Falsedad, en términos generales, es «falta de conformidad entre las palabras, las ideas y las cosas». (Diccionario de la Academia Española).

En este sentido puede decirse que eufemismo y falsedad no son términos contradictorios, pues pueden muy bien expresarse por eufemismo buenas palabras, y aun en su sentido *retórico*, expresiones suaves y decorosas que no son conformes con las ideas y las cosas en su realidad.

En este sentido, aun contrario a la verdad, lo entiende Jèze cuando dice, hablando de la fórmula «a su pedido» para disimular una medida disciplinaria. «No siempre estas expresiones están de acuerdo con la realidad». «La terminología empleada no revela siempre la verdadera situación». Igual concepto quedó ya transcrito anteriormente, sobre la necesidad de escudriñar «la verdadera naturaleza del acto», a pesar de las apariencias, las disimulaciones y los términos impropios con que se le haya calificado.

Pero hay un pasaje del señor Jèze que revela su pensamiento integral cuando a hablar de «la cesación en las funciones públicas» (desinvestidura) expresa:

> «También debe precisarse la *terminología* (subraya el autor). A menudo, en la práctica, empleados los mismos términos para designar situaciones jurídicas muy diferentes. Algunas veces, la imprecisión es involuntaria. Más frecuentemente es voluntaria, para disimular, con un eufemismo, la *lesión causada* a un agente separado del servicio público». (Subraya la Sala).
>
> «Por ejemplo, se calificará una cesantía como *retiro de oficio y aun a solicitud, o renuncia de oficio, o de licenciamiento, o de puesta en disponibilidad, o de retiro, o anulación de nombramiento*. Hay aquí una causa de oscuridad y de confusión». (Subraya el autor).
>
> «Es por ello que el Consejo de Estado en lo Contencioso, cuando interviene en recurso contra resoluciones que entrañan cesación temporaria o definitiva en el ejercicio de funciones, comienza siempre por establecer cuidadosamente la hipótesis en que se halla el agente afectado, cualquiera que sea el nombre dado a la resolución». (Obra citada. Volumen 11, página 175).

IV.—EXAMEN DE LOS MOTIVOS DETERMINANTES EN EL CASO SUB-JUDICE.

Como se dijo atrás, al principio de este fallo, se puntualizaron en detallado recuento los antecedentes del asunto, pues ellos tendrían especial trascendencia.

Es preciso estudiar si al remover al doctor Oscar Duque mediante el motivo aparente de la renuncia, se obró por motivos de buen servicio público en interés de la Administración, dentro de la facultad de competencia del funcionario, y si esa fórmula sirvió para disimular, en bene-

ficio del mismo removido, una manera suave y decorosa, el despido, que en su descamada realidad habría sido duro para el funcionario a quien se hizo aparecer como dimitente.

Se dijo anteriormente, y está probado en los autos, que a mediados de diciembre de 1948, el Municipio de Medellín se encontraba enfrentado a una gravísima crisis fiscal que no le permitía cubrir los sueldos y jornales de los trabajadores del Municipio correspondientes a parte de noviembre, diciembre y la prima de Navidad (declaración del Gobernador de Antioquia, cuaderno número 3, folio 9); que por tal razón, el señor Gobernador convocó en el despacho de la Gobernación una junta de banqueros para solucionar la situación mediante un préstamo al Municipio de Medellín; que esta iniciativa fracasó, pues los banqueros se negaron a conceder el préstamo; que ante esta alternativa, la única posibilidad que le quedaba al Municipio para resolver la crisis, que constituía un verdadero motivo de orden público (véase declaración del Gobernador, cuaderno número 3, folio 10), era tomar los dineros de empréstito popular llamado H. O., los que estaban en depósito inactivos, cuando podían prestar el importante servicio social para solucionar la crisis.

A esta solución se llegó de acuerdo con los banqueros, que en principio no eran partidarios de ella, y se otorgó la garantía de reintegro de los fondos del Acueducto de Medellín (véase declaración del Gobernador, ya citada).

Así las cosas, y ante la urgencia de la situación, debido al cierre de los bancos el día 23 de diciembre de ese año, disponiendo por consiguiente de pocas horas para actuar, el Alcalde de Medellín notificó lo resuelto al Gerente de la Sección Segunda de las Empresas Públicas Municipales, doctor Oscar Duque, a fin de que girara los cheques correspondientes para pagar a los trabajadores municipales, a lo cual se negó dicho funcionario en forma completa. Las incidencias de este hecho las narra el doctor Luis Eduardo Mejía, Alcalde de Medellín, al tiempo de ocurridos los hechos, en la declaración rendida ante el Tribunal de la instancia y que en su parte principal se dejó transcrita en esta providencia.

Según ella, la que no ha sido desvirtuada en forma alguna, y antes está corroborada con la declaración del doctor Guillermo Martínez Villa, Secretario de Hacienda de Medellín, a tiempo de ocurrir los sucesos, y por otras personas, ante la negativa terminante del doctor Duque a girar los cheques, el entonces Alcalde le manifestó que existiendo un desacuerdo entre el Jefe de la Administración y el Gerente de las Empresas, en asunto de tal trascendencia, sólo podía solucionarse con su retiro, y que con su negativa el Gerente lo estaba autorizando para aceptarle la renuncia. Aclara el señor Mejía, con franqueza que lo honra, que «el doctor Duque no me dijo textualmente que presentaba renuncia de su cargo». Es preciso transcribir de nuevo la parte de la declaración del doctor Mejía en cuanto hace al motivo o razón por los cuales optó por la fórmula de la renuncia.

> «Considero además necesario hacer constar que no quise decirle al doctor Duque que lo destituía por desobediencia a una orden superior, porque consideré que, tratándose de un profesional y caballero distinguido, se le debía dar una fórmula más caballerosa y elegante a su retiro».

De manera que aparece claramente establecido que el motivo determinante del acto acusado fue el interés y mejor servicio públicos, el pago de los trabajadores municipales en época especialísima del año, Navidad, cuya demora hubiera producido un funesto malestar social y cuyas consecuencias de orden público eran difíciles de prever, pues podía dar lugar a desórdenes graves; y que no había otra manera de solucionar el problema que la de tomar los fondos de empréstito de Acueducto

que se encontraban inactivos en los bancos. No puede ponerse en duda tampoco, después de lo que se deja expuesto, que lejos de pretender causarle un perjuicio al doctor Oscar Duque, con la ficción o fórmula de la renuncia, lo que se quiso fue «disimular la verdadera realidad», proceder de una manera «suave y decorosa», para no hacerlo aparecer como destituido, y que debe irse a la verdadera naturaleza del acto acusado, dictado en interés del buen servicio, a pesar de las apariencias, disimulaciones, y los términos impropios empleados en él.

La ficción de la renuncia indudablemente acarrea la nulidad del acto, cuando de ser cierta produciría perjuicios a aquel a quien se hace aparecer como renunciado. Tal sucede en los casos en que el empleado está amparado por el privilegio de inamovilidad relativa, como cuando está dentro del escalafón de la carrera administrativa o en otro de igual clase como en el del magisterio, porque entonces, el empleado pierde ese estatuto de inamovilidad condicionada por virtud de la renuncia.

Pero no sucede lo mismo cuando el empleado es de libre nombramiento y remoción, pues en este caso no se le acarrea perjuicio, y en ocasiones se le beneficia haciendo aparecer el acto como acto unilateral provocado por el funcionario, no como una determinación de la Administración que frecuentemente es mirada como sanción.

Esta idea del perjuicio sufrido por el agente público desinvestido por motivos materialmente inexactos informa el sistema francés, como también el colombiano, con la diferencia que se expresa en seguida.

En Francia podría aceptarse la tesis del perjuicio como generadora del derecho, a menos que se trate de cosas en que obran motivos de interés público, porque en Francia, «Toda cesantía que no se justifica manifiestamente por el interés del servicio público, entraña para el agente público objeto de ella, un derecho a indemnización, aunque no pueda probar que se trate de desviación de poder». (Véase obra citada, volumen II, página 233).

En cambio en Colombia ese perjuicio por cesantía no se produce, como es bien sabido, porque hay derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo de servicio continuo o discontinuo, cualquiera que sea la causa del retiro. (Ley 65 de 1946, artículo 1º).

Es claro, y se repite, que existe la presunción de que el motivo declarado es motivo determinante del acto, y que si no se demuestra que el jefe de servicio obró por razones de interés público, en virtud de aquella presunción el acto debe anularse por irregular. Pero se ha dicho también que esa presunción no es *de jure*, es decir, que admite prueba en contrario, y que demostrándose en el juicio que el superior jerárquico obedeció a motivos de interés público, el acto debe mantenerse.

Si se anulara un acto por motivación materialmente inexacta, aunque se demostrara la existencia de motivos determinantes de buen servicio que la justificaran, equivaldría a sostener la tesis de que el interés personal y privado, destacado en la demanda de plena jurisdicción, prevaleceria sobre el interés general y público.

No es que considere la Sala aconsejable el empleo de términos no exactamente ceñidos a la realidad, aun cuando haya motivos de conveniencia pública para la remoción de un empleado, y que es preferible mostrar la situación en su verdadera exactitud. Pero no es menos cierto que cuando se trata de una divergencia esencial y de una oposición radical a los actos de la Administración, el camino recto del empleado es el de la renuncia, que le impone el deber de fidelidad con la Administración y con su propia conciencia, porque como dice Bluntschli:

> «Un funcionario puede tener convicciones absolutamente divergentes, sin dejar de ser fiel, con tal que se las reserve para sí propio; si cree un deber suyo obrar en favor de esos principios, no le queda otro camino honroso que el de la dimisión».

Finalmente, es el caso de observar que la Sala no ha pretendido ni pretende desvirtuar ni rectificar la doctrina que en repetidas ocasiones ha sentado el Consejo sobre nulidad por motivación falsa en los actos administrativos, la que mantiene en su integridad. Unicamente estima que, en casos como el presente, si del examen de los hechos y de los motivos determinantes aparece que la Administración tuvo fundamento suficiente para proceder en la forma en que lo hizo y en que no se lesiona el derecho del funcionario, debe mantenerse el acto administrativo, ya que la presunción de nulidad por falsa motivación admite prueba en contrario. Solamente la ley puede consagrar presunciones de derecho. Jamás por vía doctrinaria puede establecerse esta clase de presunciones, que requieren para su existencia que la ley que las consagra lo haga con la frase: «Se presume de derecho», en cuyo único caso es inadmisible prueba en contrario (artículo 66 del Código Civil).

FALLO:

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia con fecha 23 de agosto de 1949, y en su lugar declara que NO ES NULO el Decreto acusado, y en consecuencia NIEGA las súplicas de la demanda instaurada por medio de apoderado por el doctor Oscar Duque.

Cópiese, notifíquese y en su oportunidad devuélvase el expediente.

Salvo voto, *Alvaro Pineda de Castro. Eduardo Piñeros y Piñeros. Daniel Anzola Escobar.* Salvo voto, *Antonio José Prieto. Jesús Estrada Monsalve.* Salvo voto, *Baudilio Galán Rodriguez. José Urbano Múnera. Luis E. Garcia V.*, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HONORABLES CONSEJEROS JESUS ESTRADA MONSALVE, ALVARO PINEDA DE CASTRO Y ANTONIO JOSE PRIETO.

Ha sido jurisprudencia uniforme y reiterada del Consejo de Estado, de la cual dan cuenta razonados fallos, entre ellos el de 20 de febrero de 1947, traído por el actor, en copia autorizada, a estas diligencias, proferido en el juicio seguido por el doctor Julio César Delgado contra el Decreto 631 de 1946, por el cual el Gobierno Nacional le designó reemplazo al demandante en el cargo de Inspector Seccional del Trabajo del Departamento del Huila, que la Administración incurre en exceso de poder cuando, sin hallarse obligada a motivar la destitución de un empleado público, se funda, sin embargo, para destituirlo, en un motivo falso.

Dijo entonces esta Corporación:

> «El cargo de Inspector Seccional del Trabajo que desempeñaba el actor era de libre nombramiento y remoción del Gobierno. No estaba, por lo tanto, amparado el empleo correspondiente por la ley sobre carrera administrativa. El Gobierno, en uso del poder discrecional, podía remover al doctor Delgado sin que violara ninguna disposición legal. En uso de esa facultad de remoción, que no puede tener otro fundamento que el buen funcionamiento del

servicio público, el Gobierno no está obligado a dar los motivos o fundamentos que determinan la expedición del acto, según aparece consagrado en nuestra legislación constitucional y legal, como regla general para la Administración. La inamovilidad, el derecho a ascenso, etc., son normas de excepción. En el caso de autos, el actor, como ya quedó expresado, estaba colocado dentro de la regla general, y por lo tanto el Gobierno no tenía necesidad de motivar el acto de separación del servicio público del empleado demandante.

«Pero lo que realmente sucede es que el Gobierno designó reemplazo en la Oficina Seccional del Trabajo, *afirmando que la revocación del nombramiento era hecha por renuncia del titular.* Como el actor afirmó en su demanda *que no era cierto que él hubiera renunciado, y siendo cierto que la renuncia no se produjo,* según las pruebas que obran en el expediente, *es indudable que el acto acusado es nulo porque se funda en un motivo que no es cierto,* que no es fundado, y por consiguiente el Decreto se destruye a sí mismo, se torna en ilógico y contradictorio. La razón es muy clara: el Gobierno no tenía necesidad de dar explicación o fundamentar la medida que contiene el Decreto acusado, ya que podía legalmente destituir al doctor Delgado, sino que motivó la separación del actor del servicio público en un hecho que no resultó ser cierto».

Tal es, por otra parte, la doctrina de los tratadistas, ninguno de los cuales acepta que la Administración pública deba ni pueda fundar sus determinaciones en hechos mentirosos o falsos.

Hablando de la facultad discrecional, contenida implicitamente en el poder jerárquico del jefe del servicio, sostiene Jèze que «el jefe del servicio no está obligado a declarar los motivos que le han determinado a destituir», y agrega: «pero si a pesar de no estar obligado a ello los diera, *es preciso que tales motivos sean verdaderos y únicamente inspirados por la preocupación del interés público*».

(*Principios Generales del Derecho Administrativo.* 112, página 230). Y en otro pasaje:

«La idea general, en derecho privado como en derecho público, es que los motivos pueden influir sobre el valor jurídico de una manifestación unilateral de voluntad o de acuerdo bilateral de voluntades, si han sido determinantes de la voluntad de realizar un acto jurídico. *Si el motivo determinante no existe de hecho* o si es ilícito o inmoral, *la manifestación unilateral de voluntad o el acuerdo bilateral de voluntades SON IRREGULARES*». (Obra citada, volumen III, página 225).

No distingue, pues, el autor entre «motivos verdaderos» y «motivos únicamente inspirados por la preocupación del interés público», sino que exige, para que el acto de destitución sea regular, que coexistan ambos elementos: *verdad del motivo e inspiración del mismo en el interés público.*

La posición doctrinaria de Jèze no puede ser más clara: cuando alude a la desinvestidura en ejercicio del poder disciplinario no sienta tesis absolutas, porque es, entonces, el examen de los motivos determinantes el que puede evidenciar, en ese caso, si la privación de investidura ha sido resuelta o nó de conformidad con el derecho; pero cuando se refiere a la desinvestidura en ejercicio del poder discrecional, no sólo es determinante en exigir la veracidad del motivo que se aduce, sin estar el superior en la obligación de aducirlo, sino que ilustra su punto de vista con las siguientes jurisprudencias del Consejo de Estado de Francia, estrictamente aplicables al acto de destitución del doctor Oscar Duque:

«Si bien el Ministro de Guerra está investido, en lo que concierne al mantenimiento o no en actividad de los oficiales incluidos en el cuadro de reserva, *de poderes discrecionales*, que importan una soberana apreciación de lo que manda el interés del servicio, *no podía, como lo ha hecho*, por la decisión impugnada de 26 de junio de 1916, *relevar a este Oficial general de su comando, fundándose únicamente en hechos materialmente inexactos. De ahí se desprende que la decisión... esté viciada de exceso de poder...*» (Obra citada, página 236) «Las conclusiones de la demanda tienden a la anulación del Decreto... por cuanto ha colocado al señor T. en situación de *permiso a su pedido*. Según los documentos incorporados al expediente, resulta que el recurrente, lejos de haber solicitado su colocación en situación de permiso, afirmó, por el contrario, su intención de permanecer en el puesto.

El Ministro, *al hacer aparecer la resolución que le pone en situación de permiso como adoptada a pedido del interesado, la ha fundado en un hecho materialmente inexacto y le ha dado, así, una causa jurídica inexistente. Corresponde, en consecuencia, disponer su anulación por exceso de poder...* (Obra citada 112, página 226). Para Rivet, citado por Jèze, el perjuicio que en casos como el de autos, experimenta el recurrente *"Proviene, precisamente, de la iniciativa que se le ha atribuido, y no habiéndola adoptado, no ha podido evidentemente pedir que se le atribuyese"*».

En igual sentido se pronuncian otros eminentes expositores de la ciencia del derecho administrativo.

Jean Appleton, profesor de la materia en la Universidad de Lyon, en su «Traité Élementaire du Contentieux Administratif», se expresa como sigue: «... El control jurisdiccional de los administrados sobre los actos de la administración sería, en efecto, insuficiente, si no se pudiera llegar a la anulación de un acto fundado sobre hechos manifiestamente inexactos, y bien precario si fuera suficiente para un administrador habilidoso inventar o alterar los hechos para colocar una decisión incorrecta al abrigo de la censura del Consejo de Estado... Los prefectos pueden ser revocados (sic), puestos en disponibilidad o reserva, por decretos del Jefe de Estado, siempre y cuando que la Administración superior lo juzgue útil, sin que los motivos de esta medida puedan ser discutidos por la vía contenciosa. *Pero es necesario que la Administración tome francamente la responsabilidad de su decisión frente a la opinión pública, y no trate para escapar a su responsabilidad, de ocultar las verdaderas razones de la medida tomada, tras de pretextos inexactos. En una palabra, la Administración puede usar ampliamente de su poder discrecional; pero le está prohibido ocultar el abuso con una mentira...* ¿En qué causal de anulación debe colocarse el exceso de poder que resulta del error de hecho? M. Hauriou sostiene que allí hay un caso de desviación de poder, porque, dice: "es usar del poder en forma diferente al beneficio del servicio público, usarlo sin haber adquirido la competencia técnica indispensable sobre los hechos del negocio". A pesar del valor de esta opinión, pensamos que es más acertado ver en el error de hecho una clase de violación de la ley, lo que la Corte de Casación llama "falta de base legal": en materia de la Administración *desea que el administrador no funde sus decisiones sino sobre motivos exactos; si los motivos que él mismo da como determinantes son errados, la decisión carece de base jurídica, y cae; si se equivoca sobre los hechos decisivos, aplica la ley a estos hechos en un caso en que ella no tiene aplicación y por consiguiente viola esta ley por falsa aplicación*».

Luis Rolland, en su «Précis de Droit Administratif», dice que: «Por violación de la ley, es necesario entender la falsa aplicación o el error de interpretación de la legalidad, es decir no solamente la ley en el sen-

tido formal, sino también los diversos reglamentos que en ella se apoyan... En el estado actual de la jurisprudencia, *el examen por el Consejo de Estado de la legalidad de una decisión implica el de la exactitud material y la legalidad de los motivos*».

El propio autor del fallo de que aquí se disiente, honorable Consejero doctor Piñeros y Piñeros, en el auto de suspensión provisional por él dictado con fecha 22 de agosto de 1950, en el juicio instaurado por el señor Alberto Villarreal en caso semejante, se expresó en los siguientes términos:

«No es posible que se interprete como destitución una renuncia. Y si no hubo tal renuncia, *se firmó claramente un hecho no verdadero*. Si inicialmente había motivo para la destitución, *ha debido decretarse ésta sin contemplaciones ni eufemismos*». (Folios 29 y 30 del respectivo expediente).

EUFEMISMO Y FALSA MOTIVACION, CONCEPTOS DIFERENTES

Se ha dicho antes que, en opinión de Gaston Jèze, los motivos en que se funda una destitución no deben ser verdaderos *O* inspirados en el buen servicio, sino verdaderos *E* inspirados en el buen servicio, es decir que se requiere la coexistencia de ambos elementos, sin que baste a la regularidad del acto la concurrencia de uno solo de ellos.

Pero, al distinguir entre los actos de desinvestidura, según que sean o nó medidas disciplinarias (y en concepto de Jèze la renuncia no tiene nunca este carácter), afirma:

> «Para que la medida *no aparezca como disciplinaria*, se dirá que la puesta en disponibilidad de un agente público se ha efectuado *a su pedido*.
>
> «Existen también licencias a pedido, retiros a pedido.
>
> «No siempre estas expresiones están de acuerdo con la realidad. En particular, las palabras "a su pedido" pueden haber sido espontáneamente empleadas por el jefe del servicio *como eufemismo, para disimular la medida disciplinaria que afecta al agente público*». (Obra citada 112, página 197)

En manera alguna significan los apartes transcritos que Jèze admita la falsa motivación, rechazada no sólo por él sino por tratadistas de renombre, como se ha visto. Una cosa es la *falsedad*, en su significado de «falta de verdad», y otra, muy distinta, el *eufemismo*, en su significación de «Modo de decir para expresar con suavidad o decoro ideas cuya recta expresión sería dura o mal sonante» (Falsedad y Eufemismo, según el Diccionario de la Lengua).

En la falsedad hay falta de verdad o mentira, en tanto que en el eufemismo hay una idea suave o decorosamente expresada *pero cierta* que, con relación a la materia de que se trata, no es otra cosa que la medida disciplinaria aplicada al funcionario o empleado que la sufre. En este sentido es en el que Jèze dice que «para que la medida *no aparezca* como disciplinaria (es decir *como verdaderamente es)*, se dirá que la puesta en disponibilidad de un agente público se ha efectuado a su pedido", y que "las palabras *a su pedido* pueden haber sido espontáneamente empleadas por el jefe de servicio como eufemismo, *para disimular la medida disciplinaria que afecta al agente público*».

Lo que acepta Jèze es, por lo tanto, *la disimulación de la medida disciplinaria*, no como una tesis jurídica, sino como una costumbre «espontáneamente» practicada por los agentes del servicio. Y disimular no es mentir, sino «encubrir con astucia la intención»; ocultar, encubrir un afecto del ánimo u otra cosa, como el miedo, la pena, la pobreza, el frío,

etc.»; «disfrazar, desfigurar las cosas representándolas con artificio, distintas de lo que son» (Diccionario de la Lengua), en otras palabras, presentar u ofrecer, en forma distinta, *lo materialmente existente.*

Nótese que Jèze hace referencia al empleo del eufemismo *con relación a la medida disciplinaria,* porque es ésta la que afecta la reputación del empleado destituido. No puede decirse, con propiedad jurídica, que el funcionario removido de su cargo por el superior jerárquico, en ejercicio del poder discrecional, pueda considerarse lesionado en su patrimonio moral, en forma que autorice el empleo del eufemismo para disimular su remoción.

Esta exigencia perentoria de la doctrina, de que cuando el jefe de servicio obra discrecionalmente no pueda invocar sino un motivo verdadero, parece tener su explicación en la distinta situación en que se hallan, frente a la Administración Pública, el empleado sometido a la jurisdicción disciplinaria y el empleado que se designa y remueve libremente. Mientras el primero se encuentra amparado contra posibles abusos del superior por la reglamentación legal que determina las causales de remoción y el procedimiento especial que ha de seguirse para su licenciamiento, el segundo no tiene más defensa que la buena fe del jefe del servicio, quien, además, está favorecido por la presunción de que, al destituir a sus subalternos, procede rectamente: asi, resulta apenas lógico que a ese *máximum* de garantía concedido a la Administración, consistente en que el superior que destituye no necesita motivar su acto, corresponda, en favor del empleado destituido, un *mínimum,* de garantía consistente en que sea verdadero el móvil de la remoción, si esta se motiva. La razón que, permaneciendo oculta, se presume verdadera, en caso de expresarse debe serlo también. Si el superior está facultado para callar, justo es que, si espontáneamente habla, diga la verdad. La verdad presunta no puede exteriorizarse en hechos falsos.

EL MOTIVO DETERMINANTE

Menos posible es aún aceptar la legalidad del acto acusado a la luz de los conceptos de Jèze de que «la terminología empleada no revela siempre la verdadera situación», y de que «sólo el minucioso examen de todas las circunstancias de hecho, especialmente de los motivos que la han determinado, permitirá mostrar la exacta naturaleza de la resolución producida». (Obra citada 112, página 138), conceptos que, en la sentencia, se consideran aplicables al caso sub-judice.

Porque aqui cabe preguntar: ¿Cuál fue el motivo determinante de la destitución del doctor Oscar Duque, por parte del doctor Luis Eduardo Mejía? Es este mismo funcionario quien responde: «Considero además necesario —dice— hacer constar que no quise decirle al doctor Duque *que lo destituía por desobediencia a una orden superior...*».

Preciso es entonces analizar el contenido de tal orden, examen que, al decir de Jèze, «permitirá mostrar la exacta naturaleza de la resolución producida» y «evidenciar que la privación de la investidura *no corresponde a causa jurídica alguna y que, en consecuencia, ha sido resuelta sin derecho*». (Obra citada II, páginas 197 y 198).

Consta de autos que el doctor Duque se hallaba investido de las funciones de Gerente de la Segunda Sección de las Empresas Públicas Municipales, integrada por los Teléfonos, el Tranvía y el Acueducto, y que, con dicho carácter, se negó a suscribir los cheques que el Alcalde de Medellín le ordenó girar contra los dineros del Acueducto depositados en distintos bancos de la misma ciudad, por suma mayor de ochocientos mil pe-

sos m. c. ($ 800.000.00), como única medida posible de arbitrar fondos para resolver el grave problema social a que estuvo abocado el Municipio, con anterioridad al 23 de diciembre de 1948, «para atender al pago de sus empleados y obreros, a muchos de los cuales se les debía hasta cuatro o cinco décadas, problema que era tanto más grave cuanto que los banqueros se negaban sistemáticamente a hacerle al Municipio los préstamos necesarios para solucionarlo». (Cuaderno número 3, folio 19).

El doctor Duque, al ser preguntado, en la diligencia de absolución de posiciones practicada en el Tribunal Administrativo de Medellín, el 24 de mayo de 1949, sobre si había sido o nó cierto que los doctores Luis Eduardo Mejía y Guillermo Martínez Villa, como Alcalde y Secretario de Hacienda del Municipio, le habían ordenado que firmara dos cheques o giros contra los dineros del Acueducto existentes en los bancos de la ciudad, a lo cual se había negado, "CONTESTO: Es cierto que me negué a firmar los cheques *por considerar que eran fondos con destinación especial,* provenientes de un empréstito popular, y que además el disponer de esos fondos *dañaría por mucho tiempo el crédito del Municipio,* pues el público perdería la confianza en él" (Cuaderno número 3, folio 21).

La explicación del doctor Duque para justificar el desobedecimiento a la orden de su superior es satisfactoria, porque, como dice Bielsa, «el deber de obediencia existe en cuanto es compatible con la obligación legal del servicio, y que él esté comprendido en la prestación lícita del servicio o función, *pero no cuando su cumplimiento es ilegal, y menos aún cuando entraña un delito*» (*Derecho Administrativo,* tomo II, página 244).

La orden impartida por su superior al doctor Oscar Duque, de que se ha hecho mención, no entraba en la esfera del servicio, que es, como lo anota el autor citado, «lo que señala los límites del deber de obediencia»; no era de aquellas que debe obedecer el subalterno *en virtud de la exclusiva autoridad de su jefe,* sino de las que, por referirse a funciones atribuidas por ley o reglamento *limitan la órbita de los deberes del empleado en el orden de la jerarquía, comprometiendo su propia responsabilidad;* y no era de aquellas que pudieran lícitamente obedecerse, al tenor de lo establecido en el artículo 150 del Código Penal Colombiano, que reza: «El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra *una aplicación oficial diferente de aquellas a que están destinados,* incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público, de uno a seis meses. Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá una multa de diez a quinientos pesos».

Erigido en delito de «peculado» el hecho que se le ordenaba cumplir al doctor Duque, por el Código Penal, bajo la denominación genérica de «Delitos contra la Administración Pública», el empleado subalterno no podía ni debía realizarlo. «La obediencia debida —enseña Bluntschli— no puede obligar jamás al funcionario a violar los principios superiores de la religión o de la moral, o a hacerse cómplice de un crimen. Los actos culpables jamás son de su deber».

Examinada así la situación del doctor Duque, frente a la orden de su superior, resulta injusto el cargo de indelicadeza insinuado en el fallo contra él, cuando se dice, con palabras tomadas de Bluntschli, que no le quedaba «otro camino honroso que el de la dimisión», en el momento en que ésta le fue solicitada, pues, en casos como el suyo, la renuencia del inferior a renunciar es actitud laudable en cuanto contribuye a dificultar o impedir procedimientos que considera indebidos.

ESTADO DE NECESIDAD

Lo que determinó la destitución del doctor Oscar Duque fue, pues, la desobediencia. No, como inexactamente se afirma en la sentencia, *confundiéndose el motivo determinante con el objeto o finalidad de la remoción,* «el interés o mejor servicio públicos, el pago de los trabajadores municipales en época especialisima del año, Navidad, cuya demora hubiera producido un funesto malestar social y cuyas consecuencias de orden público eran difíciles de prever, pues podia dar lugar a desórdenes graves».

Pero tampoco existe la posibilidad jurídica, no obstante aquellas circunstancias, de justificar el acto impugnado en la consideración de que el Alcalde de Medellin, para destituir al demandante, se hubiera visto en el llamado «estado de necesidad», que tiene por objeto inmediato la defensa de un derecho subjetivo privado, en la ciencia penal, y la de el interés público en el Derecho Administrativo. Y la razón es ésta: el «hecho necesitado» (destitución o remoción del doctor Oscar Duque para ser reemplazado por un Gerente que suscribiera, contra los fondos del Acueducto, los cheques destinados al pago de los empleados y trabajadores municipales) bien podía lograrse, con oportunidad y eficacia y en forma legal, con la simple declaración de insubsistencia del doctor Duque en sus funciones, como es lo usual, o expresándose la causa verdadera de su desinvestidura, es a saber la renuencia del mencionado funcionario a aceptar la medida que las circunstancias demandaban como única posible. ¿O es que el Alcalde de Medellín únicamente podía resolver las dificultades del momento por la renuncia, cierta o falsa, que presentara de su cargo el doctor Duque? ¿No se hallan acaso los Alcaldes investidos del poder discrecional para nombrar y remover a los empleados de la Administración Municipal libremente?

No hubo, por tanto, en el caso que se estudia, *estado de necesidad* justificativo del daño causado por el agente del servicio, consistente en atribuirle, al promotor de la acción, una renuncia *por él no presentada ni querida,* y no puede eximirse, en consecuencia, de responsabilidad a la Administración.

En vano la mayoría de la Sala afirma que «mantiene en su integridad» la doctrina tradicionalmente sostenida por el Consejo sobre la falsa motivación, como causal de nulidad de los actos administrativos, cuando, de otra parte, declara —para negar las súplicas de la demanda— que "en casos como el presente, si del examen de los hechos y de los motivos determinantes aparece que la Administración tuvo fundamentos suficientes para proceder en la forma en que lo hizo y en que no se lesiona el derecho del funcionario, debe mantenerse el acto administrativo, ya que la presunción de nulidad por falsa motivación admite prueba en contrario". Porque la verdad es, como se ha patentizado en el texto de este salvamento, que el superior jerárquico obró injustificablemente al remover al doctor Oscar Duque con base en el falso motivo de una renuncia inexistente; que a dicho funcionario se le causó un evidente perjuicio, como lo demuestra el hecho mismo de la acusación del acto de remoción por el interesado, y que, muy lejos de obrar en estas diligencias prueba alguna tendiente a desvirtuar la presunción de nulidad por falsa motivación, en los autos aparece plenamente comprobado que no hubo renuncia (falsedad de motivo declarado), y que la desobediencia que al actor se le atribuye, y que él reconoce, se originó en una orden ilegal (ineficacia del *motivo determinante).*

La sentencia de primer grado ha debido, pues, confirmarse, con la REFORMA de que la Alcaldía de Medellín no queda obligada a reintegrar al doctor Oscar Duque precisamente en las funciones de Gerente de

la Segunda Sección de Empresas Públicas del mencionado Municipio, sino que puede asignarle otro cargo de igual o mayor categoría, que el doctor Duque tendría el derecho de ejercer mientras no fuese removido legalmente, y en el sentido de suprimir del fallo apelado la expresa autorización que en él se le da al Tesoro Municipal correspondiente para repetir, en la persona del doctor Luis Eduardo Mejía, la suma que al doctor Duque hubiera de pagársele, por no estar la jurisdicción de lo contencioso administrativo facultada por la ley colombiana para pronunciarse sobre el derecho de repetición.

Dejamos así explicada nuestra inconformidad con la anterior sentencia, que, en nuestra opinión, constituye un sensible retroceso de la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia particularmente importante, especialmente vinculada a la seriedad y buen nombre de la Administración Pública, de una parte, y, de otra, a las garantías y derechos inherentes al status legal de los funcionarios y empleados públicos.

Jesús Estrada Monsalve, Alvaro Pineda de Castro, Antonio José Prieto. Luis E. Garcia V., Secretario.

ASUNTOS MUNICIPALES

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, octubre trece de mil novecientos cincuenta y tres.

(Consejero ponente: doctor Ildefonso Méndez).

CUESTION SUB-JUDICE

El doctor Armando L. Fuentes, como apoderado del señor Oscar S. Bermúdez, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 57 de la Ley 167 de 1941, pidió al Tribunal Administrativo de Santa Marta que hiciera las siguientes declaraciones:

«1.—Que es nulo el Decreto número 113 (diciembre 29 de 1949), expedido por la Alcaldía Municipal de Santa Marta, por el cual se declaran unas vacantes, en cuanto declara vacante el cargo de Tesorero Municipal de Santa Marta;

«2—Que es nulo el Decreto número 114 (diciembre 29 de 1949), por el cual se hacen unos nombramientos en cuanto nombra al señor José M. Conde Tesorero Municipal de Santa Marta;

«3—Que se ordene el restablecimiento del señor Oscar S. Bermúdez L. en el cargo que venía desempeñando de Tesorero Municipal de Santa Marta, y el reconocimiento de los sueldos que han dejado de pagársele desde la fecha en que fue reemplazado hasta que se verifique su restablecimiento».

Fundó su demanda en los siguientes hechos:

«*Primero.* El Concejo Municipal de Santa Marta designó Tesorero Municipal de este Municipio al señor Ascar S. Bermúdez L., en su sesión de fecha 16 de diciembre de 1948.

«*Segundo.* El señor Oscar S. Bermúdez L. se posesionó de este cargo el día 13 de enero de 1949.

«*Tercero.* Nuevamente el Concejo Municipal de Santa Marta eligió Tesorero Municipal al señor Oscar S. Bermúdez L. el día 3 de octubre de 1949.

«*Cuarto.* Como el Alcalde Municipal de Santa Marta se negara a dar posesión al señor Bermúdez del cargo para el que había sido nombrado, éste tomó posesión ante los testigos señores Enrique Estradas M. y Víctor Ponce M., el día 22 de octubre de 1949.

«*Quinto.* En la sesión del día 8 de noviembre de 1949 el Concejo de Santa Marta dispuso que "en caso de que por cualesquiera circunstancias el Concejo Municipal no pueda reunirse en sus sesiones ordinarias de diciembre de 1949, las personas que actualmente desempeñan los cargos de Contralor, Tesorero y Personero Municipales continuarán en el ejercicio de sus funciones en el período

que se inicia el primero de enero de 1950 y hasta la fecha en que el Concejo pueda reunirse para hacer las elecciones respectivas".

«*Sexto*. En la misma sesión el Concejo ratificó la elección hecha en el señor Oscar Bermúdez L. para el cargo de Tesorero de Santa Marta.

«*Séptimo*. El Alcalde Municipal de Santa Marta, por medio del Decreto número 113 (diciembre 29 de 1949), declaró la vacante del empleo de Tesorero que estaba ejerciendo el señor Oscar Bermúdez.

«*Octavo*. El Alcalde Municipal de Santa Marta, por medio del Decreto número 114 (diciembre 29 de 1949), nombró al señor José Manuel Conde Tesorero Municipal de Santa Marta en reemplazo del señor Oscar Bermúdez, quien ejercía el puesto.

«*Noveno*. El señor José Manuel Conde se posesionó del cargo de Tesorero de Santa Marta el día 16 de enero de 1950».

Alega:

1.—Que «el decreto del Alcalde de Santa Marta que destituyó al señor Oscar Bermúdez L. de Tesorero Municipal es violatorio de los artículos 279 del Código de Régimen Político y Municipal y 4º de la Ordenanza 22 de 1922, que fijan el período de los Tesoreros Municipales en un año. Es doctrina constante de las entidades contencioso-administrativas que un Tesorero Municipal no puede ser destituido dentro de un período; por ello es violatório de la ley que señala el término y la duración. Además, el artículo 282 ibidem determina que sólo cuando se ha conferido especial y expresamente por la ley a alguna entidad la facultad de remover algún empleado durante el período, puede tal entidad proceder a removerlo, y los Alcaldes no tienen tal facultad en lo que se refiere con los Tesoreros».

2.—Que «no vale el argumento de que la elección del señor Oscar Bermúdez L. había sido declarada nula por la jurisdicción contencioso-administrativa, porque esta nulidad se refiere a la elección del 16 de diciembre de 1948 y no a la verificada el 3 de octubre de 1949, y es en virtud de esta última elección, que no ha sido declarada nula y ni siquiera acusada, que el señor Oscar Bermúdez L. estaba ejerciendo el cargo, del cual había tomado nueva posesión, cuando fue removido por uno de los actos acusados».

3.—Que «Los Decretos acusados son, además, violatorios del Decreto Legislativo número 3944 de 14 de diciembre de 1949, cuyo artículo 2º facultó a los Alcaldes para convocar a los Concejos para elegir los funcionarios municipales cuya designación sea de cargo de los Cabildos, y dispuso que en los Municipios donde no se haga la convocatoria continuarán ejerciendo sus funciones los empleados designados por los Concejos para el período en curso. Sólo en el caso de producirse la vacante legalmente comprobada, pueden los Alcaldes nombrar interinos. Ya hemos visto que tal vacancia no se había producido legalmente en el caso del Tesorero de Santa Marta».

4.—Que «aun en la hipótesis que la vacante del Tesorero se hubiera producido legalmente, el Decreto 114 expedido por el Alcalde de Santa Marta es nulo por cuanto designó Tesorero Municipal al ciudadano conservador señor José Manuel Conde. En efecto, el Decreto Legislativo citado dispone que las ternas que deben pasar los respectivos Gobernadores para que los Alcaldes nombren interinamente funcionarios municipales cuya designación sea de cargo de los cabildos, deben ser integradas por ciudadanos pertenecientes a la filiación política del partido que haya obtenido la mayoría en las últimas elecciones de concejales, y este partido fue el liberal».

5.—Que «el Decreto legislativo mencionado dice expresamente que las ternas a que me vengo refiriendo deben ser integradas con ciudadanos de filiación política idéntica a la del partido mayoritario del Concejo, y las ternas que pasó el Gobernador y sirvieron de base al Alcalde para hacer los nombramientos del Decreto 114, están integradas en forma mixta, es decir, con ciudadanos pertenecientes a los dos partidos que se encuentran en mayoría y minoría dentro del Cabildo de Santa Marta».

6.—Que «el Alcalde de Santa Marta, al designar por el Decreto 114 funcionarios municipales sin expresar que lo hace con carácter de interinidad, viola también el Decreto del señor Presidente de la República, que sólo le permite hacer tales nombramientos con este carácter cuando se produce legalmente la vacante».

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santa Marta acepta las súplicas de la demanda, de acuerdo con la vista de su Fiscal, la cual transcribe, y que en sus apartes principales dice:

«Por el Decreto número 113 de 29 de diciembre del año próximo pasado, se declaró la vacante de los empleados de Tesorero, Personero y Contralor Municipales, y se pidió al Gobernador ternas para la provisión de los cargos.

«Por el Decreto número 114 de 29 de diciembre del año próximo pasado, de las ternas enviadas por el Gobernador fueron escogidos para Personero el señor José Cotes C., para Tesorero, José Manuel Conde, y para Contralor, el señor Manuel Polonio Vives.

«Para la elaboración de los mencionados decretos se fundó el señor Alcalde en el Decreto número 3944 de 14 de diciembre de 1949, que autoriza a los Alcaldes, previa aprobación del Gobernador, para convocar a los respectivos Concejos a fin de hacer la designación de los Personeros, Tesoreros, Contralores y demás funcionarios cuyo nombramiento corresponda a los Cabildos. También tuvo su basamento en que el honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 23 de junio de 1949, confirmada por el Consejo de Estado, declaró nula la elección de Tesorero, Personero y Contralor de este Municipio.

«El citado Decreto número 3944 de 14 de diciembre de 149, dispuso, además, que en aquellos lugares donde no fuere posible la convocatoria, continuarían ejerciendo sus funciones los empleados designados por los Concejos para el período en curso, y que en aquellos en que ocurriere la vacante de éllos, legalmente comprobada y aprobada por los Gobernadores, los Alcaldes podrían nombrar interinos de ternas dadas por aquéllos, pero que la elección debía recaer en persona de la misma filiación política que la que ejercía las funciones respectivas.

«Por el 2º considerando del Decreto número 113 en cita, se tiene:

"Que en relación con este Municipio, no es conveniente la convocatoria del Concejo Municipal, por exigirlo así razones de orden público".

«No se convocó el Concejo como queda dicho, para la elección de Tesorero, Personero y Contralor y demás empleados cuya designación corresponde al Cabildo, luego debieron continuar en sus cargos, en el ejercicio de las correspondientes funciones, los empleados designados para el periodo en curso, que fue de 1º de enero a 31 de diciembre de 1949 y, sólo en caso de vacante com-

probada y aprobada por el Gobernador podía nombrar el Alcalde interinos de ternas enviadas por éste, escogiendo para la designación a un individuo de la misma filiación política del que estaba.

«Como se dijo, el Decreto número 113 susodicho, para declarar la vacante, se fundó en la sentencia del Tribunal Contencioso confirmada por el Consejo de Estado, pero con todo y ella, así que fue conocida por la corporación edilicia, ésta procedió a nueva elección en los mismos individuos que desempeñaban los cargos de Tesorero, Personero y Contralor Municipales, acto que no ha sido anulado y que, por consiguiente, conserva su vigencia, porque está respaldado por la presunción legal de que los actos de las corporaciones y empleados públicos concentran la verdad legal hasta no se demuestre lo contrario.

«Fue evidente que la elección recaída en los expresados empleados, hecha el 16 de diciembre de 1948, fue declarada nula, por algunas deficiencias probatorias, mas no puede decirse lo propio respecto de la verificada el 3 de octubre de 1949, porque no ha sido acusada la elección y mal podía inferirse que sobre aviso, la corporación municipal incurriera en las mismas fallas. En consecuencia con esta tesis, puede verse el artículo 99 de la Ley 167 de 1941, que dice:

"Artículo 99. 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".

«Sería improcedente e ilegal dar por aceptado que la nueva elección adolezca de los mismos vicios de la primera, luego que con posterioridad a la sentencia han podido desaparecer los fundamentos legales de la anulación, cosa que debe demostrarse para acabar con la reproducción del acto si conserva la misma esencia.

«Una ligera comparación entre la fecha del acta en que se eligió por el Concejo, el 3 de octubre de 1949, Tesorero al señor Oscar S. Bermúdez L., o con la posesión de éste, ante dos testigos, porque el Alcalde no quiso dársela, y la de la fecha del Decreto número 113, expresado, demuestra que el cargo de Tesorero no estaba vacante ni abandonado a la sazón, para proveerlo el señor Alcalde contrariando lo dispuesto por el Decreto número 3944 de 14 de diciembre de 1949.

«Cuanto al Decreto número 114 de 29 de diciembre de 1949 acusado de nulidad, en su primer considerando se expresa que en virtud de lo contenido en el Decreto número 113 de 29 de diciembre de 1949, se declaró la vacante de los puestos de Tesorero, Personero y Contralor. Este considerando dice:

"1º—Que por la Gobernación de este Departamento se aceptó y se le dio aprobación al Decreto numero 133 (sic) de esta misma fecha, por el cual se declara la vacante de los cargos de Personero, Tesorero y Contralor de este Municipio".

«Por su segundo considerando, se apoya el Decreto número 114 mencionado en los Decretos números 522, de 29 de diciembre de 1949 y en el Decreto número 3944 de 14 de diciembre del mismo año, para nombrar Personero, Contralor y Tesorero Municipales de las ternas escogidas por el Gobernador.

«El Decreto número 114 objeto de esta crítica, por ser engendro del 113, por vía de consecuencia, es nulo de acuerdo con todos los razonamientos legales que no hacen viable a este último

5.—Que «el Decreto legislativo mencionado dice expresamente que las ternas a que me vengo refiriendo deben ser integradas con ciudadanos de filiación política idéntica a la del partido mayoritario del Concejo, y las ternas que pasó el Gobernador y sirvieron de base al Alcalde para hacer los nombramientos del Decreto 114, están integradas en forma mixta, es decir, con ciudadanos pertenecientes a los dos partidos que se encuentran en mayoría y minoría dentro del Cabildo de Santa Marta».

6.—Que «el Alcalde de Santa Marta, al designar por el Decreto 114 funcionarios municipales sin expresar que lo hace con carácter de interinidad, viola también el Decreto del señor Presidente de la República, que sólo le permite hacer tales nombramientos con este carácter cuando se produce legalmente la vacante».

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santa Marta acepta las súplicas de la demanda, de acuerdo con la vista de su Fiscal, la cual transcribe, y que en sus apartes principales dice:

«Por el Decreto número 113 de 29 de diciembre del año próximo pasado, se declaró la vacante de los empleados de Tesorero, Personero y Contralor Municipales, y se pidió al Gobernador ternas para la provisión de los cargos.

«Por el Decreto número 114 de 29 de diciembre del año próximo pasado, de las ternas enviadas por el Gobernador fueron escogidos para Personero el señor José Cotes C., para Tesorero, José Manuel Conde, y para Contralor, el señor Manuel Polonio Vives.

«Para la elaboración de los mencionados decretos se fundó el señor Alcalde en el Decreto número 3944 de 14 de diciembre de 1949, que autoriza a los Alcaldes, previa aprobación del Gobernador, para convocar a los respectivos Concejos a fin de hacer la designación de los Personeros, Tesoreros, Contralores y demás funcionarios cuyo nombramiento corresponda a los Cabildos. También tuvo su basamento en que el honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 23 de junio de 1949, confirmada por el Consejo de Estado, declaró nula la elección de Tesorero, Personero y Contralor de este Municipio.

«El citado Decreto número 3944 de 14 de diciembre de 149, dispuso, además, que en aquellos lugares donde no fuere posible la convocatoria, continuarían ejerciendo sus funciones los empleados designados por los Concejos para el período en curso, y que en aquellos en que ocurriere la vacante de éllos, legalmente comprobada y aprobada por los Gobernadores, los Alcaldes podrían nombrar interinos de ternas dadas por aquéllos, pero que la elección debía recaer en persona de la misma filiación política que la que ejercía las funciones respectivas.

«Por el 2º considerando del Decreto número 113 en cita, se tiene:

"Que en relación con este Municipio, no es conveniente la convocatoria del Concejo Municipal, por exigirlo así razones de orden público".

«No se convocó el Concejo como queda dicho, para la elección de Tesorero, Personero y Contralor y demás empleados cuya designación corresponde al Cabildo, luego debieron continuar en sus cargos, en el ejercicio de las correspondientes funciones, los empleados designados para el período en curso, que fue de 1º de enero a 31 de diciembre de 1949 y, sólo en caso de vacante com-

probada y aprobada por el Gobernador podía nombrar el Alcalde interinos de ternas enviadas por éste, escogiendo para la designación a un individuo de la misma filiación política del que estaba.

«Como se dijo, el Decreto número 113 susodicho, para declarar la vacante, se fundó en la sentencia del Tribunal Contencioso confirmada por el Consejo de Estado, pero con todo y ella, así que fue conocida por la corporación edilicia, ésta procedió a nueva elección en los mismos individuos que desempeñaban los cargos de Tesorero, Personero y Contralor Municipales, acto que no ha sido anulado y que, por consiguiente, conserva su vigencia, porque está respaldado por la presunción legal de que los actos de las corporaciones y empleados públicos concentran la verdad legal hasta no se demuestre lo contrario.

«Fue evidente que la elección recaída en los expresados empleados, hecha el 16 de diciembre de 1948, fue declarada nula, por algunas deficiencias probatorias, mas no puede decirse lo propio respecto de la verificada el 3 de octubre de 1949, porque no ha sido acusada la elección y mal podía inferirse que sobre aviso, la corporación municipal incurriera en las mismas fallas. En consecuencia con esta tesis, puede verse el artículo 99 de la Ley 167 de 1941, que dice:

"Artículo 99. 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".

«Sería improcedente e ilegal dar por aceptado que la nueva elección adolezca de los mismos vicios de la primera, luego que con posterioridad a la sentencia han podido desaparecer los fundamentos legales de la anulación, cosa que debe demostrarse para acabar con la reproducción del acto si conserva la misma esencia.

«Una ligera comparación entre la fecha del acta en que se eligió por el Concejo, el 3 de octubre de 1949, Tesorero al señor Oscar S. Bermúdez L., o con la posesión de éste, ante dos testigos, porque el Alcalde no quiso dársela, y la de la fecha del Decreto número 113, expresado, demuestra que el cargo de Tesorero no estaba vacante ni abandonado a la sazón, para proveerlo el señor Alcalde contrariando lo dispuesto por el Decreto número 3944 de 14 de diciembre de 1949.

«Cuanto al Decreto número 114 de 29 de diciembre de 1949 acusado de nulidad, en su primer considerando se expresa que en virtud de lo contenido en el Decreto número 113 de 29 de diciembre de 1949, se declaró la vacante de los puestos de Tesorero, Personero y Contralor. Este considerando dice:

"1º—Que por la Gobernación de este Departamento se aceptó y se le dio aprobación al Decreto numero 133 (sic) de esta misma fecha, por el cual se declara la vacante de los cargos de Personero, Tesorero y Contralor de este Municipio".

«Por su segundo considerando, se apoya el Decreto número 114 mencionado en los Decretos números 522, de 29 de diciembre de 1949 y en el Decreto número 3944 de 14 de diciembre del mismo año, para nombrar Personero, Contralor y Tesorero Municipales de las ternas escogidas por el Gobernador.

«El Decreto número 114 objeto de esta crítica, por ser engendro del 113, por vía de consecuencia, es nulo de acuerdo con todos los razonamientos legales que no hacen viable a este último

Decreto, y, además, porque si en gracia de discusión lo fuera, que no lo es, seria violatorio directamente de la norma superior cuajada en el Decreto número 3944 de 14 de diciembre del año próximo pasado, por haberse escogido para Tesorero al señor José Manuel Conde, de filiación contraria a la del anterior, circunstancia que está acreditada, así como también la de que la mayoría del Cabildo corresponde al partido liberal.

«En los autos aparecen las pruebas pertinentes que sostienen los argumentos legales que se movilizan en esta vista.

«Las anteriores razones son suficientes para considerar que tanto el Decreto número 113 de 29 de diciembre de 1949 como el 114 de la misma fecha, mes y año, son violatorios del Decreto número 3944 de 14 de diciembre de 1949, y, que por tanto son ellas operantes para que se acceda a las peticiones del actor».

CONCEPTO DEL FISCAL DEL CONSEJO:

Este funcionario pide la nulidad de todo lo actuado en los términos siguientes:

«La Ley 167 de 1941, Código de lo Contencioso-Administrativo, Título III, Capítulo XV, artículo 124, dice: "en los juicios que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, *para los cuales no se señale un trámite especial en esta ley, regirán las disposiciones del presente capítulo, las cuales constituyen el procedimiento ordinario de lo contencioso administrativo*".

«La citada ley, en su Título IV "Juicios Especiales, Capítulo XX, De los juicios electorales", en su artículo 193 dispone: "Si la elección o designación de un funcionario o corporación se ha hecho mediante ternas, deberá acusarse la elección o designación misma y no el acto por medio del cual se formaron las ternas...".

«El artículo 209 ibidem, del mismo Capítulo, estatuye: "Toda demanda en relación con alguna de las acciones concedidas en los artículos anteriores, deberá presentarse ante la autoridad competente dentro del término de diez días hábiles a contar del siguiente al en que se verifica el acto por medio del cual la elección se declara. Dentro del mismo término deberá presentarse la demanda contra un nombramiento, y en tal caso los diez días se cuentan desde el siguiente a la fecha de la expedición de aquél".

«En el caso sub-júdice, el actor hizo una indebida acumulación de acciones, acudiendo al procedimiento ordinario para que se declarara no sólo la nulidad del Decreto número 113, que declara vacante un empleo, sino también del Decreto número 114, por medio del cual se hizo un nombramiento para el cargo de Tesorero de Santa Marta, hecho por el Alcalde de esa ciudad de ternas enviadas por la Gobernación, y que de conformidad con los artículos 193 y 209 atrás citados, la declaratoria de nulidad de este último acto tiene un procedimiento especial. (Capítulo XX —Juicios Electorales— Artículos 189 a 241, inclusive, del Código de lo Contencioso Administrativo).

«La declaración de nulidad del Decreto número 114, en cuanto designó empleados escogidos de ternas, no puede declararse por medio del procedimiento ordinario (Capítulo XV —Del Procedimiento Ordinario— Artículos 124 a 139 inclusive, del Código

Contencioso Administrativo), no sólo por el principio general contenido en el artículo 124, que dispone que por el procedimiento ordinario se tramitan los juicios que no tengan un trámite especial, sino también porque las ritualidades propias de cada juicio son de orden público, y cuando la ley señala determinado procedimiento a seguir, es inoperante la voluntad de las partes para escoger el trámite ordinario cuando el negocio tiene señalado un trámite especial, o viceversa.

«El artículo 282 del Código Contencioso Administrativo dispone: "Los vacíos en el procedimiento establecido en esta ley se llenarán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y de las leyes que lo adicionan y reforman, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

«La honorable Corte Suprema de Justicia, al comentar el artículo 209 del Código Judicial, que trata de la acumulación de acciones, ha dicho:

"Según el Código Judicial, es procedente una pluralidad de procesos dentro de una unidad de procedimiento. Requisito esencial y común a todas las figuras de acumulación, *es el que la sustanciación de las acciones sean susceptibles de hacerse bajo una misma cuerda, por seguirse el mismo procedimiento judicial,* y que los juicios se hallen en una misma instancia, salvo lo previsto por el artículo 400 de la obra citada". (Casación 30 de abril de 1937. *Gaceta Judicial,* Tomo XLI, página 114).

"El Código Judicial vigente, Ley 105 de 1931, sentó un principio general, respecto de la tramitación de los juicios, esencialmente distinto del que regía en el Código anterior, a saber: El contenido en el artículo 734 del Código Judicial actual dispone que el juicio ordinario se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario.

"Si antes de la legislación vigente toda súplica o demanda cabía dentro del juicio ordinario, hoy no tiene lugar la aplicación de este sistema, cuando la ley ha fijado una tramitación especial para seguir un juicio". (Casación, 17 de agosto de 1939. *G. J.* Tomo XLVIII - 465; Auto 31 de mayo de 1940. *G. J.* Tomo XLIX - 509; Auto 21 de junio de 1940. *G. J.* Tomo XLIX, 533).

«Ahora bien, la indebida acumulación de acciones hecha por el actor, en concepto de la Fiscalía, produce la nulidad de todo lo actuado por incompetencia de jurisdicción, como lo han sostenido la honorable Corte Suprema de Justicia y el honorable Consejo de Estado.

«La honorable Corte ha dicho:

"El derecho procesal es un derecho medio, de naturaleza instrumental, enclavado dentro del derecho público, y desenvuelto en estatutos de rigurosa observancia porque son de orden público, por virtud de su origen, de su materia y de sus efectos".

«En desarrollo del principio constitucional, la ley de procedimiento civil preceptuó que los juicios se dividen en ordinarios y especiales, y que los primeros son los que se someten a una tramitación común, cualquiera que sea la cuestión que se controvierta, y los segundos, los que se rigen por disposiciones que para determinados casos determina la ley. Como en el caso de autos el Tribunal ha debido rechazar la demanda no sólo por defectos de forma sino de fondo, la sentencia proferida carece de todo poder vinculatorio, pues fue dictada en contradicción de las nor-

mas jurídicas de la organización contencioso- administrativa, y tiene el aspecto de fallo pero no la naturaleza ni los efectos de la cosa juzgada.

«La nulidad anotada por la Fiscalía es de naturaleza absoluta y no tiene convalidación posible.

«Desde otro punto de vista, cómo en el presente negocio se ventila la nulidad de actos del Alcalde de Santa Marta, expedidos en uso de las atribuciones conferidas por los Decretos números 3590 y 3944 de 1949 del Gobierno Nacional, actos que fueron debidamente aprobados por el señor Gobernador del Magdalena, y esta Fiscalía, al entrar a estudiar negocios similares, es decir, en donde se ventilan igualmente la legalidad de actos de los Alcaldes expedidos en uso de las atribuciones que les fueron conferidas por el Gobierno Nacional por medio de los citados Decretos, y en concepto de este Despacho, existe nulidad de lo actuado también por "incompetencia de jurisdicción", ya que tales actos los considera nacionales, se permite acompañar a la presente vista, e igualmente como fundamento de ella, el concepto fiscal número 450, en donde se exponen los motivos y razonamientos para impetrar que sea declarada la nulidad anotada, pedimento que por este otro aspecto reitera en el presente negocio».

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO:

1. La acumulación indebida de acciones no genera la causal de nulidad por «incompetencia de jurisdicción». El hecho configura un vicio distinto: la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido.

2. La Ley 167 de 1941 consagra dos clases de acciones contenciosas: la de nulidad y la de plena jurisdicción. La primera tiene por objeto la anulación de los actos de la Administración dictados con violación, ya sea formal o sustancial, de los ordenamientos legales. La segunda comprende la anulación del acto, hecho u operación administrativa, como medio, y el restablecimiento del derecho del perjudicado, como fin; o simplemente, las indemnizaciones o prestaciones que le corresponden. De forma que en este contencioso el poder de decisión es más amplio, porque para restablecer el derecho subjetivo lesionado habrá que anular, reemplazar, modificar, o reformar la causa del daño. (Artículo 69 ibidem).

3. Un mismo acto administrativo puede originar el nacimiento de los dos recursos contenciosos. Así, por ejemplo, todo nombramiento —sea hecho directamente o mediante terna— causa la acción contencioso-electoral, que es pública, y la de plena jurisdicción, que sólo puede ser ejercitada por el perjudicado.

4. El demandante no ha accionado el contencioso-electoral sino expresamente el de plena jurisdicción, al pedir que se le restablezca en el cargo de Tesorero Municipal de Santa Marta, para el cual fue elegido por el Concejo de esa ciudad, previa declaratoria de nulidad —como medio— de los Decretos 113 y 114, del 29 de diciembre de 1949, de la Alcaldía de ese Distrito, por medio de los cuales, en su orden, se declaró la vacante del cargo de Tesorero, que venía desempeñando, y se nombró en su reemplazo al señor José M. Conde.

5. Los actos demandados son conexos por unidad de ideas, pues el segundo es producto del primero, por lo que era necesario acusar ambos, para la viabilidad de la demanda.

6. No ha habido, pues, acumulación indebida de acciones.

7. Tampoco se acepta la ocurrencia del segundo fundamento de nulidad alegado por el Fiscal, por las razones dadas por el Consejo en numerosos fallos precedentes.

No es, pues, del caso declarar la nulidad propuesta, y se entra a resolver el fondo de la demanda, así:

El Consejo encuentra jurídico el fallo de primera instancia, a excepción de la parte referente al restablecimiento del derecho del actor;

1.—Porque el artículo 2º del Decreto extraordinario número 1627 de 1952 dispone:

> «Todos los empleados o funcionarios cuyo nombramiento corresponda a los Concejos Municipales, o los representantes de éstos en juntas o institutos o empresas oficiales o semioficiales o donde tengan interés las entidades municipales, y cuyo período se haya o esté vencido, o que se hayan producido las vacantes por cualquier causa, serán nombrados interinamente por los Alcaldes, con la aprobación del Gobernador del Departamento».

2.—Porque únicamente debe condenarse por los perjuicios materiales efectivos, pues si bien es cierto que jurisprudencialmente el Consejo acepta que hay que presumir que el demandante ha sufrido perjuicios en cuantía igual a la que esperaba percibir de sus sueldos y complementarios, ya que su remoción en el cargo que venía desempeñando implica para él un daño real que no requiere demostración —daño que es determinable en su cuantía con los extremos conocidos del sueldo y el término en que ha estado cesante—, ello no puede significar que este desplazamiento de la carga probatoria pueda llegar al extremo de producir un enriquecimiento injusto en favor de quien, como es obvio, ha podido en ese lapso obtener beneficios económicos con la aplicación de su energía de trabajo al servicio de entidades públicas o personas privadas, por lo que tal presunción no puede privar a la Administración del derecho de destruirla, demostrando que los perjuicios no fueron sufridos o lo fueron en una cuantía menor a la que resulta del cómputo aritmético referido. Luego deben descontarse esos valores en la forma que en la parte resolutiva de esta sentencia se establece.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, en desacuerdo con su colaborador fiscal y con las observaciones del ponente consignadas por separado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REFORMA la sentencia apelada, así:

1. Son nulos los Decretos 113 y 114 de 29 de diciembre de 1949, dictados por la Alcaldía Municipal de Santa Marta.

2. Ordénase a las autoridades correspondientes la restitución del señor Oscar S. Bermúdez en el cargo de Tesorero Municipal de Santa Marta, a menos que la Alcaldía hubiera hecho tal nombramiento con base en la facultad que le confirió el artículo 2º del Decreto extraordinario número 1627 de 1952; y el pago de todos los sueldos dejados por él de devengar desde el día que fue destituido hasta cuando se efectúe el restablecimiento o hasta la fecha en que el cargo se hubiera provisto legalmente, previo descuento —si a ello hubiere lugar— de lo que se le probare haber recibido en ese lapso como empleado particular o por asignaciones oficiales, con excepción de las obtenidas en forma compatible con la Constitución y leyes, de conformidad con la motivación de esta providencia.

3. Los ordenamientos anteriores deben cumplirse dentro del término prescrito por el artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo. Revalídese el papel común usado en la actuación.

Comuníquese, cópiese y devuélvase.

Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño—Luis E. García V., Secretario.

OBSERVACIONES DEL CONSEJERO PONENTE

Considero que en el juicio la condena pecuniaria ha debido limitarse a la orden de pagar los sueldos dejados de percibir por el demandante en el lapso en que hubiera podido presumiblemente obtener el restablecimiento al cargo que desempeñaba, si hubiera solicitado la suspensión provisional del acto acusado —recurso que era viable porque se trata de un caso en que se violaron ostensiblemente normas superiores—, pues en mi concepto, no se tiene derecho a reclamar perjuicios que se derivan de un error de conducta o de la inejecución calculada, como es probable, de una iniciativa que estaba en manos del lesionado ejercitar para hacer cesar el daño.

A esta conclusión he llegado después de relacionar la analógica situación que encuadra el caso con los siguientes principios que informan la doctrina del derecho, la legislación positiva y nuestra jurisprudencia:

a) El artículo 2357 del Código Civil reza:

> «La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente».

b) Entre los actos generadores de responsabilidad existe el negativo, que consiste en la inejecución de un acto o en la falta de una iniciativa a la que se está obligado.

c) Los derechos reconocidos por las leyes al individuo, miran primordialmente al interés público, de manera que al ser ejercitados en forma reñida con ese interés, ya por llevarlos en su ejercicio más allá de lo exigido por la propia necesidad, o por desviarlos de su finalidad estricta y efectiva, no pueden tener amparo legal en cuanto ese exceso o desvío lesione y perjudique.

d) La Constitución Política, en su artículo 93, reza:

> «La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración por motivos y con los requisitos que establezca la ley».

En desarrollo de esa facultad, el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo consagró el recurso, y el 98 los casos en que no tiene cabida, en los siguientes términos:

> «Artículo 94.—El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden suspender los efectos de un acto o providencia, mediante las siguientes reglas:
>
> «1ª—Que la suspensión sea necesaria para *evitar un perjuicio notoriamente grave.*
>
> «Si la acción es la de nulidad, basta que haya manifiesta violación de una norma positiva de derecho.

«Si la acción ejercitada es distinta a la simple nulidad del acto, debe aparecer comprobado, aunque sea sumariamente, el agravio que sufre quien promueva la demanda.

«2ª—Que la medida se solicite de modo expreso, en el libelo de demanda o por escrito separado antes de dictarse el auto admisorio de aquélla.

«3ª—Que la suspensión no esté prohibida por la ley.

«Artículo 98.—No habrá lugar a suspensión povisional en los siguientes casos:

«1º—En los juicios electorales de que trata el Capitulo XX de esta Ley;

«2º—En las acciones referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal militar o en el ramo educativo;

«3º—En las acciones sobre monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasas, cuando no se trata de un acto de carácter general creador o regulador del tributo;

«4º—Cuando la acción principal está prescrita;

«5º—Cuando la ley expresamente lo dispone».

e) El recurso debe considerarse que no está instituido únicamente para evitarles perjuicios a los administrados sino también indirectamente al Estado, tanto más cuanto que el principio que informa el Derecho Administrativo no es de igualdad sino de prevalencia en la Administración.

f) Es regla de hermenéutica que la ley debe interpretarse en el sentido que produzca efecto, y no lo tendría si al accionar o nó la suspensión provisional careciera de consecuencias para el demandante en los juicios de plena jurisdicción que conllevan condenación pecuniaria a cargo del Estado, pues sería necio pensar que haya alguien que esgrima un recurso cuyo ejercicio le disminuye sus prestaciones correspondientes cuando su no uso las acrecienta. Esto no quiere decir que el recurso sea obligatorio, sino que el demandante tiene la *carga procesal* de ejercitarlo, lo que es bien distinto, y que si no lo hace, no puede pretender el pago de los daños que ha podido sufrir por esta causa, ya que las propias omisiones o culpas no pueden ser fuente de provecho personal; y porque de no ser así se llegaría a la solución injusta de una condena por perjuicios que el demandante ha podido hacer cesar mediante el empleo de un medio brindado por la ley.

La tesis expuesta tiene amplio cobijo doctrinario jurisprudencial:

Josserand demostró que no sólo es acto abusivo aquel que extralimita el derecho, y que para encuadrarlo debidamente, hay que contemplarlo desde la doble acepción del derecho, a saber: la juridicidad, o sea la de conjunto de reglas sociales; y la de prerrogativa determinada, esto es, la de poder o facultad que concede al individuo el ordenamiento jurídico como medio para la satisfacción de sus intereses humanos particulares. Colocándose, pues, en el vértice de este ángulo, se ve por qué un mismo acto puede a la vez ser conforme a determinado derecho y contrario al derecho considerado en su generalidad y en su objetividad. Dice el Profesor: "El acto abusivo es sencillamente el que realizado en virtud de un derecho subjetivo, cuyos limites han sido respetados, es, sin embargo, contrario al conjunto del derecho, considerado como un cuerpo de reglas sociales obligatorias". (Relatividad y Abuso de los Derechos).

A. Valencia Zea, en su libro "Curso de Derecho Civil Colombiano", Tomo VI, De lás Obligaciones, a la página 329, número 448, expone:

«Pero es necesario tener en cuenta que un gran número de derechos implican a la vez deberes; por tanto, el no ejercicio oportuno de un derecho puede constituir abuso y generar la obligación de reparar el perjuicio. Lo cual indica que así como en materia de responsabilidad extra-contractual no sólo la culpa positiva genera la obligación de reparar el daño causado, sino también la simple omisión o culpa negativa, así también en esta materia cabe contemplarse al lado del ejercicio positivo de un derecho que constituye abuso, el ejercicio negativo, es decir, la omisión en el oportuno ejercicio que causa daños y obliga a repararlos».

Hernando Morales M., en su «Curso de Derecho Procesal», con el respaldo de numerosos doctrinantes, dice:

«Las cargas procesales consisten en la necesidad de obrar para evitar un perjuicio. En el derecho procesal no existen obligaciones ni deberes. Fundamentar la demanda, probar, comparecer, contestar, son simples *cargas*.

. . . . . .

«En el proceso rige el principio de que la ocasión obliga. La más elemental conveniencia impide dejar pasar la oportunidad o coyuntura al objeto de prevenir su pérdida. A esto se debe el que la oportunidad de evitar un perjuicio procesal o de obtener una sentencia favorable, mediante un acto de parte, imponga a ésta en su interés la *carga* de realizarlo, aun en el supuesto de que el acto no prometa *seguramente una ventaja*».

La Corte Suprema de Justicia:

«Como fuentes de la responsabilidad civil, existen cuatro clases de actos genéricos: a) El ilegal, que es intrinsecamente incorrecto, puesto que viola un mandato o una prohibición del derecho. Constituye una intolerable intromisión en el derecho ajeno, y acarrea, como consecuencia sustantiva, un deber de indemnizar; b) El abusivo. No es ilícito por el hecho de su ejercicio sino por la circunstancia del fin para el cual se realizó. Ese acto se presenta como la práctica de un derecho, pero en manera alguna como la negación o extralimitación de éste. El ejercicio abusivo de un derecho, esto es, en un sentido contrario a su destinación económica y social, deriva una sanción por el daño causado siempre que aparezca netamente caracterizada por una culpa en la ejecución, o un error abusivo en la técnica, o un contrasentido jurídico cualquiera, mediante los cuales, sin necesidad de que hayan violado la letra misma de la ley, esos actos se revelen como constitutivos de un desvío del derecho que choca con su espíritu; c) El negativo (distinto de la omisión en el acto ilegal). Consiste en la inejecución de ciertas obligaciones positivas impuestas en favor del público a determinadas personas o empresas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos; d) El de riesgo o excesivo. Este se encamina a que responda del daño que traiga tras si su acto el que lo haya ejecutado con la necesaria previsión y prudencia y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso. Se sustituye completamente por el objetivo el criterio subjetivo. La reparación del daño se basa entonces en la idea de que quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias de su realización, cuando perjudican a otro, abstracción hecha de toda culpa cometida. (Casación, agosto 5 de 1937. *Gaceta Judicial* número 1927, página 420».

. . . . . .

«La teoría del abuso del derecho o, más ceñidamente, la posibilidad de que su uso por excesivo o desviado justifique demanda de indeninización de los perjuicios consiguientes a ese exceso o desvío, está admitida y sostenida por esta Sala uniformemente en repetidas sentencias, al punto de constituir doctrina jurisprudencial».

. . . . . .

«Así se preludiaba lo que han expuesto uniforme y reiteradamente las sentencias de esta Sala relacionadas con esta tesis, a partir de 1935. Según ella, el derecho reconocido o conferido por las leyes al individuo, mira ante todo al bien social y al interés público; de suerte que al ejercitarlo el individuo en forma reñida con ese interés público, con ese bien social, ya por llevarlo en su ejercicio más allá de lo señalado por su propia seguridad y conveniencia, ya al desviarlo de su finalidad escricta y efectiva, no puede ampararse con la máxima *nemo laedit*, porque con ese exceso o desvío, si lesiona, si perjudica, si daña». (Casación, 7 de marzo de 1944, *Gaceta Judicial* número 2006, página 76).

Bogotá, 13 de octubre de 1953.

Ildefonso Méndez.

ASUNTOS MUNICIPALES

(Consejero ponente: doctor Ildefonso Méndez).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, noviembre seis de mil novecientos cincuenta y tres.

Por recurso de apelación interpuesto oportunamente por el Personero Municipal de Bogotá, procede revisar la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 5 de octubre de 1951, en el juicio seguido por el señor Régulo Pérez Acero, por medio de apoderado, para que se condene al referido Municipio a pagarle una indemnización por haberle ocupado, al ampliar una vía pública, un terreno de su propiedad. La sentencia está concebida en su parte resolutiva de este modo:

«Con base en las consideraciones expuestas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

«FALLA:

«Condénase al Municipio de Bogotá a pagar al señor Régulo Pérez Acero la suma de diez mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 10.457.50). La expresada cantidad debe pagarse al demandante, tan pronto como quede ejecutoriado este fallo.

«Parágrafo. Para obtener este pago deberá el demandante otorgar a favor del Municipio de Bogotá la respectiva escritura, para que sirva a éste a título de dominio sobre la referida zona.

«Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese con el honorable Consejo de Estado (artículo 134 del Código Contencioso Administrativo)».

Al juicio se le dio, en esta instancia, la tramitación correspondiente, y como no se observa causal alguna de nulidad, procede fallarlo, lo que se hace mediante las siguientes consideraciones:

El señor Agente del Ministerio Público es de parecer que debe confirmarse la providencia apelada, por cuanto "las conclusiones de la sentencia están bien aducidas en derecho, puesto que se hallan debidamente acreditados los elementos axiológicos de la indemnización por trabajos públicos que se reclaman".

En los autos se halla acreditado:

a) Que según escritura pública número 4882, corrida el 5 de agosto de 1948, en la Notaría 2ª de este Circuito Notarial, debidamente registrada, el señor Pérez Acero es propietario de un lote de terreno situado

es la esquina noroccidental de la calle 16 con la carrera 14 o Avenida Caracas, de esta ciudad.

b) Que el Departamento de Control de Obras Públicas del Municipio de Bogotá concedió al señor Pérez Acero la licencia número 4684 de 1948, para construir en su predio, ciñéndose a la demarcación hecha por ese Departamento, número 39-89, del mismo año.

c) Que el señor Pérez Acero, con base en estas autorizaciones, construyó a sus expensas una edificación, la cual terminó, según recibo número 623, expedido por el referido Departamento del Municipio, el 23 de febrero de 1949.

d) Que el Municipio de Bogotá, una vez concluida la construcción, ocupó, para ampliar la vía pública, 56 varas cuadradas con 625 milésimos de vara cuadrada, de la propiedad del señor Pérez Acero.

e) Que al solicitar Pérez Acero el pago de la faja de terreno ocupada por el Municipio de Bogotá, el Alcalde dispuso su pago; pero de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo número 44 de 1948, que establece que el valor de las zonas de terreno ocupadas por el Municipio para ensanche, apertura de vías, etc., sólo será cancelado al cobrar éste cualquier suma que llegue a gravarlos, por razón del impuesto de valorización que se cause por estos conceptos.

f) Que el precio de la faja de terreno ocupada por el Municipio de Bogotá al señor Pérez Acero fue valorada en $ 12.457.50, por el dictamen pericial que obra a folio 13 del cuaderno de pruebas del actor, rendido por los doctores Guerra Galindo y Arturo Valencia Zea, quienes asignaron un valor de $ 200.00 a la vara cuadrada.

g) Que según la misma peritación, el inmueble del señor Pérez Acero ha obtenido con la ampliación de la vía una valorización de $ 2.000.00.

Estos hechos configuran la llamada expropiación *de facto*, en la cual la Administración procede a ejecutarla con fines de utilidad pública, pero con pretermisión de las normas legales, en contraposición con la denominada expropiación *de jure*. Esta modalidad también determina la competencia de los Tribunales para conocer de la acción, correspondiendo en el primero de los casos a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, en el segundo, a la ordinaria.

Tres elementos necesarios caracterizan los trabajos públicos:

1. Que éstos sean ejecutados por cuenta de la Nación, los Departamentos o los Municipios, y, en general, por entidad oficial, ya sea directa o indirectamente;

2. Que la obra o trabajo se ejecute sobre inmuebles y no sobre muebles; y

3. Que el trabajo tenga una finalidad estrictamente pública o de interés social.

De las pruebas que obran en juicio, ya enumeradas, se deduce categóricamente que la ocupación efectuada por el Municipio de Bogotá en la zona de la propiedad inmueble del señor Pérez Acero se hizo con ocasión de un trabajo público.

Resta, pues, definir tres cuestiones: si tal ocupación da lugar a la indemnización por parte del Municipio de Bogotá; si el señor Pérez Acero está obligado a aceptar el pago de la faja de terreno en la forma determinada por el Acuerdo número 44 de 1948; y si la valorización asignada al predio por los peritos, por el ensanche de la vía al mandato del artículo 268 del Código de lo Contencioso Administrativo, excluye el pago del impuesto de valorización que por diversas leyes tiene derecho a cobrar el Municipio, no sólo por la ampliación de la vía, sino también por las demás obras anexas efectuadas.

1. El artículo 30 de la Constitución Política estatuye:

"..... ....

«La propiedad es una función social que implica obligaciones.

«Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

«Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. (Articulo 10, Acto legislativo número 1º de 1936)».

Como puede verse, esta norma constitucional consagra la indemnización para los casos de expropiación con fines de utilidad pública, y como se trata de un caso de esta naturaleza, ya que el Municipio de Bogotá ocupó un terreno de propiedad particular para el ensanchamiento de una vía pública, es lógico que se halle obligado a pagar a su propietario la correspondiente indemnización.

2. De conformidad con el Código Civil, la compensación sólo opera en créditos exigibles, y según el Código Fiscal, el peso colombiano es el único instrumento de pago que tiene poder liberatorio ilimitado; por lo tanto, el señor Pérez Acero no está obligado a someterse al referido Acuerdo.

3. Sería inequitativo que el Municipio de Bogotá cobrara el impuesto de valorización por el trabajo efectuado, hecha abstracción de la suma que en este juicio, por imperativo legal, se descuenta a título de valorización; mas también lo sería que con esa cantidad —la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00)— se cancelara la totalidad del impuesto debido, de ser éste de una cuantía superior, por lo que el Consejo estima que, en este supuesto, tal suma debe computársele sólo como buena cuenta del pago del supradicho impuesto.

Por lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su colaborador fiscal y de acuerdo con él, con la declaración hecha en la última consideración de la parte motiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia recurrida.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño—Luis E. García V., Secretario.

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

(Consejero ponente: doctor J. U. Múnera).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veinticinco de junio de mil novecientos cincuenta y dos.

El doctor Alfonso Tovar y Tovar, obrando en el carácter de apoderado de los señores Gentil Camacho y otros comerciantes de la ciudad de Neiva, demandó ante el Tribunal Administrativo de aquella ciudad la nulidad de los siguientes actos:

a) Artículos 1º a 8º y 10 y 11 de la Ordenanza número 6 de 29 de mayo de 1947, expedida por la honorable Asamblea Departamental del Huila, "pero únicamente en cuanto al monopolio departamental de la introducción y venta de vinos nacionales y extranjeros";

b) Artículo 17 del Decreto 313 de 24 de octubre de 1951, por medio del cual se reglamenta la citada Ordenanza, "en cuanto por él se somete a la aprobación del Gobierno Nacional el mismo Decreto, por desviación de lo ordenado en el Decreto ejecutivo número 3523 de 1949, artículo 2º";

c) Artículos 1º y 17 del Decreto 313 de 1951, ya citado, "en los cuales se fija la fecha en que debe empezar a regir el citado Decreto"; y

d) Artículos 1º, 3º y 7º a 17 del mismo Decreto 313 de 1951, "por el hecho de la declaración de nulidad de la Ordenanza número 6 de 29 de mayo de 1947, a que se refiere la primera declaración", esto es, como consecuencia de aquella anulación.

El doctor Tovar y Tovar solicitó también la suspensión provisional de los artículos acusados del Decreto 313, y el Tribunal la decretó en providencia de fecha 18 de marzo último, limitándose a lo relativo al monopolio de la introducción de vinos extranjeros, por lo cual el doctor Tovar y Tovar apeló de lo desfavorable, es decir, en cuanto no se extendió la suspensión a lo relativo a los vinos nacionales.

Por consiguiente, la decisión del Consejo habrá de concretarse a la cuestión de si —*prima facie*— es legal o no la adopción del monopolio de la introducción de vinos nacionales, hecha por la Administración Departamental del Huila.

Sobre el particular alega el demandante, en primer término, que de conformidad con el artículo 31 de la Constitución Nacional, los monopolios no pueden aplicarse antes de indemnizar plenamente a los individuos a quienes se priva del ejercicio de la industria de que se trate, y luégo, que de conformidad con el artículo 97 de la Ley 4ª de 1913, numeral 36, "lo que se puede monopolizar es la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, y, por tanto, no pueden quedar comprendidos en el monopolio los licores fermentados, como los vinos, máxime si se tiene en cuenta que con anterioridad a la vigencia de la Ley 4ª de 1913, el Decreto ejecutivo número 41 de 1909 excluyó del monopolio de la renta de licores los vinos extranjeros".

Y dijo el Tribunal:

«Por lo que concierne al monopolio de la introducción y venta en el Departamento de los vinos de producción nacional, la situación legal es diferente, por cuanto, si bien la Ley 84 de 1916 en su artículo 6º declaró libres "la producción y expendio de vinos de trece o menos grados centesimales de alcohol, procedentes de la fermentación del jugo de frutas, sin mezcla alguna de alcohol u otros licores destilados", tal precepto quedó expresamente derogado por mandato de la Ley 28 de 1919, cuyo artículo 1º es del siguiente tenor:

"Derógase el artículo 6º de la Ley 84 de 1916. Por consiguiente, los llamados vinos de producción nacional quedan comprendidos dentro de las disposiciones *que rigen los de la producción y expendio de licores nacionales*". (Se subraya).

«Bien se capta entonces que los llamados vinos de producción nacional, por virtud de una ley posterior a la 4ª de 1913, quedaron sometidos al régimen del monopolio establecido para los licores nacionales en general por el Decreto legislativo 41 de 1905, y por tanto ninguna violación ostensible de normas superiores puede haber en este aspecto por parte del Decreto 313 de 1951».

El Consejo considera:

Desde el momento mismo en que les fueron cedidas a los Departamentos las rentas de licores nacionales, degüello de ganado mayor y registro y anotación, por la Ley VIII de 1909 (numeración correspondiente a las leyes expedidas por la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa), tales entidades quedaron autorizadas para incluir en el monopolio los vinos de producción nacional. "La renta de licores nacionales —dijo el artículo 1º de dicha Ley— comprende aquellas que en la actualidad la constituyen. Respecto de los vinos de producción nacional, pueden los Departamentos declararlos incluidos o no en dicha renta".

Por consiguiente, el texto del numeral 36 del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913 no puede interpretarse en el sentido de revocar la autorización conferida anteriormente a los Departamentos respecto de los vinos nacionales, sino en el de la simple ratificación de la cesión de la renta principal, que era la de los licores destilados. De ahí que el legislador de 1919 se hubiera propuesto corregir el yerro cometido al adoptar el artículo 6º de la Ley 84 de 1916, que declaró libres la producción y expendio de vinos de trece ó menos grados centesimales, derogando aquella disposición y declarando que "por consiguiente los llamados vinos de producción nacional quedan comprendidos dentro de las disposiciones que rigen los de la producción y expendio de licores nacionales", a partir de la Ley VIII de 1909, agrega el Consejo.

Y lo dicho respecto del numeral 36 del artículo 97 de la Ley 4ª de 1913 es aplicable a las Leyes 12 y 78 de 1923, y 34 de 1925.

Luego no puede decirse que la Ordenanza y Decreto acusados en este juicio, en cuanto incluyen en el monopolio departamental de licores destilados los vinos de fabricación nacional, sean ostensiblemente contrarios a alguna norma superior de derecho.

Por lo que hace a la cuestión de la indemnización previa de los perjuicios que se causen a determinados comerciantes con el artículo monopolizado, no basta demandar la nulidad en acción privada o individual, en la que el demandante debe comprobar previamente que en su

carácter de comerciante en el artículo sufre perjuicio con la medida, y no haber sido indemnizado.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, CONFIRMA el auto recurrido, en la parte que fue materia de la alzada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Baudilio Galán Rodríguez, José Urbano Múnera, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Alvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto.—Luis E. García V., Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

(Consejero ponente: doctor Eduardo Piñeros y Piñeros)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos cincuenta y tres.

(Referencia: Expediente número 3457. Actos de los Gobernadores. Segunda instancia. Apelación de la sentencia de fecha 4 de febrero de 1953, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el juicio de nulidad de las resoluciones de la Gobernación que niegan la calidad de **bien oculto** de uno denunciado por el señor Jorge A. Ruiz Quijano. Apelación interpuesta por la parte demandante. Actor: Jorge A. Ruiz Quijano. Apoderado: doctor Domingo Arenas Serrano).

El apoderado del actor, con fecha 26 de febrero de 1951, haciendo uso del poder que le confiriera el señor Jorge A. Ruiz Quijano, demandó ante el Tribunal Administrativo de Santander, para que por éste, y previos los trámites legales, se hicieran las siguientes declaraciones:

«1—Que es nula la Resolución número siete (7), de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), de la Gobernación de Santander, en la cual se declara que "no es bien oculto el denunciado como tal por Jorge A. Ruiz Quijano, bien éste que consiste en un crédito a favor del Departamento de Santander por concepto de impuestos sobre consumo de cervezas", o sea el crédito de que trata la parte motiva de dicha Resolución.

«2—Que igualmente es nula la Resolución sin número de fecha veinte (20) de septiembre del mismo año, también de la Gobernación de Santander, por la cual se negó la reposición de la primera.

«3—Que son bienes ocultos del Departamento de Santander las sumas que éste tiene derecho de recibir de las entidades llamadas "Cerveceria Barranquilla y Bolivar S. A." y "Consorcio Bavaria S. A.", por concepto de impuesto sobre las ventas de cerveza de las marcas Aguila, Maltina y Costeña, a razón del cinco por ciento (5%) sobre el valor de las ventas hechas para el Departamento de Santander, desde el año de 1943 hasta el de mil novecientos cuarenta y ocho (1948)».

El Tribunal del conocimiento, después de agotada la tramitación de rigor, falló el negocio en la sentencia de la referencia, negando las súplicas impetradas.

Apelada la sentencia y concedido legalmente el recurso, vinieron los autos a esta Superioridad, en donde se le imprimió al asunto la tramitación propia de la segunda instancia, la que se halla agotada, debiendo

procederse en consecuencia a proferir el fallo que le ponga fin y revise lo resuelto por el Tribunal.

Se considera:

Tanto por imperativo legal como por orden lógico, es preciso analizar previamente el presupuesto procesal de la competencia del Tribunal fallador, pues si no la tuviera seria preciso declarar la nulidad de lo actuado desde su iniciación, ya que esta nulidad seria inallanable.

Dispone el articulo 34 del Código de lo Contencioso Administrativo, en su ordinal 6º, lo siguiente:

> «Articulo 34. Conoce privativamente y en una sola instancia el Consejo de Estado de los siguientes negocios:
>
> ... ...
>
> 6º) De las cuestiones respecto de la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales...»

Como puede observarse fácilmente, la ley no distingue si tales bienes, sobre los que debe recaer la decisión del Consejo, sean únicamente los nacionales, sino que habla de ellos genéricamente "de la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales".

De otro lado, se tiene que al tratar el mismo Código, en el Capitulo VI, "De las funciones de los Tribunales Administrativos", en parte alguna les asigna la competencia para conocer de las cuestiones respecto a la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales y que puedan pertenecer a los Departamentos o a los Municipios.

Pero aun cuando se considerara que la Ley 167 de 1941, en su articulo 34, ordinal 6º, no hubiera fijado la competencia positiva en el Consejo de toda clase de bienes ocultos, sino sólamente de los nacionales, no habiendo fijado la misma ley la competencia para conocer de esos asuntos en el orden departamental y municipal, también seria de la competencia del Consejo de Estado, por razón de la cláusula general establecida en el articulo 51 del Código, y que dice:

> «Articulo 51. Toda contención administrativa para la cual no se hubiera señalado regla particular de competencia en los articulos anteriores (funciones del Consejo) o en el titulo siguiente (funciones de los Tribunales), o en ley especial, *será decidido por el Consejo de Estado en una sola instancia*". (Subraya la Sala).

En la Ley 27 de 1935, "sobre bienes ocultos", se definen éstos, no solamente para los nacionales, sino también para los departamentales y municipales, diciendo que son "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 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".

Lo anterior quiere decir que ni por los Departamentos ni por los Municipios, en ordenanzas o acuerdos, pueden considerarse como bienes ocultos otros diferentes de los cobijados por la definición establecida en la ley. Y esta es la razón por la cual el legislador le dio *competencia privativa* al Consejo de Estado para decidir "en única instancia de la condición de ocultos que tuvieran los bienes denunciados como tales", sin distinguir a qué entidad de derecho público pertenecían.

En esta Ley se previene, en el ordinal d) del articulo 4º, sustitutivo del articulo 30 del Código Fiscal, respecto de los bienes nacionales, que: "Si el concepto del Ministerio fuere adverso al denunciante, le queda a éste el derecho de ocurrir a la vía contencioso-administrativa para que en jui-

cio contradictorio entre él y el Estado, se decida de la condición de oculto que tiene el bien". Lo cual no arguye en favor de la competencia de los Tribunales Administrativos, cuando los bienes no son nacionales, porque el término "vía contencioso-administrativa" es genérico, y la Ley posterior, 167 de 1941, señaló al Consejo de Estado como única entidad competente para conocer de estos juicios, cualesquiera que fueran las entidades públicas a que pertenecieran.

Es verdad que en ocasiones anteriores, estando en vigencia la Ley 130 de 1913, el Consejo de Estado conoció en segunda instancia de resoluciones emanadas de los Gobernadores de los Departamentos en que se decidía de la condición de ocultos que tuvieran los bienes denunciados como departamentales. Tal la sentencia de fecha 20 de septiembre de 1937, en que fue ponente el distinguido jurista doctor Carlos Lozano y Lozano (q. e. p. d.), y que confirmó una sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Pero las situaciones jurídicas de competencia al respecto en la Ley 130 de 1913 y en la Ley 167 de 1941 son fundamentalmente distintas.

En efecto:

En la Ley 130 de 1913 se decía:

> «Artículo 18. El Tribunal Supremo (hoy Consejo) conoce privativamente en una sola instancia de los asuntos siguientes:
>
> ... ...
>
> «h) De las cuestiones respecto a la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales, en los casos prescritos en el aparte f) del artículo 30 del Código Fiscal". Lo cual está diciendo claramente que se refería a la condición de ocultos de bienes nacionales.

Al señalar la expresada ley la competencia de los tribunales Administrativos, dijo en el artículo 42:

> ... ...
>
> «c) Las mismas que tiene señaladas el Tribunal Supremo en los partes... h) que era el que trataba de las decisiones acerca de la calidad de ocultos que tuvieran los bienes denunciados».

En cambio, en la Ley 167 de 1941, en el numeral 6º del artículo 34, se reprodujo el numeral h) del artículo 18 de la Ley 130, pero se suprimió la referencia al artículo 30 del Código Fiscal, lo cual demuestra que el legislador quiso extender la competencia del Consejo a las decisiones sobre toda clase de bienes ocultos.

Y en el Capítulo VI de la Ley 167 de 1941, nada se dijo sobre la competencia en asunto de bienes ocultos por los Tribunales Administrativos.

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA nulo todo lo actuado en el presente juicio a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Publíquese en los *Anales del Consejo.*

Ildefonso Méndez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño—Luis E. García V., Secretario.

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

(Consejero ponente: doctor Anzola Escobar).

(Ref.: Luis H. y Carlos Gómez & Cía. Ltda. demandan la nulidad del Decreto número 742 de 3 de agosto de 1949, expedido por la Gobernación de Caldas).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

La Asamblea del Departamento de Caldas, por medio de la Ordenanza número 171 de fecha 10 de enero de 1949, "por la cual se eleva el impuesto de tabaco y se dictan otras disposiciones", entre otras cosas dispuso:

«Artículo 1º—Fíjanse los siguientes impuestos sobre consumo de tabaco de producción nacional:

a) Cinco pesos con veinticinco centavos ($ 5.25) por cada kilogramo de cigarrillos cuyo precio de venta al detal no exceda de veinte centavos ($ 0.20) por cada cajetilla y el contenido de ésta no rebaje de 18 cigarrillos y que el peso de la gruesa no rebaje de kilos 2.750;

b) Seis pesos por cada kilogramo de cigarrillos cuyo precio de venta al detal sea superior a veinte centavos ($ 0.20) y no exceda de veinticinco centavos ($ 0.25) por cada cajetilla y ésta no rebaje de 18 cigarrillos y el peso de la gruesa no rebaje de kilos 2.950 gramos;

.....

Artículo 2º—Los cigarrillos cuyo precio de venta al detal no exceda de diez centavos por cajetilla y siempre que ésta contenga catorce o más cigarrillos, pagarán dos pesos con noventa centavos ($ 2.90) por cada kilogramo, siempre que la gruesa no pese menos de dos kilos.

Artículo 3º—Las demás clasificaciones no comprendidas en la presente Ordenanza pagarán los mismos impuestos que rigen en la actualidad. Asimismo queda autorizado el Gobierno para reglamentar la presente Ordenanza, llenar los vacíos que se puedan presentar, si no quedaren incorporados tipos de tabaco de producción nacional, de conformidad con su peso y precio de venta al detal».

Los anteriores ordenamientos dieron lugar al Decreto reglamentario expedido por la Gobernación número 742 de 13 de agosto del mismo año de 1949, "por el cual se fija el impuesto de tabaco para una marca de cigarrillos", del siguiente tenor:

«*El Gobernador del Departamento de Caldas,*

én uso de sus atribuciones legales, y *Considerando:* a) Que los cigarrillos marca *Virginia,* por razón del peso por gruesa, no quedaron comprendidos en el aparte a) del articulo 1º de la Ordenanza número 171 de 10 de enero de 1949; b) Que los cigarrillos de dicha marca se venden a un precio al detal mayor de diez centavos ($ 0.10) y sin exceder de veinte ($ 0.20) la cajetilla de diez y ocho (18) cigarrillos; c) Que el peso por gruesa de dichos cigarrillos es de dos kilos seiscientos gramos (2-600); d) Que el Gobierno, de acuerdo con el articulo 3º de la Ordenanza citada, está facultado para llenar los vacios que se puedan presentar, si no quedaren incorporados tipos de tabaco de producción nacional de conformidad con su peso y precio de venta al detal, *Decreta:* Articulo 1º Desde el dia 3 de agosto del corriente año los cigarrillos *Virginia* continuarán pagando un impuesto de cinco pesos veinticinco centavos ($ 5.25) por cada kilogramo. *Articulo* 2º Los Administradores Nacionales y Asentistas Recaudadores en la fecha indicada cobrarán el mayor impuesto que corresponde a esta marca de cigarrillos por razón de lo establecido en el articulo 1º de la Ordenanza 171 y este Decreto que la reglamenta. *Articulo* 3º Este Decreto rige desde la fecha. Comuniquese y cúmplase. Dado en Manizales, a los tres días del mes de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve. (Fdo.), *Cástor Jaramillo Arrubla,* Gobernador. (Fdo.) *Arcadio Naranjo B.,* Subgerente Secretario».

La sociedad comercial "Luis H. y Carlos Gómez & Cia. Ltda." de gerencia y representación legal en Manizales, por medio de su representante legal dio personeria al doctor Emilio Arias Mejia para que en demanda ante el Tribunal de lo Contencioso de Manizales solicitara la nulidad del anterior acto de la Gobernación y obtuviera asimismo el restablecimiento del derecho previa suspensión provisional del Decreto aludido.

En uso de la personeria que le fuera conferida, el señor apoderado, en libelo presentado oportunamente en la Secretaría del Tribunal, solicita que, con citación y audiencia del Ministerio Público, en la sentencia definitiva del juicio pertinente "se declare la nulidad del expresado Decreto de la Gobernación número 742 de 3 de agosto de 1949, por el cual se fija el impuesto de tabaco para una marca de cigarrillos, y asímismo se ordene el restablecimiento del derecho que se estima violado, en la fornia del gravamen adicional que se ha cobrado a la sociedad demandante y que se le cobre por el Departamento hasta dicho restablecimiento, por causa del Decreto a que se refiere esta demanda".

Como hechos sustentantes de la acción señala el señor apoderado:

«1º La Ordenanza número 171, expedida el dia 10 de enero de 1949 por la Asamblea del Departamento de Caldas, dispone en el ordinal a) de su articulo 1º lo siguiente:

«Fijanse los siguientes impuestos sobre consumo de tabaco de producción nacional:

"a) Cinco pesos con veinticinco centavos ($ 5.25) por cada kilogramo de cigarrillos cuyo precio de venta al detal no exceda de veinte centavos ($ 0.20) por cada cajetilla y ésta no rebaje de 18 cigarrillos y que el peso de la gruesa no rebaje de kilos 2.750".

«2º La misma Ordenanza número 171 manda en su articulo 3º que "las demás clasificaciones no comprendidas en la presente Ordenanza pagarán los mismos impuestos que rigen en la actualidad...».

«3º Esa misma Ordenanza, que empezó a regir el 3 de agosto de este año, pues fue publicada el 3 de febrero del mismo año, estableció —como se ve— un aumento de impuesto indirecto, y necesitaba un término de seis meses para que este impuesto pudiera hacerse efectivo, a contar desde la publicación en el periódico oficial del Departamento, conforme al artículo 204 de la actual recopilación constitucional (artículo 69 del Acto legislativo número 3 de 1910).

«4º El señor Gobernador del Departamento de Caldas, diciéndose facultado por el artículo 3º de la Ordenanza expresada, expidió con fecha 3 de agosto de este año (el mismo día en que empezaba a regir el aumento de impuesto decretado por la Ordenanza) el Decreto número 742, "por el cual se fija el impuesto de tabaco para una marca de cigarrillos", Decreto que tiene los siguientes considerandos:

"a) Que los cigarrillos marca *Virginia*, por razón del peso por gruesa, no quedaron comprendidos en el aparte a) del artículo 1º de la Ordenanza Nº 171 de 10 de enero de 1949;

"b) Que los cigarrillos de dicha marca se venden a un precio al detal mayor de diez centavos ($ 0.10) y sin exceder de veinte centavos ($ 0.20) la cajetilla de diez y ocho (18) cigarrillos;

"c) Que el peso por gruesa de dichos cigarrillos es de dos kilos seiscientos gramos (2.600)".

«5º El Decreto mencionado en el número anterior tiene la siguiente parte dispositiva:

«Artículo 1º Desde el día 3 de agosto del corriente año los cigarrillos *Virginia* continuarán pagando un impuesto de cinco pesos con veinticinco centavos ($ 5.25) por cada kilogramo.

«Artículo 2º Los Administradores Seccionales y Asentistas Recaudadores en la fecha indicada cobrarán el mayor impuesto que corresponde a esta marca de cigarrillos, por razón de lo establecido en el artículo 1º de la Ordenanza 171 y este Decreto que la reglamenta.

«Artículo 3º Este Decreto rige desde la fecha».

«6º Fundándose en lo anterior, el señor Administrador General de Rentas, en Circular número 22 de 5 de agosto pasado, dio instrucciones a los Administradores Seccionales y a los Asentistas Recaudadores de Rentas del Departamento para que cobraran como gravamen al consumo de cigarrillos *Virginia*... un sobreimpuesto de $ 2.15 por cada kilogramo, los que continuarán con un gravamen de $ 5.25.

«7º Este impuesto de $ 5.25 se está haciendo efectivo para los cigarrillos marca *Virginia* desde el día 3 de agosto de este año, fecha de la vigencia de la Ordenanza número 171 y la fijada para la vigencia y efectividad del Decreto número 742.

«8º Como se ve, el señor Gobernador acepta en el Decreto número 742 que los cigarrillos *Virginia*, por razón "del peso por gruesa no quedaron comprendidos en el aparte a) del artículo 1º de la Ordenanza número 171 de 10 de enero de 1949"; y esto porque cada gruesa de esta marca pesa solamente 2.600 gramos, en lugar de 2.750 gramos que fija la Ordenanza.

«9º Acepta también aquel alto funcionario, en el mismo Decreto, que el precio al detal de cada cajetilla de 18 cigarrilos de esa clase no excede de $ 0.20.

«10º Los dos hechos mencionados en los dos puntos anteriores son ciertos; pero también es evidente, por lo tanto, que los cigarrillos *Virginia* no quedaron comprendidos en las clasificaciones

enunciadas en el aparte a), ni en las del aparte b) del artículo 1º, ni en el artículo 2º de la citada Ordenanza.

«11º En virtud del Decreto número 742, que se puso en vigencia y en ejecución desde la misma fecha de su expedición, la Administración General de Rentas del Departamento envió la Circular número 22 de 5 de agosto de este año a los Administradores Seccionales de Rentas, ordenándoles hacer efectivo el sobreimpuesto de $ 2.15 por cada kilogramo de tabaco en cigarrillos *Virginia*. Y aunque sea anticipándome un poco en el orden de esta demanda, no dejo de hacer notar el contrasentido que implica poner en vigencia un Decreto que establece un impuesto desde su expedición, promulgarlo por medio de una circular enviada dos días después de esa fecha, para hacer efectivo el sobreimpuesto desde la fecha de la expedición mencionada.

«12º En virtud de la orden contenida en tal circular y con fundamento en el Decreto que estoy acusando de nulidad, los empleados de las rentas departamentales liquidaron el sobreimpuesto de cigarrillos de la marca *Virginia* a la tasa mencionada en el punto anterior, sobre las existencias que había en poder de la Sociedad que represento, y se ha seguido liquidando tal impuesto a razón de $ 5.25 por kilogramo, como lo dispone el mismo Decreto.

«13º La Sociedad que represento tiene la Agencia para el Departamento de Caldas de la marca de cigarrillos *Virginia*.

«14º Con las medidas de expedición, vigencia y ejecución del Decreto; con la circular de la Administración de Rentas que trata de promulgarlo, con la orden de cobro del sobreimpuesto y el pago de éste y con el cobro y pago posterior del impuesto aumentado por un Decreto sin base legal, se están causando graves perjuicios a la Sociedad que represento, como es obvio, pues debiendo pagar solamente, conforme a la Ordenanza anterior, un tributo de $ 3.10 por cada kilogramo, se les está obligando a pagar $ 5.25».

Como disposiciones violadas se citan las de los artículos 3º de la Ordenanza 171, de 10 de enero de 1949; 52 y 109 del Código de Régimen Político y Municipal; 43 y 204 de la Codificación Constitucional.

El concepto de violación de las normas anteriores se hace consistir, principalmente, en que el Decreto es nulo,

«Porque los cigarrillos de la marca *Virginia* están fuera de la clasificación de los apartes a) y b) del artículo 1º de la Ordenanza número 171 de 10 de enero de 1949, que fijan el gravamen a los cigarrillos de determinadas características...».

«Porque el artículo 3º del expresado mandato de la Asamblea del Departamento, en su primera parte, establece que "las demás clasificaciones no comprendidas en la presente Ordenanza pagarán los mismos impuestos que rigen en la actualidad...".

«Porque el artículo 3º de la Ordenanza consta de dos partes: la primera, como ya se vio anteriormente, expresa que los tipos de tabaco en cigarrillos de producción nacional, no incluidos en las clasificaciones de los artículos 1º y 2º, seguirían pagando el mismo impuesto que tenían con anterioridad a dicha Ordenanza; y la segunda parte contiene la autorización al Gobernador del Departamento para reglamentar la Ordenanza y para llenar los *vacíos*, en la forma como lo he transcrito en el punto anterior y como lo transcribe el Decreto. Según los términos de ese artículo, no existe vacío ninguno en cuanto se refiere a la marca de cigarrillos *Virginia*, porque éstos venían pagando al Departamento un impuesto conforme a la legislación anterior. No había, por lo tanto, ninguna materia en ese caso para llenar con el Decreto. No había

vacío. El Decreto no pudo apoyarse en la Ordenanza para ser expedido, y por lo tanto la viola ostensiblemente».

«Porque según el artículo 43 de la actual Recopilación constitucional (artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910) "en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones". Si estábamos y estamos en tiempo de paz, desde la expedición de la Ordenanza hasta ahora, la Asamblea en lo que se refiere al Departamento, podía imponer contribuciones, porque esa es facultad propia de dicha corporación, adscrita a ella exclusivamente».

«Porque suponiendo, por último, que el Decreto del Gobierno Departamental hubiera sido expedido con plenas facultades legales, lo que sí no podía hacer bajo ninguna norma es ponerlo a regir desde la fecha de su expedición y ejecutarlo también desde la misma fecha, es decir, sin haber sido conocida, por lo menos legalmente, por quienes deberían cumplirlo».

En el mismo capítulo de la demanda hace el señor apoderado distintas apreciaciones de derecho a las que en su oportunidad referirá la Sala sentenciadora. del Consejo, si fuere necesaria, su relación y crítica.

Vino aparejada la demanda de estos documentos:

a) Copia expedida por la Secretaría de Hacienda del Departamento de Caldas, del Decreto acusado número 742 de 3 de agosto de 1949;

b) Copia auténtica del mismo origen del Decreto número 733 de 30 de julio de 1949, de la Gobernación del Departamento, para que se tenga como prueba;

c) Certificación del Director de la Imprenta Departamental sobre que el Decreto 742 no se ha publicado en el periódico oficial del Departamento;

d) Un ejemplar debidamente autenticado del número 3927 de *Caldas* órgano oficial de los actos del Gobierno del Departamento de Caldas y que contiene la Ordenanza número 171 de 10 de enero de 1949 de la Asamblea Departamental de Caldas.

e) Copia autenticada de la Circular de 5 de agosto de 1949, dirigida por el Administrador General de Rentas a los Administradores Seccionales y Agentes Recaudadores de Rentas, sobre la ejecución del Decreto 742.

f) Certificación del Administrador Seccional de Rentas sobre el peso de la gruesa de cigarrillos *Virginia*, precio de la cajetilla y el contenido de ésta en unidades de cigarrillos y sobre lo que pagó en sobreimpuesto la firma demandante, sobre la existencia de cigarrillos de esa marca al ponerse en vigencia el Decreto, y sobre que la misma firma tiene la agencia de esos cigarrillos; y

g) El memorial-poder con que obra el apoderado de la parte actora.

En el mismo libelo solicitó el doctor Arias Mejía la suspensión provisional del acto acusado, la que fue dispuesta por el Tribunal en proveído que en su oportunidad confirmó la Sala sentenciadora del Consejo a términos de la providencia visible a folios 28 y siguientes del cuaderno principal.

Admitida la demanda, libradas las comunicaciones del caso y notificado el señor Gobernador del Departamento, entidad que se constituyó en parte opositora, recibió la primera instancia el trámite adecuado, que vino a culminar con la sentencia del Tribunal, fechada el 27 de agosto del año pasado, del siguiente tenor resolutivo:

«1º Se declara nulo el Decreto número 742 del 3 de agosto de 1949, expedido por la Gobernación del Departamento de Caldas, por medio del cual se fija el impuesto para una marca de cigarrillos.

«2º Como consecuencia de la declaratoria anterior el Departamento de Caldas queda obligado a devolver a los señores Luis H. y Carlos Gómez y Cia. Ltda., de esta ciudad *o a quien legalmente los represente,* dentro de los seis dias siguientes a la ejecutoria del presente fallo, la cantidad de cuatrocientos trece pesos veintitrés centavos ($ 413.23) cobrados por concepto del mayor impuesto de que se hizo mención en la parte motiva de este fallo, desde la vigencia del decreto que se anula hasta el 7 de septiembre de 1949.

«3º Asimismo se ordena la devolución o reintegro de las sumas cobradas por el mismo concepto a partir del 7 de septiembre de 1949 hasta la fecha en que se hubiere dado cumplimiento al auto de suspensión provisional, por parte del Gobierno Departamental, o sea la cantidad de dos pesos quince centavos ($ 2.15) por cada kilogramo de cigarrillos *Virginia* que equivale a la diferencia entre tres pesos diez centavos ($ 3.10) que se venia cobrando y cinco veinticinco señalados en el decreto anulado».

Notificado el proveido, el señor apoderado del Departamento interpuso para ante el Consejo el recurso de apelación, que legalmente concedido y debidamente tramitado en esta Superioridad, es la oportunidad de resolverlo, en firme como se halla el auto que citó a las partes para sentencia.

LA PRIMERA INSTANCIA

El señor Fiscal del Tribunal se pronuncia en favor de las súplicas de la demanda sobre la base de estas consideraciones:

«Primero. "En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones". (Articulo 43 de la Codificación Nacional).

«Segundo. La Asamblea de Caldas, por medio de la Ordenanza número 171 de 1949, en los artículos 1º y 2º, elevó el impuesto sobre consumo de tabaco de producción nacional con relación a los cigarrillos, teniendo en cuenta para ello el peso y precio de los mismos.

«Y en el articulo 3º dispuso que "Las demás clasificaciones no comprendidas en la presente Ordenanza pagarán los mismos impuestos que rigen en la actualidad ...".

«Tercero. Conforme a la certificación expedida por la Administración Seccional de Rentas del Departamento (folio 8 vuelto), por razón del peso y precio, los cigarrillos *Virginia* no fueron gravados en la forma dispuesta por los artículos 1º y 2º de la Ordenanza número 171, por cuya razón continuaron pagando el impuesto de tabaco conforme a la tarifa anterior, o sea de tres pesos con diez centavos ($ 3.10) por kilo, según se deduce de la Circular número 22 de 5 de agosto de 1949, dirigida por el Administrador General de Rentas a los Administradores Seccionales y Asentistas Recaudadores de Rentas del Departamento (folios 5 y 6).

«Cuarto. Ahora, como la Gobernación estableció un nuevo impuesto de consumo a los cigarrillos *Virginia*, violó no solamente el artículo 43 de la Constitución, que establece cuáles instituciones pueden imponer gravámenes de tal naturaleza, sino también el artículo 3º de la Ordenanza número 171, que, con relación a los cigarrillos *Virginia*, dejó vigente el impuesto antes establecido.

Lo expuesto lleva a la conclusión de que debe declararse la nulidad del decreto demandado

«Quinto. Y como en la demanda se pide la devolución del impuesto indebidamente pagado, y se acreditó tanto la personería sustantiva de la parte demandante como la cuantía de la acción (7 vuelto y 9), se impone resolver conforme a lo pedido.

En tal virtud, en opinión de este Ministerio la demanda resulta fundada y por ello debe accederse a las peticiones impetradas de que se ha hecho mérito.

Es mi concepto.

De los honorables Magistrados, atentamente, *Gildardo Velásquez Londoño*, Fiscal 2º del Tribunal Superior».

El Tribunal, de acuerdo con el Ministerio Público, fundamenta su sentencia cuanto hace a la solicitud de nulidad, en las consideraciones expuestas en las dos instancias al resolver la petición de suspensión provisional del decreto materia de la controversia.

Cuanto al restablecimiento del derecho impetrado, también concedido por el Tribunal, dijo la Sala:

«El actor, como se ha visto, pide el restablecimiento del derecho en la forma de la devolución del gravamen adicional, pero resulta que en el expediente no aparece la prueba suficiente que permita hacer una condenación en concreto; y únicamente a folio 7 vuelto, aparece un certificado expedido por el respectivo Recaudador de Rentas Departamentales (Administrador Seccional) en el que consta haberse cobrado desde la vigencia del Decreto acusado hasta el 7 de septiembre de 1949 la cantidad de cuatrocientos trece pesos veintitrés centavos ($ 413.23) como sobreimpuesto al cigarrillo *Virginia*, cobrado a la Compañía Limitada de Luis H. y Carlos Gómez.

«Respecto de las cantidades cobradas del 7 de septiembre de 1949 en adelante, no existe, como se ha dicho, prueba alguna suficiente para hacer declaratoria sobre la cantidad liquida que deba reintegrarse por el Departamento a la Compañia demandante, y por tal razón habrá de ordenarse la devolución de las sumas cobradas como sobreimpuesto al mencionado cigarrillo por la diferencia entre tres pesos diez centavos ($ 3.10) y cinco pesos veinticinco centavos ($ 5.25) que se hubieren cobrado desde la fecha indicada, o sea desde el 7 de septiembre de 1949 hasta la fecha en que se hubiere dado cumplimiento al auto de suspensión provisional del acto acusado, comunicado al señor Gobernador el 28 de febrero del año en curso como consta a folio 33 vuelto del expediente».

El señor apoderado del Departamento, al recibir la notificación del fallo de primera instancia, ya se dijo, interpuso el recurso de apelación, que en su contenido y alcance concretó ante el Consejo en extenso y jurídico alegato, en el cual precisa claramente que la apelación se refiere o vincula únicamente a las disposiciones resolutivas contenidas en los numerales dos y tres, en cuanto ordenan el restablecimiento del derecho solicitado en la demanda. Al particular expresa el señor apoderado:

«Tanto por el texto de la demanda como por la relación y los comentarios analíticos que hace el Tribunal de lo Contencioso de Manizales, se llega a la conclusión de que el Decreto materia de este litigio es nulo por violación directa de normas de derecho, tanto legales como constitucionales. En este punto de la controversia están de acuerdo, tanto el actor como el opositor. No pasa lo mismo con lo referente a la petición de restablecimiento del derecho, o sea de la devolución de los impuestos pagados al Departamento de Caldas por la Sociedad actora, devolución que está reglamentada en los ordinales segundo y tercero del fallo, que, como ya dije, deben ser revocados».

En vista de la declaración anterior, será entonces materia de la apelación, singularmente, lo referente al restablecimiento del derecho, toda vez que la declaratoria de nulidad ha sido expresamente consentida por la entidad departamental, y nada se controvierte contra ella. La disposición de la sentencia a este particular es pues intocable, no está sub-judice, como lo reconoce el señor Fiscal colaborador en este aparte de su importante y jurídico concepto:

«La apelación interpuesta por el apoderado del Departamento de Caldas está dirigida única y exclusivamente a obtener la revocatoria de los numerales 2º y 3º de la parte resolutiva de la sentencia en cuanto por medio de ellos se ordena devolver a los demandantes las sumas que les fueron cobradas en exceso por razón del impuesto de consumo sobre los cigarrillos *Virginia*, y funda la apelación en que por tratarse de un impuesto indirecto, al ordenarse su reintegro a la parte actora habría un enriquecimiento sin causa, ya que el impuesto lo pagaron los consumidores y no los intermediarios, quienes tan pronto fue aumentada la cuantía del impuesto subieron el precio del artículo, y en esa forma indirecta obtuvieron que los consumidores pagaran el impuesto.

«La Fiscalía, que obra en interés de la ley, ha estudiado a espacio el problema planteado, y en lo que se refiere a la legalidad del acto acusado está en un todo de acuerdo con las razones que movieron al honorable Consejo de Estado a confirmar el auto de suspensión provisional, que son en síntesis las mismas que trae el Tribunal en la sentencia recurrida para declarar nulo el Decreto 742 de 1949, expedido por la Gobernación de Caldas, y por esta causa se remite a ellas sin necesidad de repetirlas».

En resumen, la inconformidad de la Gobernación vincula a lo que establece la sentencia en relación con el restablecimiento del derecho, consistente en la obligación impuesta al Departamento de devolver la apreciable suma de dinero numéricamente representada por la global diferencia entre el precio que pagaba la empresa demandante por cada kilogramo de tabaco —cigarrillos *Virginia*— en el tiempo anterior al Decreto acusado, y lo que vino a pagar la misma empresa por cada kilogramo del mismo tabaco durante la operancia del Decreto, suma que, según cuenta aritmética verificada por la Fiscalía sobre la base de los distintos elementos probatorios allegados al proceso, arroja un total igual en pesos a la suma de doscientos cincuenta y ocho mil noventa y nueve, noventa y ocho ($ 258.099.98).

El doctor Hernando Uribe Cualla, apoderado del Departamento en esta instancia, estudia el problema *sub-lite* desde el punto de vista de los hechos alegados y probados, y luégo a través del derecho deducible, concluye en síntesis:

a) Que como los demandantes no han sufrido lesión ni quebranto patrimonial ninguno, consiguientemente no hay lugar al restablecimiento del derecho menos en la forma dispuesta en la sentencia;

b) Que la acción, en la forma planteada en la demanda, es improcedente, entre otras razones, porque no se trata de un impuesto definitivamente liquidado que dé lugar a que se revise la operación administrativa correspondiente;

c) Que es inepta la demanda, porque la parte actora intentó la acción de nulidad y la contenciosa de plena jurisdicción y no acudió al procedimiento especial del juicio de impuestos.

De su lado, el señor Fiscal colaborador, doctor Justo Franco V., al referirse a los puntos de vista del señor apoderado, comparte la afirmación de que la parte demandante no ha sufrido perjuicio alguno que deba repararse por la Administración, porque, dice, la sociedad en cuestión no es titular del derecho pretendido, como que el impuesto decretado por la Gobernación, si realmente fue cubierto por la parte actora, vino a hacerlo o lo hizo pero a nombre del consumidor, que fue quien definitivamente sufragó el arbitrio indirecto decretado, resultando entonces que cualquier posible interés jurídico inclinado a obtener alguna devolución, radicaría únicamente en el propio consumidor.

El señor Fiscal, luégo de acertadas consideraciones jurídicas que la Sala comparte, sustancialmente, relacionadas con lo que debe entenderse por impuesto indirecto, sobre en quién gravita este gravamen, el modo aconsejable como administrativamente se hace la efectividad del cobro, y cuáles, para estos eventos, son las relaciones que surgen entre la Administración y una empresa que paga el impuesto que a su turno posteriormente ella recibe de los consumidores, examina los distintos elementos probatorios y concluye:

«Todo lo anterior está demostrado plenamente en el expediente, a saber: que la sociedad demandante, antes de que entrara en vigencia el Decreto acusado, vendía la gruesa de cigarrillos *Virginia* a diez y siete pesos con sesenta centavos ($ 17.60), y a raíz del alza del impuesto por razón del Decreto, elevó el precio de la gruesa de cigarrillos a razón de veinticuatro pesos ($ 24.00), veinticuatro pesos con sesenta centavos ($ 24.60), y veinticinco pesos ($ 25.00); de manera pues que al elevar el precio de los cigarrillos *Virginia* por razón del impuesto y venderlo en esas condiciones, obtuvo el reembolso del impuesto que ella como contribuyente pagó a la Administración.

«Dadas las circunstancias anotadas, se configura la excepción de falta o carencia de personería sustantiva o de interés jurídico en la parte actora *(legitimatio ad causam)* para intentar la acción de plena jurisdicción, que corresponde al público consumidor, que para el caso de autos es muy difícil de determinar, y de quien la sociedad demandante no es representante ni mandataria.

«Conforme al certificado expedido por el Administrador Seccional de Rentas Departamentales de Manizales, la sociedad "Luis H. y Carlos Gómez & Cía. Limitada", pagaron *por el impuesto de consumo* de cigarrillos *Virginia*, desde el 13 de agosto de 1949 hasta el 19 de febrero de 1951, inclusive, la cantidad de seiscientos treinta mil doscientos cuarenta y cuatro pesos con trece centavos, correspondientes a ciento veinte mil cuarenta y seis kilos con quinientos gramos de cigarrillos, a $ 5.25 kilogramo.

«Pretende el actor que se le reintegre el exceso de cobro existente entre $ 5.25 y $ 3.10, que es el impuesto que debía pagar, y haciendo las operaciones aritméticas respectivas se tiene:

120.046-500 gramos x $ 5.25	$ 630.244-125,
que, por exceso fue aproximado a	$ 630.244-13
120.046-500 gramos x 3.10	$ 372.144-15
Diferencia que se pretende cobrar	$ 258.099-98

«Ya se ha visto que la expresada cantidad de doscientos cincuenta y ocho mil noventa y nueve pesos con noventa y ocho centavos ($ 258.099.98) corresponde al aumento del impuesto indirecto pagado por el público consumidor, y si bien es cierto que a éste, y sólo a éste, correspondería en derecho cobrar tal exceso de cobro, tal devolución tampoco podría llevarse a efecto porque no se puede determinar la persona o personas interesadas.

Faltándole a la parte demandante la personería suficiente para pedir el restablecimiento del derecho, no puede ordenarse éste a su favor».

Cuanto a la viabilidad de la acción, refiriéndose el señor Fiscal a la tesis del señor apoderado recurrente, agrega:

«Nuestro Código Contencioso Administrativo, en tratándose de la acción de plena jurisdicción en materia de impuestos, trae un trámite especial, Capítulo XXIII, artículos 271 a 281 inclusive, "De los juicios sobre impuestos".

«A términos del artículo 271: "Toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y se declare que no está obligada a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación, en la cual se fije la suma a su cargo".

«De la anterior disposición se deduce sin lugar a dudas que en los juicios sobre impuestos de que trata el Capítulo XXIII del Código Contencioso Administrativo, se refiere única y exclusivamente a los impuestos directos como son la capitación o gravamen personal y las imposiciones sobre la propiedad raíz o mueble y sobre la renta y complementarios.

«En el caso de autos, precisamente por no tratarse de un impuesto directo, el actor ejercitó no sólo la acción de plena jurisdicción sino también la de simple nulidad, que es la procedente en el caso de autos y dada la condición de intermediario que tiene la sociedad demandante.

«Aquí no se trata de que se revise la operación administrativa de liquidación del impuesto, ni tampoco de que se haga nuevamente ésta y se fije en definitiva la suma correspondiente, ni tampoco que se declare que está exento del impuesto. Por el contrario, se reconoce la existencia y legalidad del impuesto, y el diferendo sólo radica en el *quantum* del impuesto indirecto que se cobra y que es pagado en definitiva por el consumidor.

«No es aceptable, pues, el argumento de que como el artículo 280 del Código Contencioso Administrativo no trae ninguna distinción sobre impuestos directos o impuestos indirectos, procede la devolución al actor de la cantidad cobrada en exceso, porque habiendo una duda racional cabe la interpretación y porque las excepciones no pueden inducirse del silencio de la ley. Además, como lo ha sostenido la jurisprudencia no sólo de la honorable Corte Suprema de Justicia y del honorable Consejo de Estado, citados por el señor apoderado del Departamento de Caldas, no es posi-

ble devolver al contribuyente la suma pagada por impuesto indirecto que se ha declarado sin causa por la nulidad de la disposición que lo estableció, porque se configuraría un enriquecimiento sin causa en favor del contribuyente y en contra de la respectiva entidad de derecho público, sin que los que sufragaron el impuesto, o sean los consumidores, obtuvieran el reembolso de las sumas erogadas».

Finalmente el Ministerio Público termina su importante estudio así:

«De las consideraciones que se dejan expuestas se evidencia que los demandantes carecen de interés jurídico para demandar el restablecimiento del derecho, lo cual configura la excepción de falta de personería sustantiva, excepción que propone este Despacho y que debe traer como consecuencia la revocatoria de los numerales 2º y 3º de la parte resolutiva de la sentencia objeto del recurso, dejando en firme el numeral 1º, por el cual se declara la nulidad del acto acusado».

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

En todos los casos, antes de proceder el sentenciador al estudio de fondo que ha de preceder a la imposición del fallo definitivo, es deber suyo estudiar, en primer lugar lo relativo a la capacidad jurídica de las partes, o sea lo atinente a la personería sustantiva de ellas, porque si dicha capacidad no apareciere establecida, la demanda no puede prosperar. En tal virtud, como cuestión previa y por proponerlo así el señor Fiscal, se impone ese estudio porque de su resultado depende el que sea necesario, o no, analizar a fondo los motivos en que el recurso se funda y aquellos que quisieron sustentarse para el éxito de la acción. Evidentemente, la personería sustantiva forma parte de la esencia o de la sustancia de la cuestión debatida, y debe por lo tanto ser resuelta inicialmente en el fallo definitivo.

Es verdad de orden más sustantivo que simplemente procesal, deducible del principio de que la medida de las acciones la da el interés jurídico, o del que sin interés jurídico no hay acción, la de que en todos los casos, cuando se evidencia la falta de ese interés habrá de declararse probada la excepción de falta de personería sustantiva de la parte actora, o lo que es lo mismo, la de carencia de acción, como que uno y otro hecho exceptivo corresponden a un mismo contenido o a una misma realidad jurídica.

Sobre el tema estudia el señor Fiscal acertadamente lo relacionado con la naturaleza del impuesto de autos, y luégo de importantes consideraciones que la Sala comparte integralmente, lo tipifica dentro de la especificación propia de los "impuestos indirectos de consumo", como que fue fijado por la Gobernación a los cigarrillos *Virginia* que la sociedad demandante introduce al Departamento de Caldas para su venta al público consumidor.

El Consejo ha venido sosteniendo en innumerables fallos, y en esta oportunidad ratifica la doctrina, que los impuestos de consumo pertenecen a la categoría de los llamados impuestos indirectos, que son los que pesan real y efectivamente sobre el consumidor, pese a que su recaudo, "para mejor control y para simples fines de economía administrativa", se exige del fabricante del artículo, no precisamente al momento de su producción o por el hecho de ésta, sino cuando el artículo sale de la fábrica, almacén o depósito para darlo al público consumidor, que es quien entera o sufraga el respectivo arbitrio.

Si la Administración, con la única finalidad de hacer fácil el recaudo del arbitrio, hace efectivo el impuesto en la persona del productor o fabricante del artículo, y si éste a su turno lo derrama y lo reembolsa luégo, indiscriminadamente, cargándolo en la debida proporción sobre cada una de las unidades del artículo, resulta entonces claro que el contribuyente, productor o fabricante, al obtener el reembolso de lo que inicialmente pagó, automáticamente equilibra su balanza de salidas y entradas con el resultado de que en la cuenta final evidencia que no ha pagado absolutamente nada. Anticipadamente paga por el consumidor, es cierto, pero éste al obtener el artículo devuelve lo pagado por el fabricante y muchas veces con ventaja para éste.

Comentando estos particulares, la Corte en su sentencia citada en el alegato por el distinguido jurista que lleva en esta instancia la personería del Departamento, dijo:

> «Los impuestos indirectos —dice Gambara— se caracterizan por el hecho de que el contribuyente los anticipa al Fisco, obteniendo el reembolso de ellos con el pago indirecto del gasto por otra persona. De manera que en estos impuestos, el contribuyente no es quien los paga en definitiva, sino el consumidor. Aquél tiene en cuenta para fijar el precio de la mercancía el valor del impuesto, que se recarga en contra del consumidor. Si se devolviera a un contribuyente la suma pagada por un impuesto indirecto que se ha declarado sin causa por la nulidad de la disposición que lo estableció, habría un caso de enriquecimiento sin causa en favor de dicho contribuyente y en contra de la respectiva entidad de derecho público, sin que los que sufragaron el impuesto, o sean los consumidores, obtuvieran el reembolso de las sumas erogadas. El impuesto pagado por el señor Martí es indirecto, y por esta circunstancia fue por la que se anuló la disposición que lo hizo exigible antes del término señalado por la ley. No tiene, por consiguiente, dicho demandante derecho para repetir lo pagado al Departamento de Cundinamarca, ya que el tributo fue erogado en definitiva por los consumidores, y no sería posible determinar la persona o personas interesadas, de quienes por otra parte no es representante legal el actor».

Ahora bien; optar, como lo hizo el Tribunal en su sentencia, por ordenar que el Departamento devuelva a la entidad demandante las sumas que los consumidores de los cigarrillos *Virginia* pagaron al Departamento por concepto del impuesto de que se ha hecho mérito, no es moral ni legalmente posible, porque, de un lado, la entidad demandante no es titular del derecho que reclama, y de otro, porque los posibles interesados en la devolución del impuesto, los propios consumidores del artículo, no le han otorgado o no le han conferido personería a la sociedad actora para hablar a nombre de ellos. Además, como nadie puede enriquecerse a costa ajena, o en otros términos, como nadie puede pedir para beneficio propio lo que no le corresponde, lo que no es suyo, el Consejo al negar las peticiones que se estudian y a que se contraen los numerales 2 y 3 resolutivos del fallo recurrido, tutela de un lado el derecho no renunciado hasta el momento de los que realmente pagaron el impuesto, y de otro, evita la torpe consumación de un acto injusto como sería el que sin derecho viniera la empresa demandante a beneficiarse de lo que no le pertenece.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, en acuerdo con su Fiscal colaborador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declárase nulo el Decreto número 742 de 3 de agosto de 1949, expedido por la Gobernación del Departamento de Caldas, por medio del cual se fija el impuesto para los cigarrillos marca *Virginia;*

Segundo. En relación con la súplica formulada en el libelo encaminada a obtener el restablecimiento del derecho, declárase probada la excepción de "falta de personeria sustantiva" de la parte demandante, y en consecuencia, NIEGASE dicha petición; y,

Tercero. En los términos anteriores, queda REFORMADA la sentencia apelada de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, proferida en el presente juicio por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Cópiese, notifiquese y devuélvase.

Baudilio Galán Rodriguez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, José Urbano Múnera, Alvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto—Luis E. Garcia V., Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES

(Consejero ponente: doctor Antonio José Prieto).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos cincuenta y uno.

(Referencia: Actos de las autoridades nacionales. Nulidad de la Resolución número J. 3259 de 23 de mayo de 1950, expedida por la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión. Se accede a las súplicas de la demanda por cuanto el auxilio de cesantía adicional sí puede exceder del límite fijado por el artículo 4º de la Ley 95 de 1946.

Actor: **Luis Fernando Sánchez.**

El doctor Francisco Sandoval Quintero, obrando como apoderado especial del señor Luis Fernando Sánchez, ante esta Corporación demandó la nulidad parcial de la Resolución J. 3259 de 23 de mayo de 1950, dictada por la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión, así como la providencia del 6 de julio del mismo año, de su Junta Directiva (Departamento Jurídico), nulidad que debe comprender todo lo relacionado con el auxilio especial de cesantía, que se reconoció a su mandante "por el exceso de servicios prestados sobre 20 años en la Rama Jurisdiccional y lo Contencioso Administrativo", por ser tales actos, en ese particular, violatorios de preceptos constitucionales y legales, al limitar la cuantía de auxilio a $ 4.000.00 y al omitir computar algunos de los servicios que prestó en la Rama Jurisdiccional. Como consecuencia de la nulidad impetrada y en orden al restablecimiento del derecho violado, pide que se hagan las siguientes declaraciones:

«*Primero.* Que el señor Luis Fernando Sánchez, a quien la Caja Nacional de Previsión le reconoció pensión vitalicia de jubilación, por haber servido más de 20 años como empleado de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, tiene derecho a que la misma Caja le pague además, sin ninguna limitación de su cuantía, el auxilio especial de cesantía correspondiente a todo el tiempo que exceda de los 20 años.

«*Segundo.* Que el mismo señor Sánchez tiene derecho a que se computen, para efectos del referido auxilio, los servicios que prestó como Juez Municipal de Boavita (Boyacá) durante los dos años comprendidos entre el 1º de agosto de 1919 y el último de julio de 1921; y

«*Tercero.* Que, por consiguiente, la Caja Nacional de Previsión está obligada a pagar al señor Luis Fernando Sánchez la cantidad de $ 6.422.78 moneda corriente como valor del auxilio especial de cesantía que le corresponde por 11 años, 8 meses y 4 días, tiempo excedente de los 20 años de servicio que prestó en la Ra-

ma Jurisdiccional y el Ministerio Público, con base en un sueldo mensual de $ 550.00 que devengó durante el último año. Descontados $ 4.000.00 que recibió por tal concepto el señor Sánchez, queda a su favor y a cargo de dicha Caja un saldo liquido de $ 2.422.78 que debe pagar una vez ejecutoriada la sentencia.

«*Subsidiariamente* solicito se declare que la mencionada Caja está obligada a pagar al señor Sánchez el auxilio especial de cesantía que le corresponde por todo el tiempo que se le reconoció como exceso de los 20 años de servicio, o sea 9 años, 8 meses y 4 días, pero sin restringir ni limitar su cuantía».

El actor citó como disposiciones violadas las siguientes:

Artículos 55 y 58 de la Constitución Nacional; parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 71 de 1945; artículo 5º de la Ley 57 de 1887; artículo 36 de la Ley 6ª de 1945, y artículo 9º de la Ley 64 de 1946.

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal de la corporación es de parecer que se nieguen las súplicas de la demanda, fundándose para ello en las consideraciones que a continuación se transcriben:

«El problema planteado en el presente negocio se reduce a decidir si la cesantía por servicios excedentes de 20 años, de que trata el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 71 de 1945, no puede exceder de la cantidad de $ 4.000.00 de que trata el artículo 4º de la Ley 95 de 1946, o si, por el contrario, tal cesantía no está sujeta a dicha limitación. Resuelto este punto, las demás peticiones son de fácil solución.

El actor, para sustentar sus peticiones, hace al respecto una serie de consideraciones para establecer diferencias entre lo que él denomina "cesantía ordinaria" y cesantía extraordinaria o adicional.

Ninguna de las disposiciones sobre prestaciones sociales ha hecho distinción entre lo que el demandante llama "cesantía ordinaria" y "cesantía extraordinaria o adicional". Por lo tanto, donde la ley no distingue, no le es dado distinguir al juzgador, en virtud de claras disposiciones sobre interpretación de la ley.

Es evidente que el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945 estatuye:

"Cuando el funcionario o el empleado hubiere prestado servicios al Estado en los cargos dichos por más de 20 años y su edad no sea inferior a 55 años, tendrá derecho, además, al auxilio de cesantía correspondiente a los años que excedan de 20".

«Este mismo principio está reproducido en el artículo 9º de la Ley 64 de 1946, que dice:

"Cuando la jubilación ocurriere después de una etapa de servicios mayor de veinte (20) años, el trabajador recibirá, además de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido".

«Ahora bien, la Ley 95 de 1946, por la cual se adicionaron y reformaron las Leyes 22 de 1942 y 71 de 1945, sobre prestaciones a los empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 4º dispuso:

"En adelante la cesantía se liquidará teniendo en cuenta el promedio de los sueldos devengados por el empleado en el último

año de servicio, sin que en ningún caso la cuantía exceda de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), y se reconocerá, cualquiera que sea la causa del retiro".

«De las transcripciones hechas se establece que la ley no hace ninguna clase de diferenciación entre lo que se ha llamado cesantía ordinaria y cesantía extraordinaria o adicional, y por consiguiente la Caja Nacional de Previsión no erró, en concepto de la Fiscalía, al dar aplicación al citado artículo 4º de la Ley 95 de 1946, y, en consecuencia, la resolución acusada es legal.

«No prosperando la súplica principal de la demanda, las demás peticiones están llamadas a correr la misma suerte, pues, para el caso sub-judice, el hecho de que al actor no se le hubieran computado los dos años prestados como Juez Municipal de Boavita, no altera ni modifica la situación planteada:

Por lo expuesto, la Fiscalia CONCEPTUA que deben negarse las súplicas de la demanda».

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Según la demanda y la resolución misma de la Caja Nacional de Previsión acusada, y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción incoada, Resolución que es la número J 3259 de 23 de mayo de 1950, el sueldo último que devengó el demandante señor Luis Fernando Sánchez, como Secretario de la Fiscalía del Consejo de Estado fue la suma de $ 550.00.

La condición de empleado que tuvo o caracterizó al demandante, la legislación que invocó o a que se acogió en su demanda ante la Caja de Previsión Nacional para obtener su pensión de jubilación y la legislación que esta institución aplicó.

El actor al respecto dijo:

«Estando cumplidos, pues, los requisitos exigidos en los artículos 1º y 2º de la Ley 71 de 1945 y 2º de la Ley 95 de 1946, considero procedente acceder a las peticiones que he formulado».

«Dichos preceptos deben aplicarse de preferencia en este caso, tanto por ser especiales para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público (artículo 5º de la Ley 57 de 1887), como por resultarme más favorables que otras disposiciones de carácter general (artículo 36 de la Ley 6ª de 1945), fuera de que contribui con los aportes señalados en la mentada Ley 71 de 1945, en virtud de haberse fundido la Caja Judicial, con la Caja Nacional, según contrato que se perfeccionó por escritura pública».

Es decir, que el actor se caracterizó en su demanda como empleado exclusivamente de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, lo cual, además, está evidenciado con todos los cargos que desempeñó en el curso de su carrera burocrática, y de lo cual hacen mérito los autos.

El último empleo que desempeñó, y en el cual devengó como sueldo mensual y por el tiempo de un año continuo $ 550.00, y que ya se indicó, fue del 4 de febrero de 1944 hasta el 15 de marzo de 1950.

La legislación especial que fija y regula el estatus de quienes hayan tenido el carácter de servidores de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, está integrada por las Leyes 22 de 1942, 71 de 1945 y 95 de 1946, para efectos de prestaciones sociales, legislación que ha sido atemperada y modificada por otras le-

yes de carácter general, relativas a obreros y empleados nacionales de todas las Ramas del Poder Público, por el hecho de haber desaparecido la antigua Caja de Previsión Judicial a cuya fundación proveyó aquella Ley de 1942, y haberse fusionado con la Caja Nacional de Previsión de los empleados y obreros nacionales creada por la Ley 6ª de 1945, porque como lo ha dicho el propio Consejo de Estado, repetidas veces en diferentes sentencias, "todas las disposiciones legales y reglamentarias dictadas especialmente para la extinta Caja de Previsión Social Judicial, como aquellas que fijaban límites para las prestaciones a su cargo y regulaban las obligaciones de los afiliados para con ella, han dejado de regir desde el momento en que tal entidad se fusionó con la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales..., para ser reemplazadas por las que rigen como propias de esta última entidad».

El mismo Consejo, y cuando éste en Sala Plena conocia y decidia de las demandas sobre prestaciones sociales, en otra sentencia estableció lo siguiente:

> «De ahí que la aplicación del artículo 2º de la Ley 95 de 1946, dictado para aplicarlo especialmente a la Caja de Previsión Social Judicial y en relación con los funcionarios y empleados que estaban afiliados a tal Caja, sea hoy inoperante, y, en cambio, sea de forzosa aplicación el artículo 3º de la Ley 65 de 1946, que modificó el numeral b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y que dispone que la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio».
>
> «Esta tesis encuentra apoyo, además, en el artículo 21 de la citada Ley 6ª de 1945, que dice:
>
> «Las instituciones de Previsión Social de empleados y obreros nacionales ya existentes, podrán, a su arbitrio, y por decisión de sus organismos directivos, fundirse con la Caja que por la presente Ley se crea, o continuar como entidades independientes, en cuyo caso los empleados y obreros afiliados a ellas no gozarán sino de las prestaciones que tengan establecidas las respectivas asociaciones».

El artículo 21 de la Ley 6ª de 1945 está vigente.

Cómo procedió la Caja Nacional de Previsión de los empleados y obreros nacionales para desatar la demanda del señor Luis Fernando Sánchez, que sobre jubilación y auxilio de cesantía adicional, promovió ante ella y que dio lugar a la resolución cuya nulidad parcial se ha ejercitado ante el Consejo.

La Caja Nacional de Previsión, en la Resolución acusada, y para reconocer a favor del señor Sánchez y como afiliado a esa Institución una pensión mensual de jubilación, aceptó el carácter invocado por él de funcionario que fue exclusivamente en la Rama Jurisdiccional, y aceptó que la legislación aplicable al caso había sido la invocada por el mismo señor Sánchez, y en relación con la pensión de jubilación y para hallar su monto mensual, y a modo de motivación, dijo:

> «El valor de la pensión, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 95 de 1946 que modificó el artículo 1º de la Ley 71 de 1945, será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de los sueldos devengados en el último año de servicio, sin que en ningún caso exceda de $ 500.00».

«Además, de conformidad con el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945, cuando el funcionario o empleado hubiere prestado servicios al Estado en la Raina Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contenciosó Administrativo, por más de 20 años, y su edad no sea inferior a 55 años, tendrá derecho además al auxilio de cesantía correspondiente a los que excedan de 20».

«El demandante reúne los requisitos anteriormente expresados pues durante 29 años, 8 meses y 4 días prestó servicios al Estado en la Rama Jurisdiccional y de lo Contencioso Administrativo».

«Las disposiciones legales aplicables en el presente caso son: Leyes 22 de 1942, 71 de 1945 y Ley 95 de 1946, las cuales, en armonía con los hechos demostrados, sirven para establecer el monto de la pensión a que tiene derecho el señor Luis Fernando Sánchez, sobre el promedio mensual devengado en el último año de servicio, y el 75% de ese promedio da el valor de la prestación conforme a la siguiente operación:

Sueldo en el último año de servicios uniforme a razón de $ 550.00 por mes, da un total de $ 6.600.00.

El 75%, o sea las tres cuartas partes, da el siguiente resultado, que es el valor o cuantía de la pensión mensual:

$ 6.600.00 × 0.0625 = $ 412.50

«La cesantía adicional por el tiempo excedente sobre los 20 años o sea sobre 9 años, 8 meses y 4 días, se liquidan en la siguiente forma:

Sueldo básico devengado en el último año, $ 6.600.00

$ 6.600.00 × 8.06482 = $ 5.322.78

«Según lo preceptuado en el artículo 4º de la Ley 95 de 1946, la cuantía por cesantía adicional para jubilados por servicios en la Rama Jurisdiccional, Ministerio Público y Contencioso Administrativo, se liquidará teniendo en cuenta el promedio de los sueldos devengados en el último año de servicio, sin que en ningún caso exceda de $ 4.000.00, y se reconocerá cualquiera que sea la causa del retiro».

«Por consiguiente el beneficiario sólo puede recibir por concepto de auxilios de cesantía adicional, la cantidad de $ 4.000.00, que es el máximun que autoriza la disposición legal antes citada».

De la transcripción anterior aparece, sin equívocos de ninguna clase, que la Caja Nacional de Previsión se ciñó estrictamente a las súplicas de la demanda en el sentido de darle, como le dio, evasión a la demanda en la parte de derecho o legal invocada por la misma.

Dentro de la legislación que rigió cuando existió la Caja de Previsión Judicial, tanto en la Ley 22 de 1942 como en la 95 de 1946, se establecieron dos normas para deducir el monto mensual acomodaticia de la pensión de jubilación y un máximun de limitación regulador del auxilio de cesantía: para ésta se fijó la suma de $ 4.000.00 como límite máximo, cualquiera que fueran los años computables para el auxilio de cesantía, y, a partir del 15 de octubre de 1937, cuando se trataba de conceder este beneficio en el caso de quedar cesante el empleado, y sin vinculación alguna al otorgamiento de pensión jubilatoria; y para aquélla se fijó en el 75%, o tres cuartas partes del sueldo mensual último, que se hubiera devengado en el último año de servicio, pero con la limitación de $ 500.00 como máximo deducible.

Tales limitaciones las impuso el legislador en atención a que consideraron la reciente creación de la Caja, a la experiencia que con ella

se iba a hacer lo mismo que a la novedad de una legislación específica de que antes no había precedentes.

Tal legislación, es indudable que quiso ser generosa para los empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, que devengaran sueldos bajos, los cuales podían aspirar a beneficiarse para el caso de jubilación con las tres cuartas partes del valor de su sueldo mensual, para liquidarse en su favor la pensión, mas no así los empleados de tales Ramas cuyos sueldos fueran de tal cuantía que al hacerse la liquidación sobre el patrón indicado, el monto mensual de la jubilación llegara a rebasar la cuantía de los $ 500.00, porque entonces quedaban limitados a esta suma. Se trató, pues, de fijar una especie de equilibrio para la defensa de la Caja y la defensa y estabilidad mismas del régimen de las prestaciones sociales para los empleados dichos.

Para el caso de la cesantía adicional o compensatoria de servicios que excedan a los 20 años exigidos por la ley para otorgar la pensión de jubilación, el legislador no ha hecho diferenciación alguna, para hacerla ilimitada o en el tiempo o en la cuantía.

Es verdad que para la clase de empleados de que se está tratando, el legislador, por el artículo 6º de la Ley 22 de 1942, estableció el reconocimiento del auxilio de cesantía a partir del 15 de octubre de 1937, y a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios que se hubieran prestado, para el caso de cesación en el ejercicio de funciones; pero el parágrafo 1º de ese artículo estableció que en ningún caso el auxilio de cesantía sería superior a $ 200.00 por cada año de servicio, ni superior en su total a $ 4.000.00.

El artículo 6º de la Ley 71 de 1945 dispuso que "el auxilio de cesantía, respecto de los cinco años de servicio anteriores al 1º de enero de 1943, se computará a razón de $ 200.00, por cada año de servicio para los empleados que devengaban sueldos superiores a esa cifra. A partir de la fecha indicada el auxilio se liquidará a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio".

El artículo 4º de la Ley 95 de 1946 dispuso que "en adelante la cesantía se liquidará teniendo en cuenta el promedio de los sueldos devengados por el empleado en el último año de servicio, sin que en ningún caso la cuantía exceda de $ 4.000.00, y se reconocerá, cualquiera que sea la causa del retiro".

Y en materia de patrón para computar y deducir el monto mensual de la pensión de jubilación, hay que observar, similarmente a como se deja hecho, la evolución que sufrió la legislación relativa a la Caja Judicial y a los funcionarios a que estuvo destinada a favorecer, que por el artículo 1º de la Ley 22 de 1942 la pensión mensual de jubilación quedó fijada en su monto a la mitad del mayor sueldo que se hubiera devengado en el desempeño de un puesto en propiedad, durante un año por lo menos, sin poder exceder en ningún caso de la suma de $ 250.00 por cada mes. La Ley 71 de 1945, más generosa, fijó el 75% del último sueldo devengado, sin que bajara de $ 30.00 ni excediera de $ 500.00 para deducir la pensión mensual vitalicia de jubilación. Vino luégo la Ley 95 de 1946, y por su artículo 2º sostuvo el patrón del 75%, pero no ya del último sueldo devengado sino de los sueldos devengados en el último año de servicio. Es decir, que restringió en el sentido indicado la generosidad manifestada por el legislador en el artículo 1º de la Ley 71 de 1945, pero la Ley 95 referida mantuvo los límites mínimo y máximo de $ 30.00 y $ 500.00 de patrón reguladora de la pensión mensual vitalicia de jubilación.

Para el caso de autos, si la Caja de Previsión Nacional se hubiera ceñido estrictamente a las disposiciones indicadas, en lo relativo a computar y deducir el auxilio de cesantía adicional, por excedencia de servicios sobre los 20 años para la jubilación, y por tener cumplida

la edad de 55 años en el momento del retiro del servicio del señor Sánchez, le habría resultado a éste un total inferior a los $ 4.000.00 sobre el tiempo total de excedencia que se le reconoció, y aun en el caso de que se le hubieran reconocido los 11 años de excedencia que pretendió y de ilimitación en la cuantía, pórque habría habido que hacer operante el artículo 6º de la Ley 71 de 1945, en cuyo caso el total sería de $ 4.300.00.

Es decir, que aun aceptando, conforme a la tesis del demandante de que el reconocimiento de la cesantía adicional de que se trata no tuviera limitación ni en el tiempo ni en la cuantía, y dentro de la legislación especial que reclamó él en su demanda se le aplicara, de las leyes que se han analizado, el beneficio no habría sido mayor.

Es conveniente hacer resaltar que en la aplicación de la legislación específica o de régimen de prestaciones sociales para funcionarios judiciales del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo no existe ni ilimitación en el tiempo, ni ilimitación en el cuantía para deducir el auxilio de cesantía, ya se trate de ésta para el caso de retiro o de cese en las funciones, o ya se trate de la llamada adicional o de excedencia de servicios sobre el total que se necesita para la jubilación; y que para los empleados de sueldos inferiores hasta la suma de $ 670.00 venían a gozar de un amplio patrón para la liquidación de la pensión mensual de jubilación, al acogerse al 75% de los sueldos devengados en el último año de servicio, y quizá por esto y como para buscar un equilibrio, una compensación que le diera estabilidad a la Caja Judicial cuando ella existió, y que esta estabilidad garantizara a los afiliados a esa Caja el goce permanente de sus prestaciones, así no fueran muy amplias y generosas, fue por lo que el legislador limitó la cesantía en el tiempo y en la cuantía.

Si un empleado judicial se acoge a la legislación de la antigua Caja Judicial de Previsión, para beneficiarse con el patrón que fijaba la legislación sobre la cual se ha detenido la Sala para analizarla y para indicar como se ha hecho cuáles son los beneficios máximos que ella permitía, o sea para acogerse al 75% del sueldo devengado en el último año de servicio, no parece bien, que sin haber reformado la demanda en tiempo ante la misma Caja de Previsión Nacional, a última hora y después de que se le liquidó la pensión jubilatoria conforme a ese patrón mensual del 75%, pretendiera y pretenda acogerse a la legislación general de empleados y obreros nacionales para beneficiarse dentro del régimen de prestaciones sociales que éstos tienen, buscando el mayor beneficio para la cesantía adicional, con la ilimitación en la cuantía a que provee esta legislación general.

La legislación especial del régimen de prestaciones sociales de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, ya se dijo y se demostró cómo para los empleados que gozaran de un sueldo inferior a $ 670.00 podían beneficiarse hasta el máximo del patrón dado por el artículo 2º de la Ley 95 de 1946 para deducir y liquidar la pensión mensual de jubilación, pero justo era que quienes podían beneficiarse de ese máximo sufrieran también, compensatoriamente, del recorte en la cesantía adicional, en las limitaciones que esa legislación fijaba, en el tiempo y en la cuantía.

Dado que la Caja Especial de Previsión Judicial desapareció por fusión o incorporación a la Caja Nacional de Previsión de empleados y obreros nacionales, ¿el artículo 6º de la Ley 22 de 1942 tiene operancia?

El interrogante anterior y su correspondiente examen lo concreta la Sala solamente al inciso 2º del parágrafo 1º, que dice:

> «Para computar este auxilio (de cesantía, observa la Sala) se tendrá en cuenta todo el tiempo de servicio que se preste a par-

tir de la vigencia de esta Ley; y el servicio prestado con anterioridad a dicha vigencia hasta el límite máximo de cinco (5) años».

La Ley 22 de 1942 se expidió el 15 de octubre de ese año, o mejor, conforme al artículo 22 de la misma, entró en vigencia a partir de esa fecha. De modo que los cinco (5) años de retroactividad para liquidar el auxilio de cesantía que consagró el inciso transcrito, se remontó al 15 de octubre de 1937. Pero de conformidad a lo que ya se dijo en otro capítulo de este fallo, y en relación a lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 6ª de 1945 y sobre la consideración de que la Caja de Previsión Judicial se fusionó o incorporó a la Nacional de Empleados y Obreros, y a la sustentación que en otros casos ha hecho este mismo Consejo de que desde el momento en que la fusión se efectuó, han dejado de regir todas las disposiciones legales y reglamentarias dictadas especialmente para la extinta Caja de Previsión Social Judicial, para ser reemplazadas por las que rigen como propias de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, lo cual quiere decir que para efectos de computación y liquidación del auxilio de cesantía, cualquiera que sea su naturaleza, no tiene hoy operancia lo dispuesto por el inciso 2º del parágrafo 1º del artículo 6º de la Ley 22 de 1942.

Lo discriminado anteriormente conduce a estimar que la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, al considerar la demanda del señor Luis Fernando Sánchez y resolverla conforme al rumbo que él quiso darle, la Caja procedió con un criterio innegable de liberalidad al sentar como sentó y como computó y liquidó el monto mensual para la pensión de jubilación, con adopción del patrón o norma del 75% o tres cuartas partes del sueldo devengado por el señor Sánchez en su último año de servicio al Estado, o sea con adopción de la norma o patrón que antes permitía el estatuto especial para los empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, y si para el extremo de fijación del monto mensual de la pensión jubilatoria se hacía funcionar tal legislación en beneficio del demandante, justo era que compensatoriamente sufriera el límite en la cuantía para deducir el auxilio de cesantía adicional, porque la Caja ha podido, y esto fue lo que debió de hacer, no aplicar las disposiciones del referido estatuto especial sino las disposiciones y reglamentos propios de la Caja Nacional de Previsión, o sea la legislación de empleados y obreros nacionales afiliados a ella, en cuyo caso hubiera podido aplicar el artículo 3º de la Ley 65 de 1945, que dice:

«La pensión mensual vitalicia de jubilación de que trata el inciso b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 será equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio».

Lo cual quiere decir que la Caja ha podido computar y liquidar el monto mensual de la jubilación, no con base en las tres cuartas partes del sueldo del último año, sino solamente con el equivalente de las dos terceras partes, lo cual habría reducido el valor a que se le liquidó al señor Sánchez en una tercera parte.

Pero el señor Sánchez, después de haberlo planteado en la demanda a la Caja Nacional de Previsión que se la despachara conforme al estatuto especial de antes de la Caja Judicial, y de haber procedido la Caja de conformidad, se consideró lesionado en lo relativo a la cuantía de la cesantía adicional, y le reclamó a ella la aplicación de las disposiciones más favorables de la legislación general que regula aquella Caja, y como la Caja no le resolvió sus pretensiones, acudió ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del Consejo de Estado para demandar la nulidad parcial de la Resolución que le despachó su demanda.

Es norma de derecho procesal que toda resolución o sentencia debe dictarse en consonancia con lo pedido en la demanda, y cuando lo demandado se halla ajustado a determinados preceptos legales; y es norma también de derecho procesal que la relación jurídico-procesal que se forma entre el demandante y el demandado, una vez trabada la litis entre los dos, no puede variarse, no puede alterarse sino por medio de una demanda nueva de enmienda o corrección, que debe producirse oportunamente y antes de que se falle la primera, pero nunca, en ningún caso, puede pretenderse la alteración de tal relación jurídico-procesal cuando, como en el caso del señor Sánchez, se había pronunciado ya la Caja con el dictado de su resolución, porque una variación de dicha relación jurídico-procesal no sólo tiene que ser inoperante sino que quebranta el principio de técnica procesal de la igualdad de derechos, de la igualdad de situación jurídica y de la lealtad de las partes que se debe observar y que debe regir en el seguimiento y desarrollo de toda clase de actuaciones y de procesos, cualquiera que sea su naturaleza.

Si el actor señor Sánchez quiso abandonar el carril legal sustantivo que le imprimió a su demanda para que se le aplicaran las disposiciones de los estatutos generales sobre empleados y obreros nacionales que regulan la Caja de Previsión Social Nacional, verbigracia, para que se le liquidara su cesantía adicional, haciéndola ilimitada en la cuantía, y de conformidad a lo que preceptúa el artículo 1º de la Ley 65 de 1946, por la cual se modificaron las disposiciones sobre cesantía y jubilación y se dictaron otras disposiciones, artículo éste que es verdad no fijó limitación respecto a la cuantía para liquidar el auxilio de cesantía, y cualquiera que sea su naturaleza, pero que si fijó limitación en el tiempo, considerado éste hacia atrás o restrospectivamente, porque dispuso concederlo, pero a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, ha debido enmendar su demanda, sustituyéndola con otra que le hubiera permitido a él ampararse en la legislación general de que se ha hablado y que le hubiera permitido a la Caja aplicar preferencialmente, no el estatuto especial para los funcionarios judiciales, sino la legislación general contenida en las Leyes 6ª de 1945, 64 y 65 de 1946 y sus concordantes, Leyes éstas que son las que regulan la Caja de Previsión Social de Empleados y Obreros Nacionales, y ha debido hacerlo oportunamente, esto es, antes de que la Caja desatara su demanda; y si luégo consideró que la resolución de la Caja le era perjudicial porque el extremo relativo a la cesantía ha debido despacharse por las normas de la legislación general, para no quebrantar aquel principio antes memorado de la igualdad y de la lealtad de las partes, lo natural es que hubiera acusado la nulidad de la resolución, no parcial sino totalmente, para que se pudieran hacer operantes dentro del proceso y en el fallo los equivalentes compensatorios de equilibrio de la ley, y que son también de los intereses de la Caja, de los dos extremos de la demanda del señor Sánchez ante ella, de deducción del patrón liquidador del monto mensual de la pensión de jubilación y de la cuantía total o de ilimitación de ésta, en la liquidación de la cesantía adicional, en el supuesto de que esto jurídicamente fuera posible, y a falta de otras normas legales.

La Sala encuentra jurídica en parte la vista del señor Fiscal Primero, doctor Justo Franco, y como el actor ha invocado el caso jurisprudencial fallado por la Corte, del doctor Guillermo Neira Matéus, el Consejo anota que cuando se pronunció el fallo de diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, la Caja de Previsión Judicial no se había extinguido, o sea que el artículo 21 de la Ley 6ª de 1945 en ese entonces era inaplicable, y que las Leyes 64, 65 y 95 de 1946 aún no estaban en vigencia, porque entraron a regir las dos primeras en diciembre 20 y la última en diciembre 30 de ese año, pero si es pertinente anotar que no obstante haber devengado el doctor Guillermo Neira Matéus como último sueldo de Consejero de Estado la suma de mil pesos ($ 1.000.00) mensua-

les, sólo se le asignó como sueldo mensual de la pensión de jubilación la suma de quinientos pesos ($ 500.00), o sea que si de un lado se benefició con una cesantía adicional de cuantía ilimitada, en cambio sufrió la limitación en la cuantía para la liquidación mensual de la pensión de jubilación. Es decir que los dos extremos, en todo caso, es equilibraron.

Conforme a la legislación general sobre prestaciones sociales para empleados y obreros nacionales, el auxilio de cesantía adicional es ilimitada en la cuantía, pero no en el tiempo por sujeción al límite retrospectivo que fija el artículo 1º de la Ley 65 de 1946.

Con todo, y aunque en estricto rigor las tesis jurídicas anteriormente desarrolladas son incuestionables, si se atiende al principio sentado por el artículo 29 de la Ley 6ª de 1949, y el del artículo 1º de la Ley 24 de 1947, de que se debe aplicar siempre la ley más favorable o permisiva para desatar acciones en el campo de la legislación social, en materia de prestaciones sociales y de aplicación para éstas de disposiciones legales incompatibles o contradictorias o diferentes, se deben aplicar a cada caso concreto, como lo ha sustentado en diferentes ocasiones este mismo Consejo de Estado, y aun la misma Corte Suprema de Justicia, la que con anticipación había preconizado el mismo principio de que la ley permisiva o favorable, preferencialmente, a la odiosa o restrictiva debe regir (fallo de 16 de febrero de 1940, *Gaceta Judicial* números 1953 y 1954); y si se atiende igualmente a que en materia de prestaciones sociales, los principios jurídicos que la regentan son de orden público, y es por esto por lo que los derechos relativos a las prestaciones sociales son irrenunciables, se tiene entonces que en el caso que se falla, y como atrás se advirtió, ya la Caja de Previsión Social Nacional ha debido dar aplicación al artículo 6º de la Ley 71 de 1945; y repitiendo lo ya expuesto de que el auxilio de cesantía por excedencia de 20 años de servicio sí se puede considerar ilimitado en la cuantía de conformidad al artículo 1º de la Ley 65 de 1946, pero con la consideración de que dicha disposición sí fijó limitación en el tiempo, tenido en cuenta este hacia atrás o retrospectivamente, porque dispuso concederlo pero a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, y no con la retroactividad ilimitada que el actor pretende, porque es principio indiscutible de derecho el de que la retroactividad de las leyes no puede establecerse ni afectarse sino a virtud de expresa disposición legal.

En consecuencia, y dentro del tiempo servido por el actor señor Sánchez y que aparece demostrado con la probanza aducida, se tiene que su auxilio de cesantía adicional o por excedencia de servicios se le debe reconocer conforme a la siguiente liquidación:

	Años
Del 1º de enero de 1942 al último de diciembre	1
Del 1º de enero de 1943 al último de diciembre del mismo año	1
Del 1º de enero de 1944 al último de diciembre del mismo año	1
Del 1º de enero de 1945 al último de diciembre del mismo año	1
Del 1º de enero de 1946 al último de diciembre del mismo año	1
Del 1º de enero de 1947 al último de diciembre del mismo año	1
Del 1º de enero de 1948 al último de diciembre del mismo año	1
Del 1º de enero de 1949 al último de diciembre del mismo año	1
Total	8

Y del 1º de enero de 1950 al 15 de marzo de 1950, dos meses y medio, o sea que el tiempo total para liquidar es de ocho años dos meses y medio, que al precio o cuantía de $ 550.00 que fue el último sueldo de-

vengado durante el último año de servicio, arroja un total de	$ 4.514.57
Y como le fue ya cubierta la cantidad de	4.000.00
Le queda a su favor un saldo de	514.57

O sea que con fundamento en lo anterior, se le debe reconocer al actor Sánchez esta cantidad y ordenar se le pague por la Caja de Previsión Nacional como rectificación a la liquidación hecha por esta entidad, que la limitó a $ 4.000.00 nada más por aplicación de una disposición en desuso en el tiempo en que se demandó, y a virtud de lo que anteriormente se dijo respecto a que como un resultado de la fusión de la Caja de Previsión Social Judicial a la Caja de Previsión Nacional, son hoy inoperantes en su aplicación las disposiciones que integraron el estatuto especial para los funcionarios y empleados que estuvieron afiliados a aquella Caja.

FALLO:

Con fundamento en lo discurrido anteriormente, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, y oído el concepto de su Fiscal 1º, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA la nulidad parcial de la Resolución número J. 3259, de veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta, dictada por la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión, y la nulidad de la providencia de seis (6) de julio del mismo año, de su Junta Directiva (Departamento Jurídico), en cuanto por tales Resoluciones sólo se le reconoció al señor Luis Fernando Sánchez la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) por concepto de cesantía adicional; y consecuencialmente SE ORDENA a la Caja de Previsión Nacional le pague al mismo señor Luis Fernando Sánchez, dentro del término de tres (3) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, la cantidad que quinientos catorce pesos cincuenta y siete centavos ($ 514.57) moneda corriente que le resulta a su favor a título de cesantía adicional y en aplicación de la legislación más permisiva o favorable, en la liquidación de la cesantía adicional o por excedencia de servicios, de acuerdo a lo expuesto en la parte última de la motivación que antecede.

Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Caja Nacional de Previsión Social de Empleados y Obreros Nacionales, y archívese.

Alvaro Pineda de Castro, Antonio José Prieto, Jesús Estrada Monsalve, Eduardo Piñeros y Piñeros, Baudilio Galán Rodríguez, José Urbano Múnera, Daniel Anzola Escobar—Luis E. García V., Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES

(Consejero ponente: doctor Eduardo Piñeros y Piñeros).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cincuenta y dos.

Referencia: Expediente número 1858.
Actos de las autoridades nacionales. Unica instancia. Nulidad del acto administrativo de fecha 29 de julio de 1950, originario del Instituto de Crédito Territorial, y de otro de la Caja Nacional de Previsión.

Demandante: Elías A. Bohórquez.

Apoderado: doctor Mario Enrique Pérez.

. . . . . .

El doctor Mario Enrique Pérez, abogado titulado e inscrito, obrando con poder especial conferido por el señor Elías A. Bohórquez, en nombre de éste y por medio del escrito presentado ante la Secretaría del Consejo de Estado el 28 de noviembre de 1950, solicitó de esta corporación las siguientes declaraciones:

«*Primera.* Es nulo el acto administrativo consistente en el oficio número 4862 de 29 de julio de 1950, dirigido por el señor Gerente General del Instituto de Crédito Territorial al Gerente de la Caja Nacional de Previsión, en cuanto considera que el tiempo trabajado en el Instituto por el señor Elías A. Bohórquez no se puede acumular para los efectos de la pensión mensual vitalicia de jubilación a que dicho señor tiene derecho.

«*Segunda.* El Instituto de Crédito Territorial está obligado a concurrir al pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación que le corresponde al señor Elías A. Bohórquez, en la respectiva cantidad proporcional, habida consideración del tiempo durante el cual fue trabajador del Instituto.

«*Tercera.* Es nulo el acto de la Caja Nacional de Previsión consistente en el auto de fecha 18 de agosto de 1950, en cuanto en él se acogen los conceptos consignados por el Instituto de Crédito Territorial en el oficio número 4862 de 1950 y en cuanto se abstiene de reconocer y ordenar pagar la pensión mensual vitalicia de jubilación solicitada por el señor Elías A. Bohórquez.

«*Cuarta.* La Caja Nacional de Previsión está obligada a reconocer y pagar la totalidad de la pensión mensual vitalicia de jubilación que le corresponde al señor Elías A. Bohórquez, sin perjuicio de repetir lo pagado de las otras personas administrativas concurrentes al pago de esa pensión».

Como hechos generadores de la acción incoada, el actor delata los que se dejan resumidos a continuación:

Que Elías A. Bohórquez sirvió al Estado colombiano durante más de 20 años, así: 5 años, 1 mes y 29 días a los Ferrocarriles Nacionales; 3 años y 4 meses al Instituto de Crédito Territorial, 11 años y 9 meses al Ministerio de Obras. Habiéndose retirado definitivamente el 8 de mayo de 1949 y solicitado a la Caja Nacional de Previsión el 15 de noviembre siguiente, de la cual era afiliado forzoso, el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación por sentirse con derecho a ella; que la Caja elaboró el correspondiente proyecto de resolución, asignando a cada una de las mencionadas entidades la cantidad que la proporción de tiempo servido les daba, el cual fue aceptado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, mas no así por el Instituto de Crédito Territorial, quien consideró que sus servidores "no tienen la calidad de empleados públicos, por ser el Instituto una entidad de derecho privado", para concluir en que por tales motivos no se creía obligado a contribuir al pago de la pensión de jubilación del señor Elías A. Bohórquez; que la Caja Nacional de Previsión, sin análisis de ninguna naturaleza, aceptó y acogió la tesis del Instituto de Crédito Territorial, y fue así como con fecha 18 de agosto de 1950 puso fin a la solicitud de Bohórquez en los siguientes términos:

> «No pudiéndose computar el tiempo servido al Instituto de Crédito Territorial, por no ser entidad de derecho público, el interesado en el reconocimiento de la pensión de jubilación debe demostrar que ha servido al Estado durante 20 años en entidades de derecho público, para obtener el reconocimiento de la pensión jubilatoria solicitada».

El doctor Mario Enrique Pérez cita como violadas por los actos acusados las siguientes disposiciones, estimando al mismo tiempo y en buena forma el concepto de la violación: ordinal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, en cuanto consagra el derecho a la pensión de jubilación; el artículo 29 de la misma Ley, que en armonía con el 1º de la Ley 24 de 1947, permite la acumulación de servicios prestados a distintas entidades de derecho público, distribuyendo el monto de la pensión en proporción al tiempo servido a cada una; artículo 3º de la Ley 65 de 1946; parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 24 y artículo 21 de la Ley 72 de 1947, que imponen a la Caja la obligación de liquidar y pagar la pensión de jubilación en casos como el presente, sin perjuicio de pedir a las otras entidades obligadas a contribuir el valor pagado en su nombre; Decreto 2921 de 1948; artículos 4º y 12 del Decreto-ley 1600 de 1945, el primero en cuanto autoriza a la Caja Nacional de Previsión para admitir como afiliados facultativos a los empleados y obreros nacionales que no sean forzosos, especialmente su ordinal b), y el segundo en cuanto ordena la acumulación de servicios en los términos del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945; y artículo 8º del Decreto 2812 de 1945, que dispone: "Los establecimientos, institutos, entidades o servicios a que se refiere el ordinal b) del artículo 4º del Decreto número 1600 de 1945, podrán proponer al Ministerio del Trabajo la incorporación de sus trabajadores a la Caja Nacional de Previsión", observándose que el referido ordinal b) cita a manera de ejemplo al Instituto de Crédito Territorial.

Después de señalar las anteriores disposiciones como infringidas por los actos cuya nulidad demanda, se expresa así el doctor Pérez:

> «Los tratadistas de Derecho Administrativo denominan a las entidades como el Instituto de Crédito Territorial *Establecimientos públicos*, y hablan de ellos como formas modernas de "descentralización administrativa por servicios".
>
> «El Instituto de Crédito Territorial, como establecimiento público o, también, como persona administrativa, reúne los siguientes requisitos: a) Que medie la prestación de un servicio público

(de prestación) a cargo del Estado); b) Que ese servicio posea características esencialmente técnicas; c) Que para la mejor prestación del servicio se consagre por la ley la autonomía administrativa y patrimonial.

«En relación con los llamados establecimientos públicos, el honorable Consejo de Estado tiene sentada la siguiente doctrina:

«Los tratadistas de Derecho Público conciben esta clase de establecimientos como personas administrativas descentralizadas, encargadas de dirigir determinados servicios públicos, o un grupo de servicios conexos. El establecimiento público es una persona en el sentido jurídico de la palabra, lo que equivale a decir que es un sujeto de derecho. Se trata, por tanto, de una persona administrativa, lo cual lo distingue de los establecimientos de utilidad pública (común), que a pesar de su objetivo de interés general, conservan siempre su carácter de organismos privados (Sentencia de 29 de noviembre de 1946. *Anales* 357, página 273)».

Negada la admisión de la demanda por el señor Consejero sustanciador, quien observó que en la copia del segundo de los actos acusados no aparecía la constancia de la notificación de tal providencia para saberse si estaba o nó agotada la vía gubernativa, y que el segundo de los actos demandados no lo había dictado el representante legal y estatutario de la Caja Nacional de Previsión, el apoderado del demandante interpuso el recurso de *súplica* contra el auto inadmisorio para ante el resto de los Magistrados de la Sala.

La Sala de Decisión revocó el auto suplicado, y en su lugar admitió la demanda, mediante estas consideraciones:

«Del texto de los dos actos acusados referidos, se deduce que la tramitación de la demanda administrativa sobre pensión de jubilación del señor Bohórquez siguió normalmente y sin tropiezos hasta culminar en que el Abogado sustanciador del Departamento Jurídico de la mencionada Caja de Previsión formuló un proyecto de resolución definitiva favorable al actor, en el sentido de otorgársele la pensión de jubilación pedida, y como el señor Bohórquez había sido empleado del Instituto de Crédito Territorial, le envió a su Gerente el proyecto en donde se hacía la distribución legal de lo que a ella le correspondía llevar y pagar mensualmente como cuota en la pensión mensual de jubilación que al ingeniero Bohórquez se le iba a reconocer. ¿Qué sucedió? Que el Instituto de Crédito Territorial, al recibir el proyecto y estudiarlo, resolvió no aceptarlo, y así se lo comunicó por el oficio acusado al Gerente de la Caja Nacional de Previsión, por las razones que allí se hallan contenidas. No habiendo intervenido para nada el actor Bohórquez en el cruce de comunicaciones de las dos instituciones dichas, no tenía por qué ser notificado, y, por lo tanto, la exigencia al respecto que hace el auto suplicado, o la omisión que cree contienen los documentos aparejados a la demanda es inadmisible, porque el oficio del Gerente del Instituto de Crédito Territorial al Gerente de la Caja Nacional de Previsión hacía parte del rodaje administrativo constitutivo de la secuela de tramitación llevada por los funcionarios de la Caja Nacional de Previsión que tenían y tienen a su cargo la ponencia y tramitación de los expedientes de demandas de jubilación. Y así queda contemplada la omisión o reparo de omisión que al respecto observó el auto suplicado.

«En relación con el segundo punto, o sea que el auto dictado por el Abogado del Departamento Jurídico de la Caja Nacional

de Previsión, por no ser emanado de las personas que legalmente tienen la representación jurídica de esta institución, la Sala encuentra que tampoco es valedera tal razón, porque el artículo 82 de la Ley 167 de 1941 permite demandar no sólo los actos o providencias en que se haya agotado la vía gubernativa, sino también los actos o providencias no susceptibles de ninguno de los recursos establecidos por el artículo 77 ibidem, "ya se trate de actos o providencias definitivas *o de trámite*, si estas últimas deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que le pongan término o hagan imposible su continuación". En el caso en estudio, los dos actos acusados, que se engranan y constituyen entre ambos un acto de tramitación, ha ocurrido precisamente lo previsto por la parte que se deja transcrita de la disposición bajo cuyo derrotero se ha acudido al Consejo de Estado, en demanda contenciosa. Tan trascendental, tan grave para los intereses del actor son los dos actos acusados, que su demanda de jubilación ha quedado estancada, le han puesto término, según el texto del auto procedente del Abogado del Departamento Jurídico de la Caja de Previsión. El análisis que precede lleva a la Sala al convencimiento jurídico de que el auto suplicado se debe revocar.»

La admisión de la demanda fue comunicada legalmente a la Caja Nacional de Previsión, y al Instituto de Crédito Territorial, en oportunidad fue traído a los autos el expediente administrativo, y dentro del término legal el doctor Mario Enrique Pérez presentó el alegato al cual pertenecen los siguientes párrafos, que la Sala acoge, por considerarlos a tono con la realidad jurídica del caso en litis y ceñidos a la verdad procesal:

«Es ya un lugar común en el campo del Derecho Administrativo hablar de los llamados establecimientos públicos, es decir, de las formas modernas de "descentralización administrativa por servicios". Ya se sabe que para la prestación de muchos servicios públicos de aquellos que revisten bases técnicas y especiales, el Estado crea organismos autónomos, con patrimonio igualmente autónomo y dotados de funciones peculiares que garanticen la adecuada prestación del servicio para el cual han sido creados. Tales organismos configuran los establecimientos públicos o, mejor, las personas jurídicas autónomas que, con capital propio, ejercen funciones oficiales con entera independencia.

Pero es absurdo sostener que por el hecho de que los establecimientos públicos posean autonomía patrimonial y funcionamiento independiente, dejen de pertenecer a la Administración. De ahí que sea acertada la afirmación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 10 de agosto de 1937: "Los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o creaciones del Estado" (*Gaceta Judicial*, Tomo 45, página 213).

Entre los fines esenciales del Estado figura el de la satisfactoria prestación de muchos servicios públicos. Y dada la complejidad de las necesidades sociales contemporáneas, el Estado se halla en incapacidad de atender directamente tales servicios. De aquí emana el imperativo de crear órganos jurídicos y autónomos cuyo giro especial de actividades radique en servir los intereses colectivos.

Los organismos administrativos autónomos se justifican muy primordialmente en Colombia, donde los gobiernos de partido han interferido en todos los tiempos el aspecto técnico de la Administración, con deplorables consecuencias para el progreso del país. Y precisamente en los últimos años se ha acentuado la aspiración de proscribir la política par-

tidista de grandes sectores de la Administración. Corrobora nuestra aseveración la existencia en Colombia de innumerables establecimientos públicos, de los cuales hacemos en seguida una lista simplemente enumerativa: Banco de la República, Superintendencia Bancaria, Superintendencia de Sociedades Anónimas, Caja de Crédito Agrario, Caja Colombiana de Ahorros, Instituto Nacional de Abastecimientos, Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Instituto de Fomento Industrial, Banco Central Hipotecario, Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, Empresa Nacional de Navegación, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Universidad Nacional y muchos más.

De aceptarse que el Instituto de Crédito Territorial es una entidad de derecho privado y que sus trabajadores no tienen la categoría de oficiales, tendríamos la antinomia de que por lo menos la tercera parte de la Administración Pública colombiana sería persona privada, y que —también por lo menos— la tercera parte de sus servidores serían trabajadores particulares.

Para evitar confusiones entre los conceptos de los establecimientos públicos y establecimientos de utilidad pública, es conveniente transcribir lo dicho por el honorable Consejo de Estado:

> «Los tratadistas de Derecho Público conciben esta clase de establecimientos como personas administrativas descentralizadas, encargadas de dirigir determinados servicios públicos, o un grupo de servicios conexos. El establecimiento público es una persona en el sentido jurídico de la palabra, lo que equivale a decir que es un sujeto de derecho. Se trata por tanto de una persona administrativa, lo cual lo distingue de los establecimientos de utilidad pública (común), que a pesar de su objetivo de interés general conservan siempre su carácter de organismos privados». (Sentencia de 29 de noviembre de 1946. *Anales* 357, página 273).

Como consecuencia de que el Instituto de Crédito Territorial es un establecimiento de derecho público, está la de que sus trabajadores tienen el carácter de trabajadores oficiales.

Desde la expedición del Decreto número 652 de 1935, se trazó una línea divisoria en las relaciones jurídicas del trabajador particular y del público u oficial. El artículo 1º del Decreto mencionado estipuló:

> «Se entiende por empleado particular, para los efectos de la Ley 10 de 1934, todo aquel que, fuera del servicio público u oficial, sin ser obrero, se halla obligado, mediante un contrato, a prestar sus servicios a otra persona natural o jurídica, que adquiere facultad para darle órdenes, siempre que dicha prestación de servicio no sea con carácter ocasional, bien sea en establecimientos o empresas industriales o en oficinas de otra naturaleza, sea cual fuere la remuneración de que disfrute y la forma en que le sea pagada».

El Decreto-ley número 1600 de 1945, por el cual se organizó la Caja Nacional de Previsión, estableció dos categorías de afiliados: 1ª, los afiliados forzosos; y 2ª, los afiliados facultativos. Los primeros los definió como aquellos "cuyos sueldos, salarios o emolumentos se paguen exclusivamente a cargo del Tesoro Nacional", que se hallaren prestando sus servicios el 19 de febrero de 1945 y que no estuvieran afiliados a otra caja de previsión. Los segundos los definió como aquellos que en la fecha indicada pertenecieran a otra institución de previsión social oficial o que no reunieran los requisitos de los afiliados forzosos.

Entre los trabajadores oficiales del orden nacional comprendidos por el Decreto 1600 de 1945 como afiliados facultativos, el ordinal b) (artículo 4º) del mismo Decreto cita como tales a los empleados y obreros del Instituto de Crédito Territorial.

De la anterior manera vinieron a quedar comprendidos los trabajadores del Instituto Territorial como trabajadores oficiales del orden nacional, merecedores de afiliarse a la Caja Nacional de Previsión, establecimiento público encargado de reconocer y pagar las prestaciones sociales a que tienen derecho los servidores de la Nación.

En fin de fines, pues, no solamente por la naturaleza misma del Instituto de Crédito Territorial sus servidores se catalogan como oficiales, sino que al respecto obra un reconocimiento legal, como el que se contiene en el ordinal b), articulo 4º, del Decreto-ley 1600 de 1945.

Y no solamente para las prestaciones sociales son oficiales los trabajadores del Instituto. Ellos están sometidos al régimen común de los servidores públicos. Les está vedado intervenir activamente en política. Los cobijan las incompatibilidades ordinarias de otros empleados públicos. Más aún: el funcionario o empleado del Instituto que haga uso indebido de los caudales o bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar, no comete el delito de robo, o hurto o el abuso de confianza. Comete uno más grave: el de *peculado*. ¿Por qué? "Porque se perjudica una empresa o institución en que tenga parte el Estado"; según las disposiciones pertinentes del Código Penal y el artículo 3º del Decreto con fuerza de ley número 1858 de 1951".

Corrido el traslado del negocio al señor Fiscal 2º del Consejo, en vista de fecha 25 de febrero próximo pasado emitió concepto de fondo. En él se muestra en desacuerdo con las tesis sentadas por la Sala de Decisión al admitir la demanda, y procura sustentar los argumentos contenidos en la providencia que fue materia del recurso de súplica, para concluir en que el Consejo debe "declararse *inhibido* para conocer de la demanda y fallarla en el fondo".

La Sala estima que los razonamientos que la llevaron a admitir la demanda se hallan ajustados a derecho, son jurídicos, y, luégo de examinar el expediente administrativo, los encuentra ceñidos a la realidad procesal, por lo cual considera que no es el caso de acceder a lo solicitado por el señor Fiscal, procediendo, en consecuencia, a estudiar el negocio en el fondo mediante las siguientes *consideraciones:*

Se observa, en primer lugar, que la Caja Nacional de Previsión aceptó incondicionalmente los conceptos argüidos por el Instituto de Crédito Territorial para negarse a contribuir al pago de la cuota que el proyecto de resolución puesto en su conocimiento le asignaba. Mas este proceder no es correcto, con él no se interpreta el verdadero espíritu de la ley, ni se defienden los intereses de los afiliados, ya que la competencia de la Caja en el caso del artículo 21 de la Ley 72 de 1947, para resolver la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo de ella y de otra u otras instituciones, no debe entenderse limitada al caso de irrestricto consentimiento a lo manifestado por las demás entidades llamadas a sufragar parte de la pensión. Así lo ha interpretado el honorable Consejo de Estado en varias sentencias, de las cuales se citan dos:

La de fecha 9 de septiembre de 1952, caso del doctor Gustavo A. Valbuena, de la cual fue ponente el suscrito, y que en lo pertinente dice:

> «La competencia de la Caja a la cual esté afiliado el trabajador en el momento de cumplir su tiempo de servicio, para resolver la demanda de pensión a cargo de ella y de otra u otras entidades, no puede ponerse en duda a la luz del artículo 21 de la Ley 72 de 1947, ni entenderse limitada a los casos de consentimiento irrestricto a lo resuelto por las demás entidades obligadas a sufra-

gar cuotas de la pensión. La Caja, como cualquier fallador, debe pesar las razones de la oposición, mirar si tienen fundamento legal o se apartan de la lógica y del derecho, y decidir si son valederas o nó, a fin de reconocer o nó la pensión, o asignar o nó cuota de ella a la entidad opositora. Para ello no necesita ejercer coacción sobre determinada entidad, ni que sus decisiones tengan fuerza de sentencia; basta procurar el convencimiento mediante razonamientos de orden jurídico que invaliden el motivo de las decisiones de la entidad remisa, y no resignarse a adoptar una decisión en contra de su criterio, tal vez con perjuicio de sus afiliados. Es la Caja, en primer término, quien ha debido decidir si era el caso de reconocer o nó la pensión, midiendo el alcance de los conceptos rendidos por la entidad llamada a contribuir».

Y la de 23 de septiembre próximo pasado, en el juicio del señor José Eusebio Otálora Umaña (ponente el Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve):

«La Caja estaba en la obligación de examinar el fundamento de la oposición para decretar el reconocimiento de la pensión en la parte correspondiente al Municipio de Tunja, si era "legal", o para denegarlo en el caso contrario. Pero, una vez reconocida, en esa parte, la pensión, y decretada en su integridad, tenía y tiene la obligación de pagar la cuota correspondiente a la entidad obligada, reservándose el derecho de repetir contra ella.

«No comparte la Sala el concepto contenido en las Resoluciones acusadas, en el sentido de que la apreciación del "fundamento legal", cuando éste se manifiesta por las entidades obligadas, no corresponde a la Caja, sino "a la jurisdicción contencioso-administrativa", porque este criterio conduciría poco menos que a la inefectividad de la prestación. Es la Caja quien debe estudiar y decidir si el fundamento de la negativa, a su juicio, es o nó "legal", sin perjuicio de que la determinación adoptada sea anteriormente objeto de los recursos conducentes por la vía contencioso-administrativa, en armonía con lo preceptuado en los artículos 6º y 7º del referido Decreto 2921 de 1948, reglamentario de la Ley 64 de 1947, si los interesados no se conformaren con lo resuelto por la vía gubernativa. La obligación que la Caja tiene de decretar las pensiones, cuando ello procede, implica la facultad de resolver sobre el "fundamento legal" de la oposición o negativa de las entidades obligadas».

La cuestión principal debatida en el caso *sub-judice* se reduce a decidir si el Instituto de Crédito Territorial es entidad de *derecho público*, o entidad de *derecho privado*, para determinar si sus servidores tienen el carácter de empleados públicos u oficiales, o nó, y por tanto saber si los ampara el derecho a que se les considere como oficiales o como particulares en el reconocimiento de las prestaciones sociales, de lo cual resultará la consideración que decida el aspecto legal o ilegal de los actos acusados.

Para dilucidar esta controversia es necesario, ante todo, examinar la naturaleza, origen constitutivo y actualidad orgánica del Instituto de Crédito Territorial.

«Debe tenerse en cuenta que las entidades de *derecho privado* son creadas por iniciativa particular ajustándose a las normas legales pertinentes, y sus estatutos son dictados por la respectiva asamblea de accionistas; en cambio, las entidades de *derecho público* son creadas por iniciativa oficial, mediante leyes u otras disposiciones especiales emanadas de una autoridad pública, y

sus estatutos o reglamentos siempre están sujetos a la aprobación de entidades estatales. Estos últimos establecimientos, por la finalidad de su función, son de *carácter público*, pues su creación obedece a satisfacer un servicio público; son una ayuda o cooperación del Estado a los particulares». (Sentencia de 9 de septiembre de 1952: juicio relacionado con el Banco Agrícola Hipotecario; negocio del doctor Gustavo A. Valbuena, Consejero ponente, doctor Eduardo Piñeros y Piñeros).

En virtud de las facultades de que fue investido el Presidente de la República por el artículo 15 de la Ley 224 de 1938, el Gobierno dictó el Decreto-ley número 200 de 1939, que en sus dos primeros artículos estatuye:

«*Artículo 1º* Adscríbese a los Bancos de Crédito Territorial, de que tratan los Decretos 327 y 1439 de 1938, la función de fomentar la construcción de habitaciones higiénicas para los trabajadores del campo, en la forma prevista en el presente Decreto.

«*Artículo 2º* Los mencionados organismos de crédito tendrán en la ciudad de Bogotá una oficina autónoma, con capital propio, denominada *Instituto de Crédito Territorial*, encargada de fomentar el establecimiento de bancos de la índole expresada, en todo el territorio de la República, y de coordinar el desarrollo de sus actividades en cuanto se refiere a los préstamos destinados a las viviendas campesinas, para que cumplan la función social que les está encomendada».

El artículo 16 del mencionado Decreto-ley dispone:

«El Instituto y los Bancos de Crédito Territorial quedan exentos de impuestos nacionales, departamentales y municipales, y de toda clase de contribuciones presentes y futuras. Gozarán, además, de todas las ventajas que confiere la ley a las instituciones de utilidad pública. La exención de toda clase de impuestos comprende las operaciones que celebren o ejecuten dichas entidades».

En lo referente a estatutos, en el artículo 20 se dispuso lo siguiente:

«El Ministro de Hacienda y Crédito Público designará un comité de tres miembros, que se encargará de redactar los estatutos de la oficina de que trata el artículo 2º del presente Decreto, y de llenar las formalidades relativas a su organización. Dichos estatutos, *previa aprobación del Gobierno*, serán protocolizados por el comité en una de las Notarías de la ciudad de Bogotá». (Subraya el Consejo).

Posteriormente, y de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Ley 46 de 1949, por Decreto Ejecutivo número 306 de 1940, artículo 1º, se ordenó al Consejo Directivo del Instituto reformar el reglamento de esa entidad estipulando, entre otras cosas, "que el capital del Instituto será suscrito exclusivamente por la Nación, los Departamentos y los Municipios". (Base 1ª).

También por diversas disposiciones se le han otorgado especiales privilegios propios de los establecimientos públicos, tales como la franquicia postal y telegráfica, exención de impuestos, libre importación y otros.

Asimismo se le designó un Revisor Fiscal nombrado por el Contralor General de la República, precisamente por tratarse de dineros del Estado, que deben ser controlados y vigilados por el Gobierno.

No considera la Sala necesario entrar en más comentarios o razonamientos de orden jurídico sobre la naturaleza del Instituto de Crédito Territorial, pues estima suficientes los conceptos transcritos anteriormente, extractados de los alegatos presentados oportunamente por el señor apoderado del demandante y que se acogieron como se dejó dicho.

Todo demuestra, pues, que el Instituto de Crédito Territorial es un establecimiento de creación legal; que hace parte del patrimonio del Estado, que en él no posee derecho ninguna entidad privada; que se rige enteramente por disposiciones emanadas de entidades estatales, sometido a la vigilancia y control oficial; que la ley le ha otorgado privilegios y exenciones propios de entidades oficiales, y que su autonomía obedece al carácter de entidad administrativa descentralizada a fin de asegurar mejor la efectividad del servicio público de índole técnica y beneficiaria a que está destinada; es decir, que jurídicamente debe considerarse, y así lo considera el Consejo, como entidad de *derecho público.*

Pero hay algo más. Como acertadamente lo expone el doctor Pérez en los escritos que se insertaron anteriormente, es importante tener en cuenta que el mismo Decreto que creó y organizó la Caja Nacional de Previsión, el cual dividió en dos las clases de afiliados a dicha institución, incluyó, expresamente y por vía de ejemplo, al *Instituto de Crédito Territorial* entre las entidades cuyos empleados podían afiliarse como *facultativos,* y desde luego merecer que la Caja les reconociera y pagara las prestaciones a que se hicieran acreedores por sus servicios al mencionado Instituto. Y no debe perderse de vista que el Decreto 1600 de 1945, ordinal b) del artículo 4º, habla explícitamente de *empleados y obreros nacionales,* y que la Caja Nacional de Previsión fue creada exclusivamente para atender a la efectividad de las prestaciones sociales concedidas por el legislador a los *servidores públicos* nacionales.

Lo que hasta aquí se deja dicho es suficiente para concluir:

a) Que el Instituto de Crédito Territorial es una entidad de derecho público, y por tanto sus empleados tienen el carácter de empleados públicos y su condición encaja dentro de la definición del artículo 5º del Código Político y Municipal, de lo cual resulta, en el caso concreto, que el acto del señor Gerente de dicho Instituto consistente en el oficio número 4862 de fecha 29 de julio de 1950, por medio del cual se negó a contribuir con la cuota correspondiente al pago de la pensión de jubilación del señor Elías A. Bohórquez, adolece de nulidad; y,

b) Que la Caja Nacional de Previsión incurrió en error al negar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación solicitada por el señor Elías A. Bohórquez, aceptando para ello argumentos carentes de "fundamento legal", siendo imperioso declarar nulo el acto de la misma, como se solicita en los pedimentos de la demanda.

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Es *nulo* y así se declara, el acto administrativo consistente en el oficio número 4862 de 29 de julio de 1950, dirigido por el señor Gerente General del Instituto de Crédito Territorial al Gerente de la Caja Nacional de Previsión, en cuanto considera que el tiempo trabajado en el Instituto por el señor Elías A. Bohórquez no se puede acumular para los efectos de la pensión vitalicia de jubilación;

Segundo. Declárase que el Instituto de Crédito Territorial está obligado a concurrir al pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación solicitada por el señor Elias A. Bohórquez, en la cantidad respectiva proporcional al tiempo de servicio;

Tercero. Es *nulo*, y así se declara, el acto de la Caja Nacional de Previsión consistente en el auto de 18 de agosto de 1950, en cuanto en él se acogen los conceptos consignados por el Instituto de Crédito Territorial en el oficio anulado en el punto primero, y en cuanto se abstiene de reconocer y pagar la pensión mensual vitalicia de jubilación al señor Elias A. Bohórquez; y

Cuarto. Declárase que el señor Elias A. Bohórquez tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión le reconozca y pague la totalidad de la pensión mensual vitalicia de jubilación, quedándole el derecho de repetir del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y del Instituto de Crédito Territorial, lo pagado por la cuota que a cada una de estas entidades corresponde, pudiendo descontar lo que por obligaciones con la Caja Nacional de Previsión resulte a deber el señor Bohórquez.

El reconocimiento y pago de la pensión se hará a partir de la fecha del retiro definitivo del servicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Caja Nacional de Previsión para su cumplimiento y al Instituto de Crédito Territorial, archívese el expediente principal y devuélvase a la Caja el Administrativo.

Baudilio Galán Rodríguez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, José Urbano Múnera, Alvaro Pineda de Castro, Antonio José Prieto—Luis E. García V., Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES

(Consejero ponente: doctor Eduardo Piñeros y Piñeros).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

Referencia: Expediente número 1299.
Actos de las Autoridades Nacionales.

Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 47 de 12 de mayo de 1950; 58 bis de 29 de los mismos mes y año, y 64 de 7 de junio de 1950 de la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión Social.

Unica instancia.

Opositor: Caja Nacional de Previsión, representada por sus apoderados.

....

Oportunamente, con fecha diecisiete (17) de julio de mil novecientos cincuenta (1950), ante la Secretaría del Consejo de Estado, el abogado titulado e inscrito doctor Carlos Delgado Morales, obrando a nombre y en representación del doctor Alberto Villa Real, presentó demanda ejercitando la acción de plena jurisdicción contra los actos referidos y formuló las siguientes peticiones:

«*Primero.* Que es nulo el artículo primero de la Resolución número 47 de 1950, mayo 12, por la cual la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión, en uso de sus atribuciones legales y estatutarias, resuelve aceptar la renuncia irrevocable que dizque había presentado el señor Alberto Villa Real del cargo de Subgerente de la mencionada institución.

Segundo. Que asimismo, y como consecuencia de la anterior declaración, es nulo el artículo primero de la Resolución número 58-bis de 1950, mayo 29, en cuanto ratificó la Resolución número 47, cuya nulidad solicito y a que hago alusión en el punto primero de esta demanda.

Tercero. Que es nulo también el artículo primero de la Resolución número 64 de 1950, junio 7, en el cual se pretende aclarar el artículo primero de la Resolución número 47 de 1950 en forma mañosa.

Cuarto. Que se restablezca a mi mandante en su derecho y, en consecuencia, se ordene su reintegro al mismo cargo que desempeñaba el día de la destitución, así como el pago de todos los sueldos dejados de devengar desde la fecha de la injusta destitución hasta el día que se le reintegre a su puesto.

Quinto. Que el tiempo durante el cual mi mandante ha estado suspendido se tenga en cuenta en todo caso para el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, como pensión de jubilación, cesantía, vacaciones, etc.

Sexto. Que las erogaciones que a virtud de la condena que profiera ese Tribunal, tenga que hacer la Caja Nacional de Previsión, o en su defecto, la Nación, sean satisfechas a la misma Caja o a la Nación por los miembros de la Junta Directiva culpables del acto injusto».

Como hechos generadores de la acción, expuso los siguientes:

«*Primero.* La Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión, en uso de las facultades que le confiere el numeral 1º del articulo 9º del Decreto número 1600 de 1945, por medio del Acuerdo primero de 1949, febrero 23, creó el cargo de Subgerente de la institución y determinó sus funciones.

Segundo. El nombramiento y remoción del Subgerente los reglamentan los articulos 2º y 4º del mencionado Acuerdo, que dicen: "Articulo segundo. El Subgerente será nombrado por la Junta Directiva de la Caja para periodos trienales, a partir del primero de enero de 1949. Articulo cuarto. Si el Subgerente faltare al cumplimiento de sus obligaciones, la Junta Directiva, a petición del Gerente, procederá a sustituirlo y a nombrar reemplazo para el resto del respectivo período, fundamentando previamente tal acto con la comprobación de los motivos que lo justifican.

Tercero. El día 7 de marzo de 1949, la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión eligió para el cargo de Subgerente al señor Alberto Villa Real para el periodo trienal de 1949, 1950 y 1951.

Cuarto. El señor Villa Real venia desempeñando de manera eficiente su cargo cuando, en las horas de la noche del día doce de mayo del presente año, la Junta Directiva de la mencionada institución resolvió aprobar la peregrina Resolución número 47 de 1950, "por la cual se acepta una renuncia y se hace un nombramiento". En tal providencia se afirma, contrariando la verdad, que mi mandante había renunciado irrevocablemente. El acto acusado se basa, pues, en una mentira, en un hecho falso, toda vez que Villa Real ni renunció ni ha pensado en eso.

Quinto. Cuando los miembros de la Junta Directiva se dieron cuenta del error cometido resolvieron subsanarlo, con tan mala suerte que cada paso dado por ellos constituyó otra equivocación y estructuró otro acto más injusto e ilegal que el primero. Así, el día 29 de mayo, mediante la Resolución 58-bis de 1950, ratificó el desplante del 12 de mayo, agregando, eso si, en su articulo 2º, que la Junta no hallaba mérito para denunciar ante la justicia los hechos de que fue objeto una investigación penal administrativa provocada con posterioridad al acto ligero de la destitución de Villa Real. Fueron designados investigadores los doctores Francisco Santamaria Mosquera y Joaquin S. Piñeros, quienes, después de serena, profunda y concienzuda investigación, impartieron la más absoluta y franca absolución al doctor Villa Real, a quien lo hallaron libre de culpa y, además, victima de atroz calumnia.

Sexto. A despecho del resultado favorable para mi mandante de la investigación ordenada por los miembros de la Junta, los caballeros que la integran, en su afán de quedar bien y de darle a su proceder ligero algún barniz justificativo, aprobaron otra Resolución, la 64 de 1950, junio 7, en la cual trataron de aclarar el articulo primero del acto acusado (la Resolución número 47 del 12 de mayo), diciendo que la intención que tuvieron al aceptar la renuncia irrevocable fue la de exonerar al Subgerente del ejerci-

cio de su cargo. Basta la lectura de estas providencias para cuajar la conclusión de que los ilustres caballeros que dirigen hoy en día la Caja Nacional de Previsión, o están locos, o carecen de seriedad.

Séptimo. Durante el tiempo en que Villa Real desempeñó el cargo de Subgerente, observó muy buena conducta en el trabajo, y se distinguió por su lealtad al espíritu de la Constitución y de las leyes de la República.

Octavo. Los actos acusados además de ser palmariamente injustos, son injuridicos, carecen de razón o fundamento, y se hallan basados en la mentira y en la falsedad».

Al precisar las disposiciones violadas y el concepto de la violación, el apoderado del demandante expuso:

«Los miembros de la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión, por medio de los actos acusados violaron los artículos 2º y 4º del Acuerdo número 1º de 1949, expedido por la misma Junta a virtud de la facultad que le confiere el numeral 1º del artículo 9º del Decreto número 1600 de 1945, y, también, violaron el Código de la ética administrativa, que impide que los fundamentos de los actos administrativos se hallen en pugna con la verdad y la justicia. Ni tuvieron en cuenta el periodo de tres años que sujetaba a Villa Real al servicio de la Caja, ni observaron la norma para prescindir de sus servicios que obliga al Gerente a pedir la destitución y a la Junta la de proceder a ella, siempre y cuando de la investigación previa sean plenamente comprobados los motivos que el Gerente alega, o exoneración como picarescamente dicen los honorables miembros de la Junta, debe basarse en motivos previamente comprobados que justifiquen y den basamento lógico y sólido a la correspondiente resolución. En nuestro caso, Villa Real fue *exonerado* con la mentira de la imaginaria renuncia; su destitución corroborada después de haber sido absuelto dentro de la investigación administrativa y separado de su cargo sin que el Gerente hubiera pedido tal cosa. Se llevaron de calle todas las normas y todos los cánones de la probidad.

«*Concepto de la violación.* De lo dicho anteriormente surge con nitidez extraordinaria la forma como los miembros de la Junta violaron, en afán de subsanar su primitivo error, el artículo 2º del Acuerdo número 1º de 1949, porque se irrespetó el periodo de tres años para el cual fue formalmente elegido Villa Real, y el artículo 4º del mismo Acuerdo, toda vez que ni el Gerente solicitó la destitución del Subgerente, ni la Junta fundamentó previamente los actos acusados. Como vimos, Villa Real fue destituido sin fórmula de juicio. Las Resoluciones cuya nulidad solicito carecen de fundamento; en ellas nada se dice acerca de los motivos que tuvieron para proceder así los miembros de la Junta Directiva. Solamente se habla de renuncia irrevocable, que sólo existió en el magín alocado de los señores miembros de la Junta Directiva. Ya ha dicho el honorable Consejo, en repetidas ocasiones, que la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos y que les da su ejecutoriedad, se excluye y desvanece cuando se demuestra que no son ciertos los hechos en que el acto se funda, porque la legalidad es la antitesis de la falsedad. De aquí que los actos fundados en hechos mentirosos ni son legales, ni tienen validez alguna».

El apoderado pidió la suspensión provisional de los actos acusados y, primeramente la Sala Unitaria y luego la de Decisión accedieron a ella,

pues encontraron una violación clara y manifiesta, ostensible, de una norma reglamentaria, aprobada por el Organo Ejecutivo del Poder Público y, por tanto, con fuerza de ley para la misma Junta Directiva que la dictó, y que es de superior jerarquía a las simples resoluciones de la Junta, y bajo este concepto, aparece como una norma superior de derecho.

Luégo de algunos incidentes, el doctor Alberto Villa Real fue restituído al cargo de Subgerente de la Caja Nacional de Previsión, hasta que por Resolución número 89 de 9 de noviembre de 1950, fundada en hechos nuevos y a solicitud del Gerente, declaró insubsistente el nombramiento del doctor Alberto Villa Real para el cargo dicho.

Tal Resolución dice así:

«*Resolución número 89 de 1950.* Junta Directiva. Resolución número 89 de 1950. (Noviembre 9). La Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión, en uso de sus facultades legales y estatutarias, y en especial de las conferidas por el artículo 4º del Acuerdo número 1 de 1949, y, *Considerando:* Que el señor Gerente de la institución, en nota de ocho (8) de los corrientes, ha solicitado la sustitución del señor Alberto Villa Real del cargo de Subgerente de la Caja Nacional de Previsión, por faltas administrativas en el ejercicio de su cargo, con el consiguiente incumplimiento de sus obligaciones; — Que la Junta Directiva tiene facultad para remover al Subgerente General de la Caja, a petición del Gerente, según lo dispuesto por el artículo 4º del Acuerdo número 1º de 1949; — Que, en auto de fecha veintidós (22) de agosto del año en curso, emanada de la Sala Unitaria del honorable Consejo de Estado y confirmada en auto de fecha seis (6) de agosto (sic) del mismo año por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma corporación, suspendió provisionalmente los artículos 1º de la Resolución número 47 de 12 de mayo de 1950, 1º de la Resolución número 58-bis de 29 de mayo de 1950 y 1º de la Resolución número 64 de 7 de junio de 1950, emanadas de esta Junta Directiva, con base en que no se llenaron las formalidades necesarias y prescritas por el Acuerdo 1º de 1949, para la sustitución del Subgerente de la Caja Nacional de Previsión; — Que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sentado que puede reproducirse el acto cuando su anulación provino de la falta de requisitos necesarios para su expedición, en el caso de ejercicio de una facultad reglada..., si esos requisitos se llenan en el nuevo acto (Tulio Enrique Tascón, *Derecho Contencioso Administrativo Colombiano*, segunda edición, página 196); Que los motivos que justifican la presente providencia han sido debidamente comprobados; — Que es el caso de dar aplicación a lo establecido por el Acuerdo número 1º de 1949, norma que el Consejo de Estado estima vigente; — *Resuelve:* — *Artículo único.* Declárase insubsistente el nombramiento del señor Alberto Villa Real para el cargo de Subgerente de la Caja Nacional de Previsión Social, y encárgase de ese Despacho al doctor Alberto Téllez Muñoz. — *Parágrafo.* La presente providencia regirá desde su aprobación. — Comuníquese y cúmplase. — El Presidente de la Junta Directiva (Fdo.), *Luis Morales Gómez* — El Secretario, (Fdo.), *Alberto Téllez Muñoz*».

La solicitud de destitución es del siguiente tenor:

«*Copia de la solicitud de destitución — Oficina de Gerencia.* Bogotá, ocho (8) de noviembre de mil novecientos cincuenta. — *Señor Presidente y demás miembros de la Junta Directiva.* — *Pre-*

sentes. — En mi carácter de Gerente de la Caja Nacional de Previsión, solicito a esa honorable Junta se proceda a sustituír al señor Alberto Villa Real del cargo de Subgerente de la institución, por cuanto dicho funcionario dejó de cumplir las obligaciones de su cargo, a saber: — a) Al autorizar con su firma una segunda cuenta por arrendamiento de las oficinas que ocupa la Caja en el edificio de San Francisco, durante un periodo de arrendamiento que habia sido cancelado. — b) Al ordenar la reparación del automóvil de la Subgerencia sin llenar los requisitos que exigia tal operación — c) Al ordenar el pago de pingües cuentas a la Farmacia Porter de Cartagena, a pesar de que existian serias glosas a dichas cuentas. — Muy atentamente (Fdo.), *Roberto Escallón R.*, Gerente General».

Con base en lo anterior, y en los articulos 99 y 100 del Código de lo Contencioso Administrativo, el doctor Carlos Delgado Morales solicitó, en memorial de cinco (5) de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950), "la inmediata suspensión de la Resolución número 89 del 9 de noviembre de mil novecientos cincuenta (1950), originaria de la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión". La Sala Unitaria, en auto de nueve (9) de diciembre siguiente, para resolver el anterior memorial se expresó asi:

«Para resolver se considera:

Los articulos invocados dicen:

"*Articulo 99 del Código Contencioso Administrativo.* 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 reserva 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.

"*Articulo 100.* Deberán suspenderse provisionalmente los efectos de todo acto administrativo proferido con violación de los anteriores preceptos. La orden de suspensión, en este caso, deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, a pesar de que contra ella se interponga el recurso de apelación.

Cuando estando pendiente un juicio se hubiere ordenado suspender provisionalmente un acto administrativo, y la misma corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición del articulo 99, bastará solicitar la suspensión, acompañando copia del nuevo acto.

Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del juicio, y en la sentencia definitiva se resolverá si se mantiene o nó la suspensión".

«Debe ante todo analizarse si el nuevo acto administrativo constituye una *reproducción esencial* de las providencias que fueron suspendidas por el Consejo.

«Ya se dijo en el auto de suspensión proferido por esta Sala y confirmado por la de Decisión, que el motivo de ella fue la destitución del señor Villa Real dentro del periodo para que habia sido elegido, sin cumplirse los precisos requisitos establecidos en el articulo 4º del Acuerdo número 1º de 1949, a saber: a solicitud del Gerente y fundamentando previamente la decisión con la comprobación de los hechos justificativos.

«Ahora bien: la Resolución número 89 de 1950, 7 de noviembre, que el actor afirma ser reproducción esencial de las anteriormente suspendidas por el Consejo, manifiesta, como se ha visto,

que la destitución se hace por expresa solicitud del Gerente y aduciendo los motivos o fundamentos de esa destitución. De ahí que sea preciso concluir que no se reproducen esencialmente las Resoluciones acusadas primitivamente, comoquiera que en la última, que es materia de la súplica actual, se llenan, *prima facie*, las exigencias del artículo 4º del Acuerdo número 1º de 1949.

«Se argüirá que a los autos no se ha traido la comprobación de los motivos que determinaron la última destitución de Villa Real del cargo de Subgerente de la Caja Nacional de Previsión, y quizá ello sea así. Pero si se estudian cuidadosamente los términos que emplea el Acuerdo referido en su artículo 4º, se ve fácil concluir que tal comprobación debe existir para hacer la solicitud de destitución, pues dice: "fundamentando previamente el acto con la comprobación de los motivos que lo justifiquen", pero tal comprobación no tiene por qué aparecer en el acto o resolución misma de la Junta Directiva.

«Es claro que el Consejo, a tiempo de dictar el fallo definitivo, debería estimar si realmente se comprobaron los hechos que motivaron la destitución, para efectos de la acusación que pesa sobre las resoluciones primitivas. Pero ello sería, como ya se dijo, objeto de la sentencia, comoquiera que es allí donde se analizan las pruebas y se confrontan con otras, y no en un auto de simple suspensión provisional, en donde *prima facie*, debe aparecer si el acto es violador de una norma superior de derecho.

«Resulta, por tanto, que el nuevo acto administrativo no entraña una reproducción esencial de los ya suspendidos, comoquiera que la primitiva suspensión se debió a falta de requisitos necesarios para su expedición, cual era la solicitud previa del Gerente, obrando la Junta, como obraba, dentro de las atribuciones y limitaciones reglamentarias del Acuerdo número 1º de 1949. En estos casos, ha dicho el Consejo, puede reproducirse el acto acusado, si el que lo reproduce llena los requisitos que primitivamente se pretermitieron.

«Y, entonces, si el último acto no puede estimarse como reproducción de los primeros, al menos en su sentido esencial, debe entenderse que es un acto independiente de aquéllos, una nueva providencia administrativa cuya anulación no sería materia del juicio en curso, pues se fallaría *extra petita*, comoquiera que no ha sido materia de lo principal del juicio, ni las peticiones de la demanda.

«Por las consideraciones anteriores, la Sala Unitaria estima que es el caso de negar, como en efecto niega, la solicitud de suspensión inmediata de la Resolución número 89 de 7 de noviembre de 1950, dictada por la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión, hecha por el doctor Carlos Delgado Morales en su condición de apoderado del señor Alberto Villa Real».

El demandante aceptó lo dispuesto en la anterior providencia transcrita, y al efecto presentó demanda especial contra la Resolución número 89 de 1950, de la Caja Nacional de Previsión, la que cursa ante el Consejo y de la que está conociendo el honorable Consejero doctor Alvaro Pineda de Castro, desde el dos (2) de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), en que le fue repartida, según consta de los libros de la Secretaría de esta Sala.

En los alegatos de conclusión y en la audiencia pública, las partes antagonistas, o sea, el demandante y la Caja Nacional de Previsión, sustentaron sus respectivos puntos de vista, que pueden resumirse así:

El apoderado de la Caja Nacional sostiene que, si bien aquella entidad se basó inicialmente en un hecho no verdadero, cual es el de fundarse en una renuncia no presentada por el señor Villa Real, en la primera de las Resoluciones acusadas, luégo corrigió esa irregularidad, aclarando la expresada Resolución por las subsiguientes, en que se habla de remoción y destitución del expresado señor;

Que el Acuerdo número 1º de 1949, que estableció lo relativo a la Subgerencia de la Caja, quedó implicitamente derogado por el Decreto-ley número 3869 de 1949, pues tal disposición suspendió los Estatutos de la Caja Nacional de Previsión, en los cuales se hallaba reglamentado lo relativo a la Subgerencia, nombramiento, periodo, sueldo, funciones, empleados, etc. Y se autorizó a la Junta Directiva para reglamentar nuevamente ese Departamento;

Que tales autorizaciones se referian precisamente a libertar a la Junta Directiva de las trabas que antes tenia para modificar los Estatutos. Sostiene que el requisito de la aprobación presidencial se reformó cuando se dispuso que en vez de tal aprobación posterior, bastaria un informe previo al respecto, que la Junta debia pasar al Presidente de la República. (Articulo 7º);

Que en tal virtud, la Junta expidió el Acuerdo número 7 de 1950, que no fue sometido a la aprobación presidencial «porque este requisito estatutario habia quedado suspendido por una norma superior». Tal Acuerdo reorganizó de manera general y completa el Departamento de la Subgerencia, viniendo a reemplazar todas los normas anteriores sobre la materia, quedando el Subgerente de libre nombramiento y remoción de la Junta.

Finalmente, sostiene el señor apoderado de la Caja que el demandante Villa Rel aceptó el Acuerdo número 7, en cuanto aceptó y recibió la asignación que le señalaba de $ 1.250.00 mensuales, en lugar de $ 1.000.00 que antes tenia.

Termina concluyendo en la siguiente forma:

> «*Conclusión.* Se trata de un debate esencialmente juridico: el de saber si existen las dos causales de nulidad alegadas por el actor: falsedad de motivos y violación de la ley.
>
> «2º La primera no existe, porque si inicialmente incurrió en un error de hecho, posteriormente lo corrigió dictando una nueva providencia con motivación diferente, y de la misma naturaleza de la anterior. Esta es la manera juridica de convalidar una actuación nula por falsedad de motivos.
>
> «3º Tampoco existe la violación de la ley, porque la norma que se dice violada no estaba vigente; en cambio, los actos acusados se ajustan a las normas superiores que regian en el momento en que fueron proferidos.
>
> «4º Si el Consejo encuentra que el Acuerdo número 7º de 1950 es inaplicable, debe dejar de aplicarlo en su totalidad; por consiguiente, debe quedar sin fuerza también lo relativo al sueldo del Subgerente General, y lo que el señor Villa Real recibió en exceso con base en este acuerdo, debe ser reintegrado por él a los fondos de la Caja. Por consiguiente, si el Consejo condena a la institución al pago de alguna suma de dinero, rechazando los argumentos que se han expuesto, debe ordenar que al hacerse el pago se hagan también las compensaciones del caso».

Por su parte, el señor apoderado del demandante sostiene que en síntesis se trata de lo siguiente: luégo de narrar los antecedentes de lo ocurrido con el doctor Villa Real en la Junta Directiva de la Caja Nacional:

Que la primitiva Resolución entraña un motivo falso al fundarse en una renuncia inexistente que nunca fue presentada; que las Resoluciones siguientes, la 58 bis de 29 de mayo de 1950 y la 64 de 7 de junio del mismo año, contienen también una motivación falsa a sabiendas de que la comisión investigadora había absuelto al doctor Villa Real de todos los cargos que le habían sido imputados.

Refiriéndose a la argumentación de que el Decreto-ley 3869 de 6 de diciembre de 1949, cambió el régimen de la Caja y suspendió los Estatutos, el señor apoderado del demandante sostiene que los Acuerdos 1º y 4º de 1949 no son contrarios al Decreto-ley, sino que son indispensables, ya que la Caja no podría funcionar sin tales Estatutos, de donde el Gerente deriva su existencia, y que el mismo Decreto, en su artículo 7º, ordena a la nueva Junta Directiva que presente al Gobierno un informe «*acompañado de un proyecto reformatorio de los Estatutos*» (subraya el apoderado). Sostiene también que el Acuerdo número 7 de 1950, que no creó el cargo de Subgerente sino que simplemente organizó las oficinas como acuerdo ordinario, no anuló ni sustituyó el Acuerdo número 1º de 1949. A este respecto afirma que:

> «El Acuerdo número 1º de 1949 forma hoy parte integrante de los Estatutos, los cuales no pueden ser reformados sino por medio de acuerdos *especiales*, aprobados en dos debates celebrados en sesiones distintas, hecho lo cual, tienen todavía el carácter de simples *proyectos* hasta tanto no sean sometidos a la consideración del Excelentísimo señor Presidente de la República.
>
> «Y el Acuerdo número 7 de 1950 existe y se cumple mientras no sea derogado, pero es un simple Acuerdo ordinario igual a todos aquellos en que la Junta aumenta o disminuye sueldos, o reajusta oficinas o las organiza después de creadas. Ni es Acuerdo especial, ni es reformatorio de los Estatutos, ni fue aprobado en dos debates en sesiones distintas de la Junta, ni fue sometido a la consideración del Gobierno, ni fue necesaria para su validez la aprobación ulterior del Excelentísimo señor Presidente de la República. En nada pudo afectar la existencia y vigencia del Acuerdo número 1º de 1949, especial y reformatorio de los Estatutos, como lo expresa su título al decir "Acuerdo número 1º de 1949 (febrero 23) 'por el cual se adiciona y modifica el Acuerdo número 4 de 1945, sobre estatutos de la Institución'.". Frente al Acuerdo número 7 de 1950, el Acuerdo número 1º de 1949 es una norma superior de derecho, vigente en su totalidad; tan vigente, que la propia Junta Directiva de la Caja lo invoca en noviembre de 1950, y en él fundamenta expresamente su Resolución por medio de la cual burló los efectos de un respetable fallo del honorable Consejo de Estado, al destituir por segunda vez al Subgerente Villa Real con flagrante injusticia, seis meses después del primer atropello de que lo hicieron víctima».

El señor Fiscal 1º del Consejo, en su vista de fondo, es de concepto de que se acceda a las súplicas de la demanda, fundándose para ello en la consideración única de que hubo falsa motivación en la ficción de una renuncia inexistente, citando algunas de las doctrinas del Consejo al respecto, y lo dicho en el auto que decretó la suspensión provisional.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Como se ha visto, el señor apoderado de la Caja Nacional de Previsión acepta que la renuncia es inexistente, que su aceptación constituye un hecho falso, pero que la Caja corrigió su error con las resoluciones pos-

teriores removiendo o destituyendo al Subgerente, doctor Alberto Villa Real;

Que el Acuerdo número 1º de 1949 no está vigente en virtud del Decreto-ley número 3869 de seis (6) de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), que reorganizó la Caja Nacional y suspendió las disposiciones que le fueron contrarias;

Que el Acuerdo número 7 de la Junta Directiva de la Caja, dictado en desarrollo de las autorizaciones dadas por el Decreto-ley referido, por reglamentación total de la materia y por no haber señalado periodo al Subgerente, derogó el Acuerdo número 1º de 1949;

Que el referido Acuerdo no necesitaba de dos debates ni de la aprobación del señor Presidente de la República, y que por consiguiente tiene plena vigencia.

Se estudiará cada uno de estos aspectos en capitulo especial.

La renuncia inexistente.

La doctrina sustentada en diversas ocasiones por el Consejo de Estado, sobre nulidad de los actos administrativos por motivación falsa, está concebida en los siguientes términos, tomados del expositor francés Gaston Jéze, en su obra *Principios Generales de Derecho Administrativo,* en donde dice:

> «El régimen general establece que la facultad de dejar cesante o destituir a los agentes públicos jerarquizados está contenida *implicitamente* en el poder jerárquico del jefe de servicio. Como a este funcionario le incumbe la responsabilidad por el buen funcionamiento del servicio, tiene la facultad de dejar cesante, así como tiene la facultad de nombrar. Esta facultad es *discrecional.* El jefe de servicio no está obligado a declarar los motivos que le han obligado a destituir. Pero si a pesar de no estar obligado a ello los diera, es preciso que tales motivos sean verdaderos y únicamente inspirados por la preocupación del interés público».

Cómo puede observarse en primer término, la doctrina se refiere a los «motivos que han obligado a destituir», es decir, cuando en un decreto de *destitución* se han expresado los motivos que lo determinaron, y esos motivos son falsos, como cuando se dice destitúyese al señor X por mala conducta, por desobediencia de orden superior; pero en el caso de una renuncia, ello no es asi, porque la renuncia no es el motivo de la destitución, no se destituye a quien renuncia.

Para que sea aplicable la doctrina de la nulidad de los actos administrativos por motivación falsa, según el párrafo transcrito del profesor francés, es necesario, o que el agente de servicio obre con *facultad discrecional,* por enunciación de motivos no verdaderos, que no estaba obligado a dar, o, con *facultad reglada,* cuando le es obligatorio expresar los motivos y éstos resultan falsos, porque en este último caso, para destituir, generalmente, es obligatoria la motivación, bien por disposición expresa de la ley, bien porque sea necesaria para justificar el despido. Y es de advertir que, cuando el agente jerárquico está obligado a motivar el acto, y no lo hace, hay que presumir la nulidad. Asi lo expresa claramente el mencionado expositor cuando dice:

> «Cuando un agente público está obligado a motivar su acto, debe hacerlo, bajo pena de nulidad. La ausencia de motivos es entonces un vicio radical. Esta laguna hace suponer que el motivo determinante no es un motivo de interés público». (Véase obra citada, páginas 232 y 233, volumen III).

En reciente doctrina el Consejo dijo:

> «La ficción de la renuncia, indudablemente acarrea la nulidad del acto cuando, de ser cierta, produciría perjuicios a quien se hace aparecer como renunciando. Tal sucede en los casos en que el empleado está amparado por el privilegio de la inamovilidad relativa, como cuando está dentro del escalafón de la carrera administrativa o en otro de igual clase, como en el del magisterio, porque entonces el empleado pierde ese *status* de inamovilidad condicionada por virtud de la renuncia». (Véase sentencia de seis (6) de octubre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), en el caso del doctor Oscar Duque. Ponente, Consejero doctor Piñeros y Piñeros).

Igual cosa sucede cuando el empleado fue elegido para un periodo fijo, porque por la renuncia pierde el desempeño de su cargo por el resto del tiempo para ejercerlo.

El doctor Alberto Villa Real fue elegido Subgerente de la Caja para un período triénal que empezó el primero (1º) de enero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) y vencía el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno (1951), y tenía derecho, por consiguiente, a ocupar su puesto hasta el término de la expiración del período, salvo que fuera destituido dentro de las precisas condiciones consignadas en el artículo 4º del Acuerdo número 1º de 1949, a saber: a «solicitud del Gerente» y «fundamentando previamente tal acto, con la comprobación de los motivos que lo justifiquen».

La Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión tenía competencia para destituir a Villa Real únicamente a solicitud del Gerente, y *motivando* las razones con la comprobación de los cargos que obligaron a la destitución.

Al fundarse en una renuncia inexistente, procede la nulidad del acto, no por motivación falsa, propiamente tal, sino porque constituye *desviación de poder*, o sea, por haber obrado la Junta por razones o motivos distintos de aquellos para los cuales estaba investida de competencia, como eran los señalados en el artículo 4º del Acuerdo mencionado, número 1º de 1949.

De aquí que demostrando que Villa Real no presentó la renuncia y que la Junta Directiva no obró dentro de sus precisas facultades, las Resoluciones números 47 de 12 de mayo de 1950 y 58-bis de 29 de mayo del mismo año deban considerarse ilegales, y, por tanto, afectadas de nulidad, pues, no habiendo la renuncia, la destitución sólo podía obrar dentro de la competencia que para ello tenía la Junta Directiva. Pero la Junta cayó en la cuenta de este error; comprendió que no existiendo la renuncia, sólo podía proceder a la destitución fundándola en los motivos previstos en el Acuerdo reglamentario de la Subgerencia, y fue por esta razón por la que quiso rectificar la nulidad inicial (no *ratificar*, como dice el señor apoderado de la Caja en su alegato), expresando los motivos a que obedeció la destitución, ya que aclara la primera Resolución diciendo: «la intención de la Junta Directiva al aceptar una renuncia irrevocable al señor Alberto Villa Real, Subgerente de la institución, fue exonerarlo del cargo. En consecuencia, tal decisión debe considerarse, para todos los efectos a que haya lugar, como una destitución». Pero igualmente desafortunada anduvo la Junta Directiva cuando en esta ocasión olvidó que, según el Acuerdo reglamentario tantas veces mencionado, la destitución debía hacerse «a solicitud del Gerente» y, fundamentando tal acto con la comprobación de los motivos que lo justifiquen, y en la Resolución número 64 de 7 de junio de 1950, aun cuando habla de una investigación administrativa que debía pasarse al Ministerio de Justicia, no expresó claramente que la destitución obedecía a esa investigación,

y, menos, dijo que de ella se deducía la comprobación de hechos que motivaran la destitución, ni podía decirlo, ya que en las conclusiones de la misma investigación, refiriéndose al señor Alberto Villa Real, se dijo por los investigadores:

«*No se demostró contra él ninguno de los cargos que pretendió atribuirle inicialmente el señor Luis Sobrino. Hay que declarar su inocencia teniendo en cuenta el análisis que se ha hecho de las pruebas que arroja el informativo.* Cabe aceptar que en *su contra surge una leve sospecha* fruto natural *de la calumnia de que ha sido víctima, sospecha que desaparece totalmente* teniendo en cuenta la personalidad del acusador y la de los comprometidos en el negocio que se investigó». (Véase folio 21, cuaderno principal).

De ahí que no habiéndose comprobado los cargos y no motivándose la destitución, por incumplimiento de los deberes del Subgerente Villa Real, ni habiéndose solicitado por el Gerente la destitución, como está plenamente acreditado (folio 10 del cuaderno principal), la Junta Directiva no podía destituir sin violar clara y ostensiblemente el Acuerdo número 1º de 1949.

Vigencia del Acuerdo número 1º de 1949 a la fecha de las Resoluciones acusadas.

Han sostenido los apoderados de la Caja Nacional de Previsión Social que el Acuerdo número 1º de 1949, en virtud de lo dispuesto por el Decreto legislativo número 3869 de 6 de diciembre de 1949 quedó derogado y sustituido por el Acuerdo número 7 de 1950, de la Caja Nacional de Previsión, dictado para «darle aplicación al referido Decreto».

Los razonamientos en que se fundan los apoderados de la Caja Nacional de Previsión, según el resumen de las alegaciones orales hechas en la audiencia pública, son los siguientes:

«La Caja ha venido sosteniendo, y sigue considerando, que el citado Acuerdo no está vigente. A esta conclusión la llevan los siguientes razonamientos:

"El Gobierno Nacional, después de detenido estudio, llegó a la conclusión de que los Estatutos de la Caja Nacional de Previsión debían ser modificados; consideró que la institución se distinguía por su exceso de personal burocrático, y que era conveniente y necesario establecer *en los organismos* y labores de ella sustanciales reformas (véanse los considerandos del Decreto legislativo número 3869 de 1949).

"Teniendo en cuenta las consideraciones anotadas, el Gobierno dictó el Decreto citado, por medio del cual se reformó totalmente la organización de la Caja; se modificó la composición de la Junta Directiva; se dispuso el reajuste de sus oficinas; se señaló el criterio que debía tenerse en cuenta para establecer y hacer los nombramientos, y se modificó el sistema fiscal que venía rigiendo.

"Quedaron así suspendidos la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1600 del mismo año (orgánico de la Caja), sus Decretos reglamentarios, y, desde luego, los Acuerdos sobre Estatutos de la institución, que tenían su fundamento en las normas superiores citadas.

"Entre las disposiciones suspendidas se encuentran las que contienen los Estatutos, sobre reforma de los mismos. Es apenas lógico que éstas se refirieran muy especialmente al decreto legislativo, porque si no se le diera este sentido, quedaría sin efectos, ya que todas sus demás disposiciones se relacionan integralmente con los Estatutos.

"El Gobierno no necesitaba dictar decreto legislativo para modificar la organización de la Caja, ni quisiera dejar vigentes las normas sobre reformas de los Estatutos, porque por medio de sus representantes en la Junta Directiva podía imponer mayoría suficiente para obtener cualquier reforma.

"Así lo entendió el mismo Gobierno, por medio de los Ministros que tienen puesto en la citada Junta. Así lo entendió también ésta, que ha venido desde entonces reformando toda su organización por medio de acuerdos adoptados en un solo debate, sin someterlos a la aprobación del Presidente de la República. Y así lo entendió también el señor Villa Real, cuya firma aparece en muchos de los acuerdos así adoptados, y quien aceptó la ratificación del nombramiento que le hizo la Junta 'de conformidad con el Acuerdo número 7 de 1950', *y recibió desde esa fecha el sueldo señalado por esta disposición.*

"Según el Acuerdo número 1 de 1949, existía en la Caja un cargo denominado 'Subgerencia'. El Acuerdo número 7 de 1949 reguló totalmente lo relacionado con el nuevo Departamento, denominado 'de Subgerencia', al frente del cual se puso al 'Subgerente'. A este Departamento se asignaron todas las funciones que correspondían al antiguo Subgerente, y algunas otras, señaló nueva asignación, etc.

"Basta comparar el Acuerdo número 1 con el número 7, para llegar a la conclusión de que éste reglamentó totalmente la materia a que se refería aquél, por la cual se operó la derogatoria tácita.

«El señor Villa Real aceptó la nueva situación jurídica, y continuó en el cargo de Subgerente General de la Caja, con el sueldo señalado por el Acuerdo número 7, creador de dicho cargo».

Conclusiones:

1ª Se trata de un debate esencialmente jurídico: el de saber si existen las dos causales de nulidad alegadas por el actor: falsedad de motivos y violación de la ley.

2ª La primera no existe, porque si inicialmente la Caja incurrió en un error de hecho, posteriormente lo corrigió, dictando una nueva providencia con motivación diferente, y de la misma naturaleza de la anterior. Esta es la manera jurídica de convalidar una actuación nula por falsedad de motivos.

3ª Tampoco existe la violación de la ley, porque la norma que se dice violada no estaba vigente; en cambio, los actos acusados se ajustan a las normas superiores que regían en el momento en que fueron proferidas.

4ª Si el Consejo encuentra que el Acuerdo número 7 de 1950 es inaplicable, debe dejar de aplicarlo en su totalidad; por consiguiente, debe quedar sin fuerza también lo relativo al sueldo del Subgerente General, y lo que al señor Villa Real se pagó en exceso con base en este Acuerdo, debe ser reintegrado por él a los fondos de la Caja. Por consiguiente, si el Consejo condenara a la institución al pago de alguna suma de dinero, rechazando los argumentos que se han expuesto, debe ordenar que al hacerse el pago se hagan también las compensaciones del caso».

Si se estudia cuidadosamente el Decreto legislativo referido, tanto en su parte considerativa como en su parte impositiva, se llega a la conclusión de que no modificó en forma alguna lo dispuesto en el Acuerdo número 4 de 1945, «sobre Estatuto de la Caja», sino en los puntos a que especialmente hace referencia, pero no en una forma general, y,

menos, en lo que se refiere al artículo 26, sobre la manera de reformar los Estatutos, a saber: «por medio de acuerdos especiales, que se discutirán y aprobarán en *dos debates* celebrados en sesiones distintas, acuerdos que *requieren para su validez la aprobación del Excelentísimo señor Presidente de la República*». (Subraya el Consejo).

En efecto:

En los considerandos del Decreto-ley se dice, en síntesis, que el Gobierno debe velar por el perfeccionamiento de los servicios de seguridad social de sus trabajadores; que corresponde también por ley al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la vigencia y control de estos ramos; que la Caja Nacional de Previsión, encargada del reconocimiento y pago de las prestaciones oficiales, en más de tres años, no ha puesto en práctica ningún sistema procedimental adecuado para el cumplimiento de su labor; que, en tal lapso, ha movido más de veinticinco millones de pesos, sin cumplir con el deber legal de expedir acuerdos sobre presupuestos que ordenan *los propios Estatutos que rigen la institución y reglamentan las funciones de su Junta Directiva y de su Gerente;* que la Caja carece de estudios actuariales y de estadísticas que permitan orientar con algún acierto sus futuras actividades económicas; que la Caja tiene pendientes de resolución centenares de solicitudes de afiliados fuera de Bogotá, a quienes se perjudica gravemente con la demora en el pago de sus prestaciones sociales; a tiempo que atiende preferencialmente a otras; que esta demora ha perjudicado grandemente, en especial, a los trabajadores de obras públicas, a quienes se deben más de dos millones de pesos por concepto de diversas prestaciones; que, también, se hallan seriamente afectados, por falta de pago, los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios, etc., a cargo de la Caja en los distintos Municipios del país; que la Caja se distingue por su exceso de personal burocrático, y que, además, atiende costosísimos servicios a que no está obligada y cuyo pago corresponde a la Contraloría General de la República; que estas consideraciones, y otras, que sería prolijo enumerar, son suficientes para fundamentar sustanciales reformas que la salven de graves riesgos en lo económico y que al propio tiempo redunden en beneficio de los trabajadores (empleados y obreros), sin discriminaciones ni preferencias, en forma que su salud esté debidamente atendida y canceladas en oportunidad las prestaciones económicas a que tienen derecho, mediante sistemas técnicos y procedimentales que garanticen un régimen de severas economías y de mejores servicios. En una palabra, que al Gobierno, cuyo deber era vigilar estas instituciones, le parecía, y con razón, que la Caja Nacional de Previsión no daba el rendimiento requerido, ni respondía a los altos fines que al crearla se había propuesto el legislador, debiendo, en consecuencia, proveer a una mejor organización y a una mayor eficacia en los servicios.

Fue por esto por lo que en la parte resolutiva del Decreto-ley expresado, se dispuso: Integrar una Junta Directiva de cinco miembros: Ministro de Trabajo o un delegado, quien la presidiera; Ministro de Hacienda, o un delegado; Gerente del Instituto de Seguros Sociales, o un delegado, un representante de los empleados, y, otro, de los obreros nacionales, nombrados en la forma como en el Decreto se expresa; se dispuso también que el Ministro de Higiene o su delegado tendrían solamente voz en las deliberaciones de la Junta (artículos 1º y 2º y parágrafo); Que para el año de 1950 procedería la Junta Directiva a expedir un presupuesto de ingresos y egresos, previo reajuste de las distintas oficinas suprimiendo las que se consideraran innecesarias, reduciendo empleados al mínimum indispensable para el funcionamiento de los servicios que subsistan, ajustando los sueldos en relación con los que devengaren otros empleados nacionales de igual categoría y de funciones similares, en forma de obtener un mejor servicio dentro del menor cos-

to posible, mientras se lleve a efecto la necesaria reorganización técnica (artículo 4º); Que el Gerente sería el ejecutor de las determinaciones de la Junta y presentaría el proyecto de presupuesto anual de la Caja, a ella, siendo causal de destitución el incumplimiento comprobado de cualquiera de sus obligaciones (artículo 5º); Que las designaciones de Jefes de Departamento se harían con carácter técnico: el Jefe de la Sección jurídica sería especializado en Derecho del Trabajó; el de finanzas, a cargo de un abogado experto en estadísticas, etc., cada uno con tiempo no menor de dos años en el ejercicio de su respectiva especialización (artículo 6º); Que la Junta Directiva debería presentar al Gobierno, dentro del menor término posible, un informe acerca del estado de la Caja, en cuanto a posibilidades económicas, *acompañando un proyecto reformatorio de los Estatutos* y demás reorgánicos y financieros que estima necesarios para *garantizar el normal funcionamiento en lo futuro* (artículo 7º). Se estableció el sistema de prelación para los pagos de prestaciones oportunamente (artículo 8º); la manera como se pagaría a los miembros de la Junta Directiva (artículo 9º); el control sobre métodos de contabilidad y rendición de cuentas y fiscalización de fondos por la Contraloría General de la República (artículo 10); que los empleados de la Caja tendrían el carácter de trabajadores oficiales (artículo 11); que de las decisiones de la Junta conocería privativamente el Consejo de Estado (artículo 12); y, finalmente: «En los términos de los anteriores artículos, quedan expresamente suspendidas todas las disposiciones de cualquier naturaleza, contrarias al presente Decreto».

En parte alguna, ni de manera expresa, ni implícita, aparece que hubiera sido suspendido el artículo 26 del Acuerdo número 4 de 1945; que requiere para reformar los Estatutos, la aprobación por dos debates en sesiones distintas, y, la del Excelentísimo señor Presidente de la República. Muy por el contrario, pues si la razón del Gobierno al reformar la organización de la Caja fue la de su poca seriedad, y las deficiencias técnicas y de organización de la institución, mal podía el mismo Gobierno resignar la atribución de control sobre las reformas estatutarias. El Decreto fue todavía más allá, dispuso, como ya se vio, que la Junta Directiva, a más del informe sobre el estado de la Caja, debería presentar a la consideración del Gobierno un proyecto reformatorio de los Estatutos, y, reorgánicos y financieros de la entidad, pero sin pretermitir las condiciones requeridas para la reforma de aquellos, considerándolos, por tanto, con plena vigencia y efectividad, y para mejor estudio del plan de reorganización.

No es exacta, por tanto, la afirmación hecha por el señor apoderado de la Caja de que las autorizaciones del Decreto se referían, a «libertar a la Junta de las trabas que antes tenía, para modificar los Estatutos». Nó, lo que quiso fue que la Junta acometiera la reforma de ellos en el menor tiempo posible, pero la reforma integral, juiciosa y estudiada, de los mismos, la pasara al Gobierno *previamente*, para su estudio, y para que hiciera las observaciones pertinentes y convenientes, y, luégo, se les impartiera la aprobación definitiva. El Gobierno buscó seriedad y eficacia, y no ligereza ni premura, que fueron unas de las muchas causas de la desorganización que padecía la Caja de Previsión.

Si, pues, resulta que el Decreto ley no suspendió, ni expresa ni implícitamente, el procedimiento de reforma de los Estatutos, resulta igualmente cierto que el Acuerdo número 7 de 1950 no tiene vigencia respecto de los puntos en que cambiara la norma orgánica y directriz de la Caja, porque no se ajustó a aquel procedimiento, ni tampoco se sometió a la aprobación del Gobierno.

Si la Caja «entendió y lo ha venido practicando», que bastaba un solo debate sin aprobarse por el Gobierno, para cambiar los Estatutos de ella, lo entendió mal y lo ha venido practicando mal, porque se sustraería completamente al control del Gobierno, a su vigilancia y orientación,

que era justamente lo que no se quería, y lo que procuraba impedirse por medio del Decreto, ya que, como se vio, éste exigió la presentación del informe y proyectos previos, para la reforma y reorganización prospectados para la Caja.

Lo que parece evidente es que el Acuerdo número 7 de 1950 es un Acuerdo ordinario, no reformatorio de los Estatutos. En efecto, se trata de una norma que no crea un organismo en la Caja, como el Acuerdo número 1º que creó la Subgerencia, sino que reorganizó esa dependencia, aumentándole el sueldo y señalándole funciones técnicas, reajustando el personal y dándole atribuciones, agrupando el personal de otras dependencias, y que es de cumplimiento formal mientras no sea derogado, como dice el señor apoderado de Villa Real.

Así también lo entendió la Junta Directiva de la Caja, cuando en sesión del 24 de enero de 1950, dijo, según la copia del acta respectiva:

> «La honorable Junta resolvió por determinación unánime, no aceptar la renuncia que del cargo de Subgerente había presentado en la primera sesión celebrada en este año el señor Alberto Villa Real, y, en consecuencia, *ratificó la respectiva elección para el periodo en curso,* con el carácter de Subgerente General y con sueldo mensual de $ 1.250,00, conforme al Acuerdo número 7 de 1950».

Porque si hubiera entendido que el cargo era distinto, debía haber hecho el nuevo nombramiento, y, porque si hubiera entendido que no existía ya el periodo por la reorganización, ha debido expresarlo así, y no «*ratificar la elección para el periodo en curso*».

En todo caso, el Acuerdo número 7 de mil novecientos cincuenta (1950), en parte alguna deroga, implícita ni explícitamente, lo dispuesto en los artículos 1º y 4º del Acuerdo número 1º de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), sobre el periodo del Subgerente, y condiciones para su destitución.

Y si se le destituyó al señor Villa Real dentro del periodo sin llenar las formalidades preestablecidas para ello, se violó aquella norma, parte de los Estatutos, y por tanto, de categoría superior a las determinaciones de la Junta Directiva de la Caja.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Siendo la intentada la acción de plena jurisdicción, como consecuencia de la nulidad, procede el restablecimiento del derecho; mas éste debe limitarse hasta la fecha en que el doctor Alberto Villa Real fue restablecido al cargo de Subgerente de la Caja Nacional de Previsión, ya que, como se dijo en el auto de fecha nueve (9) de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950), la acción contra la Resolución número 89 de mil novecientos cincuenta (1950), que destituyó por segunda vez a dicho funcionario, no puede considerarse como reproducción esencial de las anteriores, que fueron suspendidas, y era procedente que se demandara separadamente, pues el fallo conjunto iría más allá de lo pedido en la demanda, habiéndose demandado efectivamente esta última Resolución, juicio que está en curso, como se dejó dicho atrás.

Por las anteriores consideraciones, el honorable Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador, y de acuerdo con él en lo fundamental, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Es nulo el artículo primero de la Resolución número 47 de doce (12) de mayo de mil novecientos cincuenta (1950), proferido por la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión.

Segundo. Es nulo el artículo primero de la Resolución número 58-bis, de veintinueve (29) de mayo de mil novecientos cincuenta (1950), originaria de la misma institución.

Tercero. Es igualmente nulo el artículo primero de la Resolución número 64 del siete (7) de junio de mil novecientos cincuenta (1950), también de la Junta de la Caja.

Cuarto. La Caja Nacional de Previsión pagará al señor Alberto Villa Real, en el término previsto en el artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo, los sueldos dejados de devengar como Subgerente de aquella entidad, desde que fue removido de su cargo, hasta el día en que se le reintegró a virtud de la suspensión provisional de los actos acusados, descontando, si fuere el caso, lo que hubiere devengado por concepto de sueldos del Tesoro Nacional.

Quinto. El término durante el cual el señor Villa Real estuvo suspendido en el ejercicio de sus funciones deberá tenerse en cuenta para el reconocimiento de sus prestaciones sociales.

Sexto. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente en su oportunidad.

Alvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, José Urbano Múnera—Luis E. Garcia V., Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES

(Consejero ponente: doctor Eduardo Piñeros y Piñeros).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, junio dos de mil novecientos cincuenta y tres.

Referencia: Expediente número 3079.
Actos de las autoridades nacionales. Unica instancia.
Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 6598 de 24 de octubre de 1951, de la Caja Nacional de Previsión.

Demandante: doctor Guillermo Peñuela R.

El doctor Guillermo Peñuela R., mayor de edad, vecino de Bogotá, abogado recibido e inscrito, ante este Despacho, obrando en nombre propio, con fecha 9 de noviembre de 1951, presentó demanda contra la Resolución de la referencia en la siguiente forma:

«Ante esa entidad y por el presente escrito propongo demanda de nulidad de la Resolución número J-6598 de 24 de octubre del año que corre, proferida por el señor Gerente de la Caja Nacional de Previsión, en la que se resuelve "confirmar en todas sus partes la Resolución número J-5684 de 10 de septiembre de 1951, por medio de la cual se negó al señor Guillermo Peñuela el reconocimiento y pago de un auxilio de cesantía.

«Consecuencialmente demando o solicito también por este escrito que se me restablezca en mis derechos, los que considero abiertamente violados con la Resolución acusada, restablecimiento que debe consistir en la orden que se imparta en la sentencia que ponga fin a la acción incoada para que la Caja Nacional de Previsión proceda inmediatamente a la liquidación definitiva y pago integral del auxilio de cesantía a que tengo derecho como extrabajador del Estado, ello de conformidad con las normas trazadas en la Ley 6ª de 1945, concordantes y demás disposiciones legales que regulan la materia, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado, los sueldos devengados, las primas pagadas, etc.».

Como hechos generadores de la acción el demandante expuso los siguientes:

«a) Desde marzo de 1938 el suscrito venía desempeñando ininterrumpidamente y en propiedad diversos cargos en la Rama Jurisdiccional del país, entre ellos el de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, el cual desempeñaba cuando a fines de 1948 resolvió, haciendo uso de un derecho, solicitar a la Caja Nacional de Previsión, a la cual hallábase ya afiliado por virtud de la fusión operada entre ésta y la hoy extinguida Caja Judicial un *avance parcial* de cesantía por la suma de cuatro mil pesos moneda corriente, suma que sería destinada a la compra de un lote de terreno;

«b) La Caja Nacional de Previsión, en Resolución número J-1005 del 11 de febrero de 1949, accedió en parte a lo pedido y pagó al suscrito un auxilio *parcial* de cesantía por la suma de $ 3.900.73, moneda corriente, pues en concepto de la institución y de acuerdo con las constancias del caso, según se dice, el peticionario había dejado de cubrir alguno o algunos de los aportes o descuentos a que estaba obligado (sin expresar cuál o cuáles), los que ascendían a la suma de noventa y nueve pesos con veintisiete centavos ($ 99.27) moneda corriente.

«c) Por razón de no haber sido reelegido para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá y haber quedado por ello cesante, el suscrito, con fecha 11 de julio del presente año, solicitó de la Caja Nacional de Previsión la liquidación total y pago del auxilio de cesantía que le correspondía como extrabajador del Estado, acogiéndose para el caso a las disposiciones legales más favorables, es decir a las de la Ley 6ª de 1945, tal como lo consagra ésta en su artículo 36. El suscrito, junto con su petición, presentó algunos documentos que solicitó fueran agregados a los ya allegados para la tramitación sobre el avance de cesantía, a fin de que unos y otros se tuvieran en cuenta para los efectos de la liquidación definitiva del auxilio de cesantía demandada;

«d) La Caja Nacional de Previsión, con fecha 10 de septiembre del año que avanza, dictó la Resolución número J-5684, por medio de la cual decidió NEGAR al suscrito el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía solicitado, alegando como razón fundamental la de que ya "se le había reconocido y pagado un auxilio *parcial* de cesantía por valor de $ 4.000.00, correspondiente a los servicios prestados en la Rama Jurisdiccional, durante el período del 10 de marzo de 1938 al 13 de diciembre de 1948, suma que ascendía al máximo autorizado por la ley";

«e) Como era lógico, natural y humano, de semejante decisión de la Directiva de la Caja el suscrito pidió reposición, dando para ello abundantes e incontrovertibles razones de orden legal, jurídico y moral, pero la Gerencia se negó a reponer, como era de esperar, su providencia, aduciendo para ello los pueriles argumentos que se leen en la Resolución demandada;

«f) El suscrito solicitó también al señor Gerente de la Caja, en el escrito de reposición supradicha, un estudio juicioso en lo tocante a los descuentos que se le hicieron como trabajador afiliado a la Caja respectiva, pues, como ya se expresó, en la liquidación provisional que al respecto se hizo en la Resolución que concede el avance parcial de cesantía, aparece debiendo aporte o aportes que no se individualizaron y que ascendían a la suma de noventa y nueve pesos con veintisiete centavos. Estudio que el suscrito solicitaba teniendo en cuenta tanto los documentos adjuntados a la petición de avance de cesantía como los allegados posteriormente para los efectos de la liquidación definitiva de la cesantía reclamada, con el fin de que la institución, por conducto de su Gerente, expresara con la claridad y precisión debidas cuáles eran las cuotas o descuentos que se habían dejado de cubrir o que el pagador respectivo no había cubierto y que impedían declarar que por este concepto el peticionario estaba a paz y salvo con la Caja.

«Pero el señor Gerente de la institución, en la Resolución que demando, como en ella puede leerse, decidió abstenerse de "debatir las 'objeciones' ahora formuladas, por considerar que ellas han debido presentarse en su debida oportunidad".»

Como disposiciones violadas se expresaron las siguientes:

«El inciso 1º del artículo 30 de la Constitución Nacional, sobre derechos adquiridos con justo título; el artículo 215 de la misma obra, así como el inciso 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887; así como es violatoria también de todas las disposiciones que regulan o se relacionan con el reconocimiento, monto, liquidación y pago del auxilio de cesantía a los trabajadores oficiales, consignadas en la Sección III de la Ley 6ª de 1945, especialmente en sus artículos 17, 20 y 36. Y es violatoria igualmente del espíritu y letra del Decreto-ley número 1490 de 6 de julio de 1951, que aclaró la situación de los servidores de la Rama Jurisdiccional del país frente a la Caja Nacional de Previsión».

El concepto de la violación lo sustenta así el abogado demandante:

«La providencia acusada viola los preceptos constitucionales que tutelan los derechos adquiridos, por cuanto se apoya en una Resolución emanada de la misma Gerencia, de fecha posterior a las disposiciones legales que reconocen o conceden un derecho a los trabajadores del Estado en cuanto a prestaciones sociales, Resolución que tenía o tiene la finalidad muy clara de contrarrestar arbitrariamente los efectos del Decreto ejecutivo número 1490, de 6 de julio del presente año, por virtud del cual el Gobierno Nacional quiso impedir que la Caja Nacional de Previsión, valiéndose de argucias y de sutilezas, continuara extorsionando a los servidores públicos. Sin que pueda motejarse de temeraria esta afirmación sobre la finalidad de la tal Resolución, que tiene fecha un poco anterior a la del mencionado Decreto-ley, pues sabido es que la elaboración de éste fue prolongada y conocida por todos.

«También viola la providencia impugnada las disposiciones concernientes a la interpretación jurídica de las leyes, por cuanto en ella se da una interpretación errónea al citado Decreto-ley número 1490, de 6 de julio de 1951, al afirmar que éste no cobija a las prestaciones *causadas* con anterioridad a la fecha del mismo, siendo así que el referido estatuto lo que dispone en su artículo 2º es que las prestaciones *ya reconocidas* y las *situaciones resueltas* por la Caja, no podrán ser objeto de modificación alguna con base en las disposiciones del mismo Decreto. Lo que quiere decir lógica y jurídicamente que el Decreto SI RIGE y opera en los demás casos, como en el del suscrito, cuya situación en cuanto al auxilio de cesantía definitivo que le corresponde no ha sido resuelta aún. Por ello la Resolución demandada debe caerse por ser violatoria del texto expreso del citado Decreto.

«Y es violatoria también la Resolución cuya nulidad se pide, del artículo 36 de la Ley 6ª de 1945, por cuanto no se aplicaron las disposiciones más favorables al trabajador, como se ordena en tal disposición y como se solicitó en el memorial petitorio de la prestación, siendo por ello acusable la Resolución indicada y por violar expresamente el artículo 17 de la misma ley».

La demanda fue admitida y se le dio la tramitación correspondiente, dentro de la cual se solicitó se tuviera como prueba la documentación contenida en el expediente administrativo levantado en la Caja Nacional de Previsión, el que se ordenó fuera remitido original a este Despacho para los efectos legales.

Al serle corrido el traslado al señor Fiscal 1º del Consejo para vista de fondo, éste funcionario, con fecha 2 de mayo de 1952, rindió concepto en el sentido de que se declare probada la excepción de inepta demanda, y para fundamentarlo se expresa así:

«Dan cuenta los autos de que el doctor Guillermo Peñuela R. solicitó de la Caja Nacional de Previsión que le reconociera y pagara el auxilio definitivo por concepto de cesantía, y que dicha entidad, por medio de la Resolución número J-5684 de 10 de septiembre de 1951, negó tal solicitud; recurrida en reposición esta providencia, la misma Caja Nacional de Previsión, por medio de la Resolución número J-6598 de 24 de octubre del mismo año, negó la reposición impetrada al confirmar la citada Resolución número J-5684 de 10 de septiembre de 1951, por medio de la cual se negó al señor Guillermo Peñuela R. el reconocimiento y pago de un auxilio de cesantía.

«Inconforme el actor con lo resuelto por la Caja, ha acudido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ejercitando la acción de plena jurisdicción contra la última de las providencias a que se ha hecho referencia, esto es, contra la Resolución J-6598 de 24 de octubre de 1951.

«Dadas las anteriores circunstancias este Despacho estima que se ha demandado un acto incompleto, y por consiguiente se configura la excepción de "inepta demanda". En efecto: el acto acusable está compuesto de las Resoluciones números 5684 y 6598 de 1951, expedidas por la Caja Nacional de Previsión, y por consiguiente la acción ha debido dirigirse contra esas dos Resoluciones y no contra la última, como lo hizo el actor, pues admitiendo en gracia de discusión que se anulara la Resolución demandada número J-6598 de 1951, la primitiva Resolución número 5684 de 10 de septiembre de 1951 quedaría vigente por no haberse demandado y no ser materia de la acción de plena jurisdicción».

El abogado demandante que había llevado el negocio en propio nombre, confirió poder para que lo representara al doctor Guillermo Hernández Rodríguez, el que una vez reconocido como tal, solicitó la práctica de audiencia pública, que no pudo celebrarse por razón de haber estado el Consejo en la fecha señalada practicando visita a los Tribunales Administrativos, por lo cual el apoderado del demandante desistió de la práctica de la audiencia, presentando, por razones de economía procesal, un escrito tendiente a controvertir la tesis sostenida por el señor Fiscal en la vista de fondo que se dejó transcrita.

Planteada por el señor Fiscal la excepción de inepta demanda, tanto por disposición de la ley como por técnica procesal, corresponde a la Sala estudiarla de modo preferente para decidir sobre ella y, si estuviere probada, declararlo así prescindiendo del estudio de fondo; y si no lo estuviere, proceder a estudiar las peticiones del demandante, frente a los hechos demostrados y a las disposiciones que se dicen violadas y en que fundamenta su derecho.

Es verdad, como lo dice el señor Fiscal, que el Consejo de Estado ha sostenido jurisprudencialmente en el caso de que para poner término a una controversia administrativa se dicte una resolución y ésta sea recurrida bien en vía de reposición ante el mismo funcionario, o por apelación ante el superior jerárquico, deben demandarse ambas resoluciones, la que resuelve primitivamente y la que desata el recurso interpuesto, llegando el Consejo hasta aceptar que la resolución que es esencial demandar, sería la primera porque «al producirse la nulidad el acto administrativo caería por su base, mientras que en el caso contrario quedaría la base en pie y caería solamente la culminación o la cúpula de la estructura del acto administrativo, quedando en pie su base o fundamento».

Mas esta doctrina no puede ser absoluta, ya que exigiendo la ley que se agote el procedimiento gubernativo como condición indispensable para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, re-

sulta lógico pensar que sería la resolución que cierra ese procedimiento y que agota la vía gubernativa la que debe ser materia del recurso, pues si esta jurisdicción tuviera que decidir sobre toda la actuación administrativa, ésta no tendría ningún objeto, resultando inoperante obligar al interesado a seguir un procedimiento que a la postre resultaba inútil. Sin que valga el argumento de que al anular el Consejo el último de los actos proferidos quedaba en pie la base y no se derruía sino la cúpula o culminación del proceso, porque lo que le da sustentación y validez a una providencia es, justamente, su confirmación o adopción, ya sea por el propio funcionario o por el superior jerárquico, y no viceversa.

Quien acusa una resolución contra la cual se ha interpuesto un recurso, nada acusa; entre otras razones, porque apenas habrá para qué advertir que una resolución que está reclamada no vincula legalmente, ni crea derechos ni obligaciones susceptibles de causar perjuicio, ya que aunque procesalmente deba tenérsela como existente, sin embargo su estabilidad y firmeza está condicionada, por imperio legal, al resultado del recurso. Este resultado, o lo que es lo mismo, la resolución que lo contiene, es el que efectivamente crea la determinación cierta de la Administración y como tal la única que está llamada administrativamente a producir no sólo su efecto propio, sino a comunicárselo a la resolución contentiva de la determinación materia del recurso.

Cosa distinta, sin embargo, sucede cuando la resolución que decide del recurso de reposición o apelación contiene puntos nuevos, o modifica o aclara o reforma en alguna manera la resolución primitiva, pues entonces, para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo pueda decidir de manera completa sobre todos los puntos de la controversia, es obvio que deben demandarse las dos resoluciones que, complementándose entre sí, prestan unidad al acto administrativo. El juzgador, en cada caso, deberá apreciar estas circunstancias.

Pero cuando, como en el caso presente, la segunda resolución no hace sino confirmar la primera y, además, involucra dentro de su parte resolutiva lo resuelto en la primera de las providencias, resulta inoficioso e innecesario obligar al demandante a acusar los dos actos administrativos, ya que el primero está expresa y virtualmente contenido en el segundo.

En el caso que se estudia, el demandante doctor Guillermo Peñuela R. expresó:

> «Propongo demanda de nulidad de la Resolución número J-6598 de 24 de octubre del año que corre (1951), proferida por el señor Gerente de la Caja Nacional de Previsión, en la que resuelve *"confirmar en todas sus partes la Resolución número J-5684 de 10 de septiembre de 1951, por medio de la cual se negó al señor Guillermo Peñuela R. el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía"*.»

De esta manera el demandante está expresando en forma, por implícita no menos clara, que la primera de las Resoluciones, o sea la confirmada, está también comprendida en la acusación y es objeto del litigio, y por tanto al decidir el Consejo sobre su legalidad no falla *ultra petita*, ya que la demanda debe interpretarse en su conjunto, teniendo en cuenta el verdadero sentido de la acción, y el interés de las partes, ya que la medida de las acciones la da el interés jurídico, sin que sea posible sacrificar el derecho a las fórmulas sacramentales, pues, como dice el artículo 472 del Código Judicial «el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y con este criterio han de aplicarse *las disposiciones procedimentales* y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho».

Esta disposición, que es de aplicación en la jurisdicción ordinaria, tiene mucho mayor razón de ser en lo contencioso-administrativo en acción de plena jurisdicción en que la ley otorga a los organismos encargados de aplicarla un verdadero derecho pretoriano, consistente en «estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas» para restablecer el derecho particular que hubiera sido violado por los organismos de la Administración (artículo 69 del Código de lo Contencioso Administrativo).

A todo lo largo de los razonamientos expuestos por el doctor Guillermo Peñuela en su demanda se llega a la conclusión nítida de que su intención fue la de atacar las decisiones de la Caja Nacional de Previsión, o sea, en una palabra, la negativa a reconocerle el auxilio de cesantía. Resultaría, de consiguiente, injurídico e inequitativo, no decidir sobre sus solicitudes a pretexto de que explícitamente no había demandado sino la última de las Resoluciones proferidas por aquella entidad.

No debe, por tanto, prosperar la excepción de inepta demanda propuesta por el Ministerio Público.

La cuestión de fondo.

Al determinar las disposiciones violadas, el doctor Guillermo Peñuela señaló como infringidas «el inciso primero del artículo 30 de la Constitución Nacional sobre derechos adquiridos con justo título; el artículo 215 de la misma obra; así como el inciso primero del artículo 5º de la Ley 57 de 1887; así como es violatoria también de todas las disposiciones que regulan o se relacionan con el reconocimiento, monto, liquidación y pago del auxilio de cesantía a los trabajadores oficiales, consignadas en la Sección III de la Ley 6ª de 1945, especialmente en sus artículos 17, 20 y 36», siendo violadora «igualmente del Decreto-ley 1490 del 6 de julio de 1951, que aclaró la situación de los servidores de la Rama Jurisdiccional del país frente a la Caja Nacional de Previsión».

Suficientemente conocida es la doctrina del Consejo de Estado a este respecto, y ella puede sintetizarse en que una vez refundida la Caja de Previsión del Organo Judicial con la Caja Nacional de Previsión, dejaron de regir las leyes que regulaban las prestaciones especiales concedidas a la Rama Jurisdiccional, y en especial la limitación del derecho de cesantía establecida por la Ley 95 de 1946, a virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 6ª de 1945, que estableció que los empleados y obreros nacionales afiliados a una Caja especial sólo gozarían de las prestaciones que tuviera establecida dicha Caja, de donde se deduce, *a contrario sensu*, que habiéndose anexado la Caja Judicial a la Nacional, en virtud de la facultad que le confiriera el artículo 21 de la Ley 6ª, mencionada, los que pertenecieron a la primera de dichas instituciones quedaron gozando de las prestaciones generales establecidas por la Ley 6ª de 1945 para los empleados y obreros nacionales, y no de las prestaciones especiales que regulaban a los antiguos afiliados a la Caja Judicial, no solamente por mandato del artículo 21, citado, sino por virtud de lo establecido en el artículo 36, que dispuso tanto para trabajadores oficiales como particulares, de la aplicación preferencial de disposiciones que consagran prestaciones más favorables al trabajador.

De ahí que la Sala estime no ser necesario entrar a estudiar, pormenorizadamente, todas y cada una de las disposiciones señaladas como infringidas, entre las cuales se encuentran las que acaban de citarse.

Respecto al caso concreto del doctor Guillermo Peñuela, sucedió lo siguiente:

Estando afiliado ya a la Caja Nacional de Previsión, solicitó un *avance parcial* (subraya el Consejo) de cesantía (folio 7º del expediente administrativo), el que le fue concedido para la compra de un lote de terreno, por Resolución número 1005 de 11 de febrero de 1949, de la Caja Nacional de Previsión, Resolución que claramente expresa el reconocimiento de «*un auxilio parcial de cesantía*» (folio 23 del expediente administrativo) y que se le concedió por la suma de $ 3.900.73.

El doctor Peñuela se retiró del servicio por no haber sido reelegido para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, antes del 6 de julio de 1951, fecha de la vigencia del Decreto Legislativo número 1490 de tal año, y solicitó su cesantía definitiva el 11 de julio siguiente, razón que alega la Caja en la Resolución número 5684 de 10 de septiembre de 1951 para negarle el reconocimiento de la cesantía.

Sostiene la Caja en la Resolución que desató el recurso de reposición, o sea en la número 6598 de 24 de octubre de 1951, que la legislación aplicable era la que regulaba los derechos de los trabajadores de la Rama Jurisdiccional, cuando ello no es así, como se ha dejado demostrado.

Sostiene igualmente que la liquidación parcial es exhaustiva, según lo dispuesto por el Decreto número 200 de 1947, es decir, que tales liquidaciones no están sujetas a revisión posterior.

La Sala considera que esta apreciación de la Gerencia de la Caja Nacional de Previsión es totalmente equivocada, y que la disposición invocada dice precisamente todo lo contrario, si se la estudia en concordancia con la legislación general.

En efecto:

El artículo 4º del referido Decreto número 200 de 1947, en su última parte, dispone que cuando el valor del auxilio de cesantía sea mayor a la suma requerida por el trabajador, «el saldo que resulte a favor del trabajador se reservará para acumularlo a las liquidaciones parciales o a la definitiva del mismo auxilio *a que posteriormente pueda tener derecho*» (subraya el Consejo). Y no debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 1º del mismo Decreto, no pueden liquidarse a los trabajadores cesantías parciales, sino para los fines previstos en la ley y por sumas no mayores de las requeridas para tales efectos. Porque es de la esencia del derecho de cesantía el ser salario diferido, exigible en su totalidad sólo al terminarse el contrato de trabajo o la relación de servicio, según sea el trabajador particular u oficial. Pudiéndose únicamente hacer avances parciales para los fines previstos en la ley, precisamente para garantizar al trabajador el pago integral de su derecho al tiempo del retiro o la dejación del servicio. Porque lo que la ley busca es el amparo y protección del trabajador, y no lo contrario, es decir que so pretexto de avances, se burle su derecho al ajuste definitivo del auxilio, cuando haya habido después de las liquidaciones parciales aumentos de salario o mayor tiempo servido, pues la cesantía debe liquidarse definitivamente sobre el cómputo del sueldo devengado en los tres últimos meses y por todo el tiempo de servicio continuo o discontinuo (artículo 17, ordinal a), Ley 6ª de 1945, Decreto 1160 de 1947 y artículo 1º de la Ley 65 de 1946); interpretación distinta del Decreto contraría los textos expresos de la ley y en estas condiciones sería inoperante.

Dice, igualmente, la Caja Nacional, que según el Decreto número 1490 de 6 de julio de 1951, no puede reconocerse al doctor Peñuela el complemento de la cesantía, porque según esa norma «las prestaciones causadas con anterioridad al Decreto en referencia no están cobijadas por este nuevo estatuto, y, en *consecuencia*, se les aplican las normas anteriores», y en autos consta que el interesado se retiró del servicio el 20

de mayo de 1951, es decir, un mes y diez y seis dias antes de entrar en vigor el mencionado Decreto.

El argumento es inocuo, porque los derechos de los afiliados a la Caja Nacional de Previsión, que lo fueron a la antigua Caja de la Rama Jurisdiccional, no los derivan de ese Decreto, sino del hecho de la fusión de las dos Cajas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 6ª de 1945, como se ha dejado establecido.

Pero aun cuando así no fuera, del texto del Decreto no se deduce lo que la Caja Nacional sostiene, sino lo contrario.

Debe subrayarse que en la Resolución de la Caja que puso término a la vía gubernativa, quizá por la no aconsejable costumbre de citar disposiciones fiándose de la memoria del funcionario que redacta una providencia, se cambia completamente el sentido de la norma.

En efecto:

En ninguna parte del Decreto se habla de prestaciones *causadas* con anterioridad al Decreto, sino de prestaciones «ya reconocidas» y de «las situaciones resueltas por la Caja». Lo que significa, precisamente, todo lo contrario de lo que quiso decir la Caja, porque la prestación reclamada por el doctor Peñuela ya se había causado, pero no se había reconocido, ni se había resuelto, y por consiguiente si le era aplicable la norma del Decreto 1490, sobre nivelación de prestaciones de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional con los demás funcionarios nacionales.

Basta leer los considerandos del Decreto 1490 de 6 de julio de 1951 para concluir que este Decreto es aclaratorio de las normas anteriores y su sentido es favorable a los derechos de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, pues dice que tales funcionarios que «*contribuyen con mayores aportes a dicha institución, tienen algunos derechos restringidos respecto a otros afiliados*»; y «*que es deber del Gobierno acabar con esas desigualdades* imponiendo la uniformidad de las obligaciones y derechos de los afiliados a la Caja Nacional de Previsión». (Subraya el Consejo).

Las anteriores consideraciones son más que suficientes para que la Sala considere que deben prosperar las súplicas de la demanda.

Por tanto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador y en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Es NULA, y así se declara, la Resolución número J-6598 de 24 de octubre de 1951, proferida por la Caja Nacional de Previsión, que confirmó la Resolución número J-5684 de 10 de septiembre del mismo año, y consecuencialmente es NULA, y así se declara, la Resolución confirmada;

Segundo. La Caja Nacional de Previsión Social liquidará, reconocerá y pagará al doctor Guillermo Peñuela R., en el término señalado en el artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo, el auxilio de cesantía a que tiene derecho, según el último sueldo devengado y por el tiempo de servicios contado a partir del 1º de enero de 1942 en adelante;

Tercero. De la suma anterior se le descontará al doctor Guillermo Peñuela R. lo que le fue reconocido como auxilio parcial de cesantía por Resolución número 1005 de 11 de febrero de 1949, de la Caja Nacional de Previsión.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente, previa devolución de las diligencias administrativas.

Ildefonso Méndez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño—Luis E. García V., Secretario.

AUTORIDADES NACIONALES

(Consejero ponente: doctor Eduardo Piñeros y Piñeros).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

Referencia: Expediente número 3316.
Actos de las autoridades nacionales.
Nulidad de las Resoluciones números J-7506 de 30 de noviembre de 1951 y J-0108 de 8 de enero de 1952, expedidas por la Caja Nacional de Previsión Social.

Demandante: Rubén Darío Leyva.
Apoderado: Doctor Cristóbal García Pinzón.

El doctor Cristóbal Garcia Pinzón, mayor y vecino de Bogotá, abogado titulado e inscrito, obrando como apoderado especial del señor Rubén Dario Leyva, también mayor y vecino de la misma ciudad, por medio del escrito presentado ante la Secretaria del Consejo de Estado el 31 de marzo de 1952, demandó la nulidad de las Resoluciones de la referencia solicitando que como consecuencia de esto, se declare que el señor Rubén Dario Leyva tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión le pague la suma de ochocientos catorce pesos con ochenta y cinco centavos ($ 814.85) moneda corriente, en lugar de ciento sesenta pesos con once centavos ($ 160.11) que esta entidad le reconoció por medio de las Resoluciones acusadas, como auxilio de cesantia.

Los hechos que originaron el presente juicio los relata el doctor Garcia Pinzón de la siguiente manera:

«1º El señor Rubén Dario Leyva trabajó como empleado al servicio del Estado, desde el 1º de mayo de 1945 hasta el dia 20 de junio de 1951, asi: del 1º de mayo de 1945 al 27 de marzo de 1946, como Cajero Principal de la Administración de Hacienda Nacional en Ibagué; y de esa fecha hasta el día de su despido, 20 de junio de 1951, en la Contraloria General de la República;

«2º La Contraloria General de la República, una vez hecho el estudio correspondiente, liquidó y reconoció a favor del señor Leyva la suma de $ 5.529.50 moneda corriente, por concepto de la cesantia a que tenia derecho de conformidad con los preceptos legales pertinentes; pero advirtiéndole que de ese valor correspondia pagar a la Caja Nacional de Previsión la suma de $ 814.85, por concepto de los servicios prestados por Leyva a la Administración de Hacienda Nacional de Ibagué;

«3º Hecha por el señor Leyva la correspondiente solicitud de pago de la referida cantidad de $ 814.85 a la Caja Nacional de Previsión, ésta sólo le reconoció la suma de $ 160.11 moneda corriente, alegando que no era el caso de tomar para la liquidación a que tenía derecho, el último sueldo devengado sino el que de-

vengó mientras estuvo al servicio de la Administración de Hacienda Nacional de Ibagué;

«4º Reclamada por el señor Leyva la Resolución J-7506 de fecha 30 de noviembre de 1951, por medio de la cual la Caja sólo le reconoció la suma de $ 160.11 moneda corriente, en vez de $ 814.85, la Caja se negó a corregir su error, agotándose en esta forma la via administrativa».

Como disposiciones violadas por los actos que demanda, el señor apoderado señala las siguientes: «El articulo 17, aparte a), de la Ley 6ª de 1945; los articulos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946; los articulos 11, regla 1ª, y 12 del Decreto 1600 de 1945, y los articulos 1º, 2º y 6º del Decreto 1160 de 1947».

El concepto de la violación lo expone asi:

«Las disposiciones anteriormente citadas establecen claramente el auxilio de cesantia a que tienen derecho los empleados nacionales y la forma en que debe liquidarse dicho auxilio, esto es, que debe tomarse como base para liquidarlo el último sueldo o salario devengado. Sin embargo la Caja Nacional de Previsión ha hecho caso omiso de dichas disposiciones y le ha liquidado a mi poderdante su cesantía tomando para su liquidación, como base, no el salario que devengaba al ser despedido, sino el que devengó mientras estuvo al servicio de la Administración de Hacienda Nacional en Ibagué, 1º de mayo del 45 al 27 de marzo de 1946, salario muy inferior al que devengaba en la fecha de su retiro.

«Y para mayor abundamiento, el Departamento Nacional del Trabajo, por medio de la Resolución número 50 de fecha 14 de diciembre de 1951, aprobada por la número 0668 (diciembre 14 de 1951) del Ministerio del Trabajo, estableció en forma terminante las normas de interpretación que debe tener en cuenta la Caja Nacional de Previsión, para el efecto de la liquidación del auxilio de cesantía de los empleados y obreros nacionales; normas que establecen que la liquidación deberá hacerse tomando como base el último sueldo o jornal devengado, de acuerdo con lo dispuesto en el articulo 6º del Decreto 1160 de 1947».

Admitida la demanda, al juicio se le dio la tramitación que le es propia; dentro del término legal el señor apoderado de la Caja Nacional de Previsión presentó alegato de conclusión encaminado a sostener la legalidad de las Resoluciones acusadas; en su estado actual no se observa en el negocio causal de nulidad que invalide el procedimiento; llegada la oportunidad se dio traslado del expediente al señor Fiscal 1º del Consejo, quien en vista de fecha 6 de octubre de 1952 emitió concepto adverso a las pretensiones del actor.

En sintesis, el concepto fiscal se puede reducir a los siguientes razonamientos: que la Caja Nacional de Previsión y la Junta de Previsión Social de la Contraloria General de la República son dos entidades perfectamente distintas, cada una de las cuales atiende por separado a sus afiliados; que los empleados u obreros no pueden gozar sino de las prestaciones que tengan establecidas las respectivas entidades a que estén afiliados, de acuerdo con la ley que autorizó la creación de tales instituciones; que, en el caso de autos, el señor Rubén Darío Leyva, una vez retirado del Ministerio de Hacienda, tenía derecho, y la Caja Nacional de Previsión estaba en la obligación, a reconocerle y pagarle la cesantía correspondiente al tiempo servido en dicho Ministerio, de acuerdo con el sueldo devengado en el momento de la separación. Luégo agrega:

«El hecho de que el actor hubiera retardado su solicitud a la Caja Nacional de Previsión sobre reconocimiento y pago de la cesantía, y haber continuado en el servicio público con un mayor sueldo y haberse afiliado a una institución de previsión social distinta, ¿puede hacer más gravosa la situación de la Caja Nacional de Previsión? La respuesta negativa se impone, por la sencilla razón de que desde el momento mismo en que quedó rota la relación entre la Caja y su afiliado, surge una relación jurídica concreta, que no puede ser modificada, pues cesando las obligaciones del afiliado para con la Caja cesan las obligaciones de ésta para con el afiliado, es decir, hasta donde llega la obligación alcanza el correlativo derecho».

Por último dice el señor Fiscal que en cuanto a la interpretación dada por el Departamento Nacional del Trabajo en Resolución número 50 de 1951, aprobada por el Ministerio del Trabajo, sobre obligación de la Caja Nacional de Previsión a liquidar el auxilio de cesantía y el seguro de vida a empleados y obreros nacionales que hubieren prestado sus servicios en diferentes entidades, se refiere única y exclusivamente a quienes estando afiliados a dicha entidad hubieren prestado servicios en forma discontinua en cargos cuya afiliación corresponda a la Caja Nacional de Previsión, y no a empleos cuya afiliación corresponda a instituciones de previsión social distintas.

Consideraciones de la Sala.

El ordinal a) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 concede a los empleados de carácter nacional el auxilio de cesantía. Esta prestación, como salario diferido que se considera en la actualidad, según lo ha sostenido esta Corporación en reiterada jurisprudencia, se consolida como derecho patrimonial en poder del empleado, exigible, por disposición expresa, únicamente al terminar en forma absoluta la prestación de servicios al Estado, o lo que es igual, al producirse el retiro definitivo del servidor oficial, salvo las excepciones definidas en la misma ley, y no a la terminación del contrato de trabajo, como pudiera decirse, ya que respecto de los empleados oficiales no existe propiamente «contrato de trabajo» sino una «prestación de servicios» al Estado, como se deduce de los términos empleados por el legislador al final del artículo 1º de la Ley 65 de 1946: «*cualquiera que sea la causa del retiro*». Y decimos que la cesantía se otorga *únicamente* al retiro *definitivo* del servidor oficial, por indicarlo así el Decreto 0200 de 1947 cuando en su artículo primero dice: «No podrán efectuarse liquidaciones parciales del auxilio de cesantía a los trabajadores oficiales *mientras se encuentren en servicio* (subraya la Sala), a menos que las sumas correspondientes hayan de destinarse a los fines de que trata el artículo 13, parágrafo 3º, de la Ley 6ª de 1945».

En el caso *sub-lite* se halla demostrado que en los servicios al Estado por parte del señor Rubén Darío Leyva no hubo interrupción, fueron continuos desde cuando ingresó como Cajero Principal de la Administración de Hacienda Nacional en Ibagué, hasta cuando se retiró como empleado de la Contraloría General de la República.

El decreto 160 de 1945, por el cual se organizó la Caja Nacional de Previsión Social, en su artículo 12 dispone lo siguiente: «Los servicios prestados *sucesiva o alternativamente* a la Nación en dependencias de

diversos Ministerios, Departamentos Administrativos o entidades oficiales o semioficiales, *serán acumulables para el cómputo del auxilio de cesantía* o de la pensión de jubilación. Los prestados a varias entidades de derecho público, solamente lo serán para el efecto de la jubilación, en los términos del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945». (Subraya el Consejo).

Véase, pues, que esta disposición confirma el criterio antes expuesto en cuanto al reconocimiento del auxilio de cesantía por servicios nacionales prestados en diferentes dependencias en forma continua o discontinua, que debe hacerse tomando como base el último sueldo devengado, aun cuando estuviere a cargo de varias entidades de previsión, ya que estos servicios son acumulables para tal efecto como lo dice la norma transcrita.

De donde nace el derecho al auxilio de cesantía es de la relación de servicio entre el empleado y el Estado, no de la relación del empleado con una u otra entidad de las instituidas para hacer efectivas las prestaciones sociales, que es la misión común de éstas. Las entidades de previsión social son delegatarias de las obligaciones del Estado en esta materia, que deben reconocer las prestaciones por razón del servicio oficial, dándole primacia a la relación jurídica del empleado con el Estado, a la habida con ellas. Lógicamente se deduce de ello que siendo del servicio al Estado de donde emana el derecho al auxilio de cesantía, la permanencia o continuidad de tal derecho se mantiene hasta que se produzca la ruptura definitiva de la relación entre el empleado y el Estado, que es cuando cesan las obligaciones de una y otra parte, sin importar que durante el tiempo de nexos del empleado con el Estado, el primero hubiere variado su relación de una a otra entidad de previsión, ya que ésta seria una relación jurídica circunstancial y secundaria frente a la primera.

Es entendido, sí, que en la relación de servicio no ha de haber solución de continuidad, cuando el trabajador oficial ha sido afiliado a distintas Cajas, pues si la hubiere, habiendo quedado el empleado cesante, queda rota desde ese momento la relación de servicio, surgiendo desde entonces la exigibilidad del pago de la cesantía y extinguiéndose la relación jurídica entre el afiliado y la Caja de Previsión correspondiente, lo que no acontece, sin embargo, cuando el empleado pasa de una dependencia a otra, ambas de carácter nacional, sin solución de continuidad, aun cuando las prestaciones se atiendan por distintas entidades, pues la relación de servicio del trabajador con la Nación no se ha extinguido ni se ha producido la condición de quedar cesante, necesaria para el otorgamiento de la cesantía definitiva.

De manera que si las normas pertinentes dicen que el auxilio de cesantía por servicios a la Nación debe liquidarse con base en el último sueldo devengado por el empleado o trabajador, es así como debe efectuarse su reconocimiento, aun cuando tal prestación estuviere a cargo de varias entidades de previsión social, pues, una vez más se advierte, es la relación de servicio la que debe tenerse en cuenta al efecto, y no la relación de afiliación.

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Son NULAS, y así se declaran, las Resoluciones números J-7506 de noviembre 30 de 1951 y J-0108 de enero 8 de 1952, originarias de la Caja Nacional de Previsión Social, en cuanto reconocieron en forma ilegal el auxilio de cesantía reclamado por el señor Rubén Darío Leyva.

Segundo. En consecuencia, declárase que el señor Rubén Darío Leyva tiene derecho a que la Caja Nacional de Previsión le liquide y reconozca el auxilio de cesantía que a esta entidad corresponde, con base en el último sueldo devengado durante sus servicios a la Nación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, archívese el expediente principal y devuélvase el administrativo.

Ildefonso Méndez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño—Luis E. García V., Secretario.

ACTOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

(Consejero ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres.

Referencia: Expediente número 3433.
Naturaleza: Actos de las autoridades nacionales.
Actor: Enrique González Casas.

El doctor Guillermo Hernández Rodríguez, como apoderado del señor Luis Enrique González Casas, en libelo presentado ante la Secretaría del Consejo el 28 de febrero de 1952, propone la acción contenciosa de plena jurisdicción, y en tal virtud solicita:

«A. *Peticiones principales.*

Primero. Que es nulo el artículo segundo del Acuerdo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, distinguido con el número 53 de fecha 26 de octubre de 1951, en su parte que dice así:

"En reemplazo del doctor Samuel Ortegón Casas, nómbrase como Juez Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá, con carácter de interino y mientras se provee el cargo en propiedad, al señor Luis Enrique González, quien deberá posesionarse inmediatamente. Líbrense los comunicados necesarios al cumplimiento de este Acuerdo".

«*Segundo.* Que son nulas las instrucciones impartidas por el mismo Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en las comunicaciones telegráficas dirigidas al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá para ordenar la posesión inmediata y de urgencia del señor Luis Enrique González del cargo en interinidad a que se refiere la petición primera.

«*Tercero.* Que es nula la posesión del señor Luis Enrique González Casas ante el Alcalde Municipal de Chiquinquirá del cargo de Juez Segundo Civil de ese Circuito con carácter de interinidad.

«*Cuarto.* Que es nulo el Decreto 10 de 31 de octubre de 1951, por medio del cual el Juez interino del Juzgado 2º del Circuito de Chiquinquirá, viéndose obligado a proveer la Secretaría, lo hizo en interinidad para ese cargo nombrando al señor Carlos Rincón Quiñones.

«*Quinto.* Que es nulo el Decreto o Acuerdo número 11 de 13 de diciembre de 1951, proferido por el Juez 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, por medio del cual se desconoció el nombramiento en propiedad del señor Luis Enrique González para desempeñar el cargo de Secretario en propiedad de dicho Juzgado y se nombró para el mismo efecto al señor Guillermo Rey.

«*Sexto*. Que es nula la posesión del señor Rey ante el Alcalde Municipal de Chiquinquirá para ocupar el cargo de Secretario en propiedad del Juzgado 2º Civil de ese Circuito.

«*Séptimo*. Que como consecuencia de la evacuación afirmativa de las anteriores peticiones, se declare lo siguiente para restablecer en su derecho al señor Luis Enrique González:

"a) Que mantiene plena vigencia y valor jurídico el Decreto o Acuerdo número 8 de 16 de febrero de 1951, proferido por el Juez 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, en cuanto por su artículo único se nombró en propiedad, para el período del 1º de julio de 1951 al 30 de junio de 1953 como Secretario de dicho Juzgado, al señor Luis Enrique González;

"b) Que está vigente y con fuerza jurídica la posesión del señor Luis Enrique González del cargo de Secretario en propiedad del Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá para el período legal que termina el 30 de junio de 1953, posesión llevada a cabo el 16 de agosto de 1951 ante el señor Alcalde Municipal de Chiquinquirá;

"c) Que el señor Luis Enrique González tiene derecho a ser reincorporado a su cargo de Secretario en propiedad del Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá hasta completar el período que termina el 30 de junio de 1953;

"d) Que el señor Luis Enrique González tiene derecho a que por el Estado colombiano, con imputación presupuestal al Ministerio de Justicia, se le paguen los sueldos y demás remuneraciones correspondientes al cargo de Secretario del Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá desde el 31 de octubre de 1951 hasta la fecha en que fuere reintegrado al mismo empleo o hasta el 30 de junio de 1953, si la sentencia que ponga fin a este juicio viniera a ser proferida después de haber concluido el período legal para que fue primitivamente nombrado el demandante, descontando lo que él hubiere podido devengar del Tesoro Público en dicho lapso por cualquier otro servicio burocrático;

"e) Que los actos acusados cuya nulidad se pide no implican solución de continuidad en el cómputo de lapsos de servicio del actor al Estado colombiano, especialmente a lo relativo a sus prestaciones sociales como jubilación, cesantía, etc.;

"f) Que las declaraciones afirmativas de la sentencia que recaiga sobre esta demanda y los derechos de fondo y compensatorios que se le reconozcan al señor Luis Enrique González, tienen prelación sobre todos los nombramientos interinos o en propiedad que el señor Juez 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá pueda hacer para proveer el cargo de Secretario de ese Despacho durante el período en curso".»

«B. *Peticiones subsidiarias*.

"Si el honorable Consejo de Estado llegase a considerar que no es el caso de decretar las nulidades pedidas y el consecuente restablecimiento del derecho en la forma solicitada, pido que por aplicación del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, y en virtud de los perjuicios ocasionados al señor Luis Enrique González con los Acuerdos y órdenes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja que lo obligaron a encargarse precipitadamente del puesto de Juez 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, haciendo dejación momentánea del puesto de Secretario del mismo Despacho, se DECRETE para indemnizar a dicho señor, que por el Tesoro Público, con imputación presu-

puestal al Ministerio de Justicia, se le debe pagar una suma igual al monto de las asignaciones mensuales correspondientes al cargo de Secretario del Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, más las primas y demás prestaciones accesorias desde el 31 de octubre de 1951 hasta el 30 de junio de 1953, deducida la suma que el mismo demandante devengó como Juez interino desde el 31 de octubre hasta el 13 de diciembre del mismo año de 1951".»

Como base de la demanda se hizo la siguiente relación de hechos:

«1º El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por Acuerdo número 23 del 28 de junio de 1951, nombró para desempeñar el cargo de Juez 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá al señor doctor Samuel Ortegón Casas, quien tomó posesión del empleo ante el Alcalde de ese Municipio el día 31 de julio de 1951;

«2º El doctor Samuel Ortegón Casas, con fecha 31 de julio de 1951, por Decreto 35 nombró como Secretario al señor Luis Alejandro Suárez, quien se posesionó sin cumplir los requisitos legales y renunció al terminarse la entrega del Juzgado, motivo por el cual el Juez, en dos Decretos números 6 y 7, de fecha 1º y 2 de agosto de 1951, designó en interinidad a los señores Eduardo Jiménez G., Ignacio Jiménez B. y Carlos Rincón Q., como Secretario, Oficial Primero y Oficial Segundo, respectivamente, quienes tomaron posesión en forma legal;

«3º Con fecha 16 de agosto de 1951, por Decreto número 8, el Juez, doctor Samuel Ortegón Casas, designó en propiedad y para el resto del periodo legal en curso a los señores Luis Enrique González Casas, Eduardo Jiménez G., e Ignacio Jiménez B., Secretario, Oficial Primero y Oficial Segundo, respectivamente, tomaron posesión en forma legal;

«4º Vicitima (sic) el Juez, doctor Ortegón Casas, de una calumniosa campaña de difamación contra su persona, inspirada en recientes y viejos rencores personales y políticos, fue destituido de su cargo por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, según Acuerdo número 53 de 26 de octubre de 1951;

«5º El demandante señor Luis Enrique González, quien desempeñaba en propiedad el cargo de Secretario del Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, fue designado por el Tribunal como Juez interino para reemplazar de urgencia al titular, pues al hacerle dicho nombramiento en el mencionado Acuerdo, se dice que *"deberá posesionarse inmediatamente"*;

«6º Transmitida esta orden de posesión urgente e inmediata al señor Luis Enrique González Casas, consideró que no podía esquivarse a cumplir la orden terminante de la suprema autoridad judicial en el Distrito de Tunja;

«7º Al posesionarse ante el Alcalde del cargo de Juez interino, el señor González le manifestó a esa autoridad política, que lo hacía en virtud de la orden terminante y de urgencia del Tribunal de Tunja, pero que ello no implicaba, en su voluntad, el deseo de retirarse ni de renunciar el cargo de Secretario del Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá;

«8º Como consecuencia del obedecimiento de la orden del Tribunal de Tunja a que se ha hecho referencia, el señor González se vio obligado a nombrar Secretario en interinidad habiéndole manifestado a quien designó, señor Carlos Rincón Quiñones, y a todo el personal de la oficina, que entendía cumplir la orden de urgencia que le impuso el Tribunal Superior de Tunja pero que

en ningún caso renunciaba a su cargo de Secretario del Despacho. Agregó ante los empleados que interpretaba la orden del Tribunal como una licencia implícita para separarse momentáneamente del cargo de Secretario a fin de prestar en interinidad un servicio de urgencia requerido por sus superiores jerárquicos;

«9º Al señor nombrado en propiedad Juez 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá el doctor Pedro José Florián, procedió a dictar el Decreto o Acuerdo número 11 de 13 de diciembre de 1951, por medio del cual desconoció el nombramiento en propiedad que tenía el señor Luis Enrique González y procedió a designar en su reemplazo, en propiedad, al señor Guillermo Rey, quien aceptó y tomó posesión;

«10º El demandante señpr González Casas quedó desde el 13 de diciembre fuera del Juzgado sin poder desempeñar su cargo de Secretario en propiedad y sin recibir las asignaciones mensuales que ese puesto tiene».

Por lo que hace a los fundamentos de derecho y a las disposiciones violadas, se expresa así:

«A. *Bases de la acción.*

«Código Contencioso Administrativo: los artículos 62, 67 y 68, en cuanto a la acción; el ordinal 10 del artículo 34, en cuanto a la competencia, y los artículos 125 al 132 en función del 136, en cuanto al procedimiento;

«B. *Disposiciones violadas:*

«1º Constitución Nacional: artículos 17, 20, 30 y 162;
«2º Código Judicial: artículos 13, inciso antepenúltimo, 105, 106, 108 y 126;
«3º Código Político y Municipal: artículos 292, 293, y 297;
«4º Ley 95 de 1946, artículo 5º;
«5º Decreto 671 de 24 de febrero de 1947;
«6º Decreto extraordinario número 3665 de 12 de diciembre de 1950».

El negocio ha tenido la tramitación que le corresponde, y por cuanto no se halla nulidad que invalide lo actuado, se procede a fallarlo mediante las siguientes consideraciones:

Estima el señor apoderado que el artículo segundo del Acuerdo número 53 del Tribunal de Tunja adolece de nulidad por cuanto esa corporación, al destituir al Juez Segundo de Chiquinquirá, ha debido proceder en consonancia con los artículos 104 y 105 del Código Judicial, es decir, llamar a los suplentes del funcionario destituido o encargar a otro Juez del mismo Distrito.

Es evidente que la ley da normas para llenar las vacantes que se produzcan en los Juzgados, y ellas están contenidas en las disposiciones citadas. Mas ocurre que para que prospere esta petición debe ante todo estudiarse si está dentro de los términos prescritos en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. Conforme a esta disposición, la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares —y no otra es la planteada en este juicio— prescribe al cabo de cuatro meses a partir de la ejecución del acto. Ahora bien: el Acuerdo del Tribunal de Tunja se dictó el 26 de octubre de 1951 (folio 13 vuelto), y la demanda fue presentada como se anotó al comienzo de este fallo, el

28 de febrero de 1952, es decir, dos dias después de haberse vencido el término legal. Luego para esta última fecha ya estaba prescrita la acción, y asi debe declararse.

Las instrucciones impartidas por el mismo Tribunal para que el demandante González Casas se posesionara inmediatamente del Juzgado son consecuencia natural del nombramiento, y no pudiendo prosperar la nulidad de aquél, por las razones expresadas, tampoco será posible hacer las declaraciones pedidas respecto de éstas.

Otro tanto acontece con la posesión del demandante como Juez interino, surtida ante el Alcalde Municipal.

Este negocio no ofrece novedad, en sus razones generales, para la Sala. El único problema que el asunto en si encierra es el planteado por el señor Fiscal en su vista, cuando afirma que el demandante al pasar a desempeñar interinamente el cargo de Juez, por mandato del Tribunal, no perdió su puesto de Secretario para el cual habia sido designado en propiedad, pero que, sin embargo, la acción intentada no está llamada a prosperar por no haberse citado como disposición violada el articulo 14 del Código Judicial, el cual contiene la facultad excepcional para los funcionarios del Poder Judicial de ocupar con carácter de suplentes o interinos cargos dentro de la misma rama, sin perder por ello el que estuvieren desempeñando en propiedad. A decir verdad, el problema no parece haberse enfocado con precisión por la Fiscalia. La disposición violada por el Decreto número 11 del Juzgado 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá fue precisamente el articulo 5º de la Ley 95 de 1946, en cuanto alli se garantiza la inamovilidad de los funcionarios del Poder Judicial. El artículo 14 del Código Judicial se limita a consagrar una excepción a la regla general sentada en el articulo inmediatamente anterior de ese Código, conforme a la cual los empleos judiciales se pierden por la aceptación de otro cargo público en rama diferente. Pero, ¿de qué valdria el articulo 14 si no se hubiera consagrado en la ley el principio de la inamovilidad?

En el caso de autos, y a la luz simple y escueta del articulo 14, el Juez designado por el Tribunal de Tunja para ocupar el cargo en donde interinamente se hallaba el demandante hubiera podido designar Secretario del Despacho sin consideración de personas, en los precisos términos del artículo 112, atribución 4ª, del Código Judicial.

La tesis del señor Fiscal tendría validez si el Decreto del Juez del Circuito se hubiera atacado por falsa motivación, acción que desde luego también hubiera prosperado, porque alli se dice que la Secretaria habia sido dejada vacante por el actor; cosa inexacta, desde luego que éste, una vez que se le designara reemplazo, automáticamente volvia al cargo para el cual estaba nombrado en propiedad, y si en la Secretaria se hallaba ocasionalmente un ciudadano cualquiera, se debia a la sencilla razón de que no se pueden ocupar a un mismo tiempo los empleos de Juez y Secretario. Si el articulo 14 que el señor Fiscal hubiera querido ver citado como norma violada, sirve de algo en el presente caso, es para desmentir al autor del Decreto número 11 que consideró vacante el cargo de Secretario del Juzgado.

El desarrollo de los acontecimientos en el caso cuestionado ha sido el siguiente: el Tribunal de Tunja destituyó del cargo de Juez Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá a la persona que habia sido señalada para ocupar ese cargo en el periodo comprendido entre el 1º de julio de 1951 y el 30 de junio de 1953; el mismo dia en que el Tribunal tomó tal determinación dispuso «... nómbrase como Juez Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá, con carácter de interino y mientras se provee el cargo en propiedad, al señor Luis Enrique González, quien deberá posesionarse inmediatamente» (folio 13 vuelto); dicho señor, que venia desempeñando la Secretaría en propiedad, según se ve en el Decreto número 8 de 1951 (agosto 16) y en el acta de posesión de la misma fecha

que corre a los folios 2 vuelto y 3, obedeció la orden terminante del Tribunal y se posesionó del Juzgado, habiéndolo desempeñado hasta cuando el Juez nombrado por el Tribunal en reemplazo del destituido, se posesionó; en este preciso momento, ¿cuál era la situación exacta del demandante González? La respuesta es obvia: que pasaba a ser nuevamente Secretario, porque al desempeñar el Juzgado interinamente no había perdido su carácter de subalterno titular y estaba amparado por la inamovilidad consagrada en el artículo 5º de la Ley 95 de 1946. Pero vino el Decreto acusado y, fundándose en una disposición inexistente, desde luego que por virtud del artículo 5º en cita quedó sin valor la atribución conferida en el Código Judicial a los Jueces para remover libremente a sus subalternos, y desconociendo el status legal que amparaba al demandante, procedió a nombrar reemplazo. No se trata, pues, de que sea indispensable indicar como disposición infringida el artículo 14 del Código Judicial, porque, como atrás se dijo, en realidad no lo fue. Por ministerio de la ley, dijéralo o nó el autor del acto acusado, independientemente de cualquier consideración, el demandante, una vez que hizo entrega del Despacho a quien nombró el Tribunal, o mejor, una vez que éste se posesionó del empleo de Juez, González Casas, automáticamente, quedaba investido con el carácter de Secretario en propiedad, y la desinvestidura sólo podía venir por renuncia o por haber incurrido en alguna de las causales enumeradas en el Decreto 0671 de 1947 (febrero 24), capaces de originar la destitución, y ésta sólo podía sobrevenir mediante el lleno de las formalidades prescritas en el mismo Decreto.

Ni vale la afirmación del señor Fiscal de que el demandante no estaba obligado a aceptar el cargo de Juez, porque, bien vistas las cosas, es humano y natural que quien está dentro de una carrera, como es la judicial, aspire a escalar posiciones más altas y, además, ante la orden perentoria recibida de un superior, cuando no se contraría el orden legal, al subalterno sólo le cabe obedecerla. No sería lógico pretextar un gesto de rigurosa disciplina para sancionar con la negativa de sus derechos a un funcionario, premiando en esta forma al autor mismo del agravio, que a tanto equivaldría dejar con vida el acto materia del litigio.

El Consejo ha dicho en varias oportunidades que como deber principalísimo de los empleados destituídos, está el de no colocarse en rebeldía contra la Administración, debiendo ellos acudir, antes de tomar una determinación de franca desobediencia, a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, encargada de regular las relaciones de los individuos frente a la torcida interpretación de la ley por parte de las autoridades, cuando deseen la consiguiente reparación del agravio. En este sentido, la conducta del demandante fue apenas normal al acatar las voces superiores que le ordenaron «posesionarse inmediatamente» del Juzgado Segundo del Circuito de Chiquinquirá, en interinidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa audiencia de su Fiscal,

FALLA:

1º Declárase prescrita la acción a que se refiere el punto PRIMERO de la demanda, y en consecuencia se niegan las peticiones contenidas en los SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO.

2º Declárase nulo el Decreto número 11 de fecha 13 de diciembre de 1951, proferido por el Juez 2º Civil del Circuito de Chiquinquirá, en cuanto por él se declaró insubsistente el nombramiento de Secretario que venía desempeñando en propiedad Luis Enrique González Casas y se nombró, para reemplazarlo, a Guillermo Rey A.

3º Como consecuencia de la nulidad declarada y dentro del término de que trata el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, el Ministerio de Justicia pagará al señor Luis Enrique González Casas, o a su representante legal debidamente acreditado, los sueldos por él dejados de devengar como Secretario del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Chiquinquirá, desde el 13 de diciembre de 1951 hasta el 30 de junio de 1953.

4º El lapso de que trata el punto anterior (13 de diciembre de 1951 a 30 de junio de 1953) debe computarse al actor para efectos de primas, cesantía, vacaciones y demás prestaciones.

5º De las sumas que se ordenan pagar por medio del numeral 4º anterior, se le descontará al actor lo que hubiere devengado por concepto de empleos oficiales o particulares en el mismo lapso, si en el primer caso se tratare de asignaciones que la ley prohiba acumular.

6º Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Ildefonso Méndez, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Daniel Anzola Escobar, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño—Luis E. Gracia V., Secretario.

ACTOS DE LA OFICINA DE CONTROL DE CAMBIOS

(Consejero ponente: doctor Anzola Escobar).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

Referencia: "Intra-Mar Shipping Corporation" demanda la nulidad de las Resoluciones dictadas por la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, contenidas en las notas números AR-83443 de 1948 y JD-2568 de 1949.

El doctor Ernesto Ruiz Manrique, apoderado de la sociedad «Intra-Mar Shipping Corporation Ltda.», en libelo presentado en la Secretaria del Consejo y corregido oportunamente a términos del memorial del folio 65 y siguientes, solicita que con citación y audiencia del Ministerio Público y previos los trámites legales se hagan estas declaraciones:

«*Primero.* Que por incostitucionalidad, ilegalidad y lesión de derechos particulares, se declare la nulidad de las Resoluciones dictadas por la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, Jefatura y Junta Directiva de la misma, comunicadas a "Intra-Mar Shipping Corporation (Colombia) Limitada" en notas números AR-83443 de 28 de diciembre de 1948 y JD-2568 de 3 de marzo de 1949, suscritas ambas por el señor Jefe de la mencionada oficina.

Segundo. Que por las mismas causas es nulo el acto de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, Seccional de Barranquilla y Principal de Bogotá, por medio del cual se retuvieron hasta el 17 de diciembre de 1948, las licencias de cambio que habían sido aprobadas por esa misma Oficina con anterioridad a igual fecha y que ascendían a la cantidad de US $ 231.114.12.

Tercero. Que por las Resoluciones mencionadas en los puntos anteriores la sociedad demandante se perjudicó por haber tenido que pagar el nuevo tipo de cambio e impuestos fijados por la Ley 90 de 1948 y Decreto número 4139 del mismo año, al comprar los giros correspondientes a las licencias de cambio que habían sido aprobadas por las Oficinas de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, de Barranquilla y de Bogotá, por valor total de US $ 231.114.12, y que sólo fueron entregadas el 17 de diciembre de 1948, fecha en que entró en vigencia la Ley 90 del mismo año.

Cuarto. Que por las causas anotadas anteriormente, la Nación debe devolver a Intra-Mar Shipping Corporation (Colombia) Ltda., tres días después de notificada la sentencia que ponga fin a este juicio, a título de indemnización o restablecimiento del derecho violado, la cantidad de $ 47.378.40 o la que se fije por peritos, y

que representa la diferencia de cambio que dicha sociedad tuvo que pagar para la compra de los giros correspondientes a las licencias aprobadas por la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, con anterioridad al 17 de diciembre de 1948.

Quinto. Que por las mismas causas anotadas en los puntos anteriores, la Nación debe devolver a la sociedad demandante, tres días después de notificada la sentencia que ponga fin a este juicio, a título de indemnización o restablecimiento del derecho violado, la suma que por medio de peritos se fije en el curso del juicio y qué representa la diferencia que mi poderdante tuvo que pagar por la variación en los impuestos señalados por el Decreto-ley número 1952 de 1948 y 4139 del mismo año.

Sexto. Que la Nación está obligada a entregar a la sociedad demandante, por conducto de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y del Banco de la República, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la solicitud que al efecto se le haga, licencia de cambio y giros en dólares al tipo de cambio del 175.5% más impuestos vigentes con anterioridad al 16 de diciembre de 1948, para remitir a los Estados Unidos las sumas de dinero de que tratan los dos puntos anteriores».

Como hechos generadores de la acción incoada el señor apoderado de la sociedad señala, en su orden:

«1º La sociedad demandante, como agente de transporte internacional y en desarrollo de autorizaciones legales, hizo a Colombia importación de paquetes C. C. D. (menores de cincuenta pesos) desde el mes de septiembre de 1947 hasta el 1º de mayo de 1948, en que por disposición del Gobierno se prohibieron esas importaciones.

2º La importación de paquetes menores de $ 50.00 sin licencia estaba respaldada, para el reembolso de su valor, por el Pacto Monetario Internacional y por las conclusiones de la Coferencia de Chapultepec.

3º La Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, violando la ley que autorizaba la entrega inmediata de las licencias de cambio y violando también el Acuerdo contenido en el Pacto Monetario Internacional, estuvo aplazando indefinidamente la entrega de las referidas licencias, reteniendo parte de ellas en las Oficinas de Bogotá y Barranquilla, por un valor de US$ 231.114.12, hasta las once a. m. del día 17 de diciembre de 1948.

4º La demora en la entrega de las licencias de cambio obligó a la sociedad demandante a entregar las mercancías importadas a los respectivos destinatarios, mediante la liquidación de esas importaciones, al tipo de cambio del 175.5% e impuestos vigentes, manteniendo congelados esos dineros hasta que se entregaban las respectivas licencias.

5º La retención de las licencias y la negativa de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones para autorizar al Banco de la República la venta de giros al 175.5% con el objeto de cubrir los reembolsos correspondientes a licencias aprobadas con anterioridad al 17 de diciembre de 1948, causó a mis poderdantes una erogación mayor, equivalente a la diferencia de cambio entre el 175.5% y el 196% sobre un total de US $ 231.114.12.

6º La misma causa obligó a mi poderdante a pagar las diferencias de impuesto creadas por el Decreto 4139 de 1948 y Ley 90 del mismo año.

7º Las licencias aprobadas con anterioridad al 17 de diciembre de 1948 y que sólo fueron entregadas en esa fecha, son las que figuran en las relaciones que se acompañan, cuyas copias se hallan en poder de las Oficinas de Control de Barranquilla y Bogotá.

8º La sociedad demandante estuvo gestionando por medio de sus empleados la diaria entrega de las licencias de cambio, y éstas se retuvieron hasta después de que babia entrado en vigencia el nuevo tipo de cambio.

9º La sociedad demandante, en notas fechadas el 20 y 27 de diciembre de 1948 y 10 de enero de 1949, solicitó de la Oficina y Junta de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, autorización al Banco de la República para que entregara a mis poderdantes licencias de cambio y giros al 175.5% más impuestos vigentes con el fin de hacer los reembolsos correspondientes a las licencias que le fueron aprobadas con anterioridad al 17 de diciembre de 1948, solicitudes que fueron resueltas desfavorablemente, según comunicaciones números AR-83443 de 28 de diciembre de 1948 y JD-2568 de 3 de marzo del presente año.

10º Las Resoluciones mencionadas no fueron publicadas, pero la última de ellas se notificó a la sociedad que represento, con fecha 14 de marzo último en que recibió la comunicación de fecha 3 del presente mes.

11º La Oficina de Control mencionada libró una circular telegráfica a las oficinas seccionales de los distintos lugares del pais, autorizando la venta de giros al tipo de cambio anterior al fijado por la Ley 90 de 1948, hasta las 10 a. m. del dia 18 de diciembre del mismo año, pero tal orden no fue cumplida porque parece que impartió instrucciones privadas para que no tuviera efecto.

12º La Oficina de Control de Cambios en Barranquilla, al entregar el 17 de diciembre de 1948 las licencias que estaba reteniendo, ordenó revalidar esas mismas licencias, sometiéndolas a turno, con el objeto de no dar cumplimiento a la circular telegráfica de fecha 17 de diciembre último.

13º El dia 18 de diciembre de 1948 la sociedad demandante, por conducto del Royal Bank of Canada en Barranquilla y del Banco de Los Andes de Bogotá, solicitó del Banco de la República la entrega de giros correspondientes a las licencias varias veces mencionadas, y dicha entidad se negó a vender los giros a menos del 196% y nuevos impuestos.

14º Las importaciones y nacionalización de las mercancias correspondientes a las licencias de cambio entregadas por la Oficina de Control hasta el 17 de diciembre de 1948, fueron hechas con anterioridad a esa fecha, y la sociedad demandante tenia derecho a que se le entregaran los giros al tipo de cambio anterior a la Ley 90 de 1948 vigentes.

15º La Oficina del Banco de la República en Bogotá, en respuesta a solicitud que le hizo la sociedad demandante para que se le entregaran los giros al 175.5%, manifestó que no los habia entregado por no tener el Banco de Los Andes posición de cambio en el exterior, en tanto que la Oficina de Control, en la respuesta del 3 de marzo último, afirma haber impartido instrucciones al Banco de la República para que el 18 de diciembre solamente entregara los giros vendidos el dia 17 del mismo mes.

16º La Ley 90 de 1948 y el nuevo tipo de cambio entraron a regir el día 16 de diciembre de 1948, de manera que la retención de las licencias por la Oficina de Control se llevó a cabo hasta después de la vigencia de esas disposiciones.

17º La sociedad que represento, antes de expedirse la Ley 90 de 1948 y en atención a que la Oficina de Control retenia las licencias de cambio solicitadas por ella, se dirigió al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público para pedirle que interviniera ante el Congreso a fin de que con ella no se lesionaran derechos adquiridos y especialmente los intereses extranjeros.

18º El Banco de la República, por autorización legal, tiene el control de venta de divisas extranjeras; y la Nación recibió el beneficio ocasionado por la devaluación del peso colombiano y diferencia de cambio.

19º La sociedad demandante está organizada como limitada y de acuerdo con las leyes de Colombia».

Como disposiciones de derecho que se estiman «violadas por la Administración con ocasión de las Resoluciones aludidas», se citan las de los articulos 14 del Decreto número 568 de 20 de febrero de 1948; 14 de la Ley 90 de 16 de diciembre de 1948; 11, 16 y 206 de la Constitución Nacional; 2º de la Ley 153 de 1887: Con la misma finalidad se agrega: se violó el compromiso internacional contenido en el Pacto Monetario, las recomendaciones de la Conferencia de Chapultepec y el principio de la no retroactividad de la ley.

Vino aparejada la demanda de los documentos que en su orden enumera el libelo.

CONCEPTO DE VIOLACION

Artículos 14 del Decreto 568 de 1948 y 14 de la Ley 90 del mismo año. Se precisa así el concepto de violación de estas normas:

«La Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones demoró por largo tiempo la entrega de las respectivas licencias, y las que figuran en las relaciones que se acompañan a la demanda fueron retenidas hasta después de entrar en vigencia el nuevo tipo de cambio fijado por la Ley 90 de 1948 y Decreto 4139 del mismo año. Por la demora en entregar esas licencias, la sociedad demandante tuvo que liquidar el valor de las importaciones con los importadores, liquidación que hizo al cambio e impuesto vigente; y tuvo congelados esos dineros por falta de licencia de cambio, viéndose obligada, para la compra de los giros, a pagar el 196% en vez del 175.5%, que era el que regia al tiempo de la liquidación de las importaciones y a cubrir los nuevos tipos de impuesto.

«El articulo 14 del Decreto mencionado, entre las funciones de la Oficina, señala la de "Reglamentar los pagos internacionales en desarrollo de lo previsto en los articulos 2º, 3º y 4º de este Decreto"; y el artículo 14 de la Ley 90 dispone que "La organización de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones continuará dependiendo, como hasta hoy, del Banco de la República. Pero corresponde a la Junta Directiva creada por el articulo anterior dirigir la politica de control, *expedir las reglamentaciones generales a que haya lugar* y proveer a la aplicación de ellas y a la de las disposiciones legales vigentes".

«En mi concepto, las disposiciones que acabo de citar facultan a la Oficina y Junta de Control para reglamentar el tránsito de la legislación antigua a la nueva, en materia de cambio internacional. Podía, en consecuencia, entregar licencias de cambio a mis poderdantes y autorizar al Banco de la República a venderle giros por el monto de ellas al tipo de cambio anterior, en cuanto esas licencias hubieran sido aprobadas con anterioridad al 17 de diciembre de 1948; de manera que al negarse a dar esas licencias y a dar la autorización respectiva, violó las disposiciones que acabo de citar».

Artículos 11, 16 y 206 de la Constitución Nacional.

Se incurrió en la violación de estas normas superiores porque —dice la demanda—:

«Los bienes de los extranjeros disfrutan en Colombia de la misma protección que merecen los de los nacionales (artículo 11 de la Constitución Nacional); y las autoridades de la República, entre ellas la Oficina de Control de Cambios, están instituidas, entre otras cosas, para la defensa de esos bienes (artículo 16 de la Constitución Nacional). Los derechos que adquieren los nacionales o extranjeros, con justo título, con arreglo a las leyes civiles preexistentes, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (artículo 30 ibidem). Y esta disposición, como las anteriormente citadas, fueron claramente infringidas y violadas por las Resoluciones que demando, pues con ellas se aplicó a mis mandantes la Ley 90 de 1948 y el Decreto número 4139 del mismo año en cuanto a los reembolsos del valor de las mercancías que habían sido importadas y nacionalizadas bajo el amparo de leyes anteriores. Mis poderdantes tenían derecho adquirido para comprar los giros correspondientes a esas importaciones, al tipo de cambio e impuestos que regían en el momento de su nacionalización, especialmente por la circunstancia de que la entrega de las licencias y compra de los giros no se pudo efectuar antes porque la misma Oficina de Control lo impidió, negándose a la entrega de las licencias y congelando de esa manera los dineros correspondientes a esas importaciones.

Sería inmoral aceptar el principio de que el Estado puede retener el pago de deudas internacionales mientras modifica en su provecho el cambio, porque eso constituye el cobro de una especie de contribución o impuesto sobre los dineros congelados indebidamente, que no se halla establecido por la ley y que sería violatorio del artículo 206 de la Constitución Nacional».

Artículo 2º de la Ley 153 de 1887. La violación de esta norma es manifiesta, se afirma, porque:

«La ley posterior, dice el artículo 2º de la Ley 153 de 1887, prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior».

«De acuerdo con esta disposición si los dos estatutos no son preexistentes al hecho que se juzga, prevalece la ley anterior. De consiguiente, al aplicar a mis mandantes la Ley 90 de 1948 y el

Decreto número 4139 del mismo año, se ejecutó un hecho violatorio de ese principio y de las disposiciones citadas, porque si bien el nuevo cambio y los nuevos impuestos recaen sobre los giros hubo un acto gubernamental, manifestado por medio de la Oficina del Control de Cambios, que consistió en la retención de las licencias, que impidió la adquisición de los giros conforme a la legislación anterior».

El Pacto Monetario Internacional y las Conclusiones de la Conferencia de Chapultepec. Estos estatutos fueron violados porque, se agrega,

«Los reembolsos correspondientes al pago de mercancias importadas por medio de paquetes C. C. D., representan verdaderos créditos internacionales a favor de personas y entidades extranjeras. Verificada la importación, el Estado colombiano estaba obligado al inmediato reembolso de su valor, mediante la concesión de las licencias de cambio y la venta de los giros correspondiente; y como la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, negó la entrega de esas licencias que correspondian a transacciones corrientes, violó el compromiso internacional contenido en el pacto monetario y las recomendaciones de la Conferencia de Chapultepec, incidiendo en un acto que podia calificarse como delictual para los funcionarios de esa Oficina, como que la demora obedeció al propósito deliberado de hacer recaer el alza de cambio que se proyectaba sobre los dineros congelados por ese medio. (Ley 96 de 1945)».

Admitida la demanda y libradas las comunicaciones del caso, se le dio a la instancia el trámite señalado por la ley, que vino a finalizar con el concepto del señor Fiscal Segundo de la corporación, doctor Nicolás Torres Niño, quien solicita se nieguen las peticiones de la demanda. Como se halla en firme el auto que citó a las partes para sentencia y no se observa causal de nulidad, procede la Sala a resolver lo que se estime legal, considerando:

LA COMPETENCIA

Si en todos los casos este presupuesto procesal debe determinarse antes de conocer del fondo del negocio, con mayor razón en asuntos como el presente de no reiterada frecuencia en el Consejo. En efecto:

En otra oportunidad el Consejo, en sentencia de fecha 23 de agosto de 1949, refiriéndose a este extremo procesal —juicio del Ingenio San Fernando S. A., de Cali, contra varias resoluciones proferidas por la Junta Directiva de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones— (ponencia del doctor Gómez Parra), expresó:

«La Oficina de Control de Cambios y Exportaciones creada por los Decretos 1683 y 2092 de 1931, como dependencia del Banco de la República, tiene, entre las múltiples atribuciones, la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el comercio internacional de la República y el comercio interno del oro, a cuyos propósitos está autorizada por esos Decretos y los numerosos que los adicionan y reforman para dictar las resoluciones que considere necesarias a la cabal efectividad de sus

funciones. Desde este punto de vista, esa Oficina, no obstante su asimilación a dependencia del Banco de la República, es del orden administrativo, porque sus actos y disposiciones crean situaciones de derecho, objetivas o subjetivas, capaces de causar estado entre los asociados, por lo cual son susceptibles de ser accionadas por la vía jurisdiccional ante lo Contencioso Administrativo, que garantiza la protección judicial debida contra toda infracción jurídica cometida por la Administración, en tanto que la ley no haya atribuido expresamente el conocimiento de esa infracción a otra jurisdicción. Es, por tanto, al Consejo de Estado a quien corresponde conocer de la acción propuesta, en virtud de la competencia que le asigna por cláusula general el ordinal 10 del artículo 34 del Código Contencioso Administrativo».

Como en los términos del pasaje transcrito viene reflejado el pensamiento de los Magistrados integrantes de la Sala, se toma su contenido como fundamento para determinar que, siendo el Consejo de Estado a quien corresponde por modo privativo el conocimiento de las acciones de nulidad que se intenten contra las resoluciones proferidas por funcionarios o entidades nacionales como es la Oficina de Control de Cambios, la demanda de autos quedó, entonces, por razón de competencia, legalmente trabada ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo.

LA VISTA FISCAL:

El señor Fiscal colaborador funda su concepto en el importante estudio, que la Sala considera necesario reproducir en sus pasajes principales para mayor inteligencia de la cuestión sub-lite:

«Como el Banco de la República no accediera a vender las divisas de que se trata al 175, sino al 195 establecido por la Ley 90 en mención, la sociedad querellante pidió al Jefe del Control de Cambios impartiera las órdenes o instrucciones procedentes a que el Banco Emisor le vendiera las divisas a que se refieren las licencias en referencia al tipo de cambio que predominó cuando éstas fueron solicitadas, o sea al que regía antes de la vigencia de la Ley 90 de 1948, y como el Jefe de Control no accediera a las exigencias de la sociedad demandante por carecer de facultades para dar al Banco de la República la orden que se le solicitaba, la Compañía de que se trata acudió a la Junta de Control de Cambios pidiéndole dictar las medidas conducentes a que el Banco de la República vendiera a la Intra-Mar Shipping Corporation las mentadas divisas al tipo de cambio operante cuando pidió las correspondientes licencias, pedimento que fue negado también con fundamento en que carecía de atribuciones para impartir órdenes al Emisor sobre la venta de divisas a un tipo distinto del que estaba rigiendo de acuerdo con la ley vigente.

Como se ve, el punto a estudiar radica en precisar si el Jefe y la Junta de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones tenía o nó, cuando la sociedad demandante lo solicitó, atribuciones para impartir órdenes al Banco Emisor para que diera a los particulares divisas a un tipo de cambio más bajo del que se hallaba vigente a virtud de haber solicitado tales particulares licencias de importación cuando regía un cambio que permitía adquirir las divisas en dólares a precio inferior al que fue impuesto por la Ley 90 de 1948, la cual entró en vigencia después de estar pedidas las licencias susodichas.

De la lectura de los artículos 2, 3, 4 y 14 del Decreto 568 de 20 de febrero de 1946, se llega a la conclusión de que no existe autorización ni al Jefe ni a la Junta de que se trata para dictar normas sobre reglamentación del tránsito de una legislación a otra sobre el cambio internacional, ya que tal función es privativa del legislador, pues las reglamentaciones generales que de acuerdo con los artículos preindicados del Decreto 568 de 1946 le son permitidas dictar a la Junta de Control, dicen relación con el funcionamiento interno del organismo de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, y con la debida aplicación de dicha reglamentación en orden al buen funcionamiento de las Oficinas de Control, pero en ningún caso a darles vida a normas derogadas sobre tipo de cambio y suspender la aplicabilidad de preceptos vigentes sobre la tasa del cambio internacional, porque, como ya lo anoté, lo referente a la fijación de la ley, peso, tipo y denominación de la moneda y la adopción de las medidas que deben tomarse sobre tránsito de una legislación a otra sobre cambio internacional, es actividad privativa del Congreso a virtud de lo estatuido en el numeral 17 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

La norma primera de la Ley 90 de 1948 redujo el contenido de oro del peso colombiano devaluando el valor de éste en relación con el dólar norteamericano en veinte puntos, o sea del 175% al 195%. Esta Ley no estableció ninguna excepción, y su vigencia para todos los efectos de la modificación por ella impuesta sobre tipo de cambio internacional comenzó desde el 16 de diciembre de 1948, fecha de su sanción. Pero hay más: Ni siquiera el Jefe del Organo Ejecutivo, con base en la potestad reglamentaria, podia disponer —después de la vigencia de la Ley 90 de que se trata— que debía darse aplicación al tipo de cambio abolido por dicho estatuto, toda vez que la facultad reglamentaria no le da al Gobierno competencia para restringir el alcance y los efectos de una ley, pues ello equivaldría a una manifiesta extralimitación de funciones.

«... si al Jefe del Estado le está vedado introducir innovaciones, restricciones o cualquier norma que modifique lo previsto en la ley que reglamenta, ya que la potestad reglamentaria sólo le permite completar la ley en cuanto al procedimiento administrativo en orden a su cumplida ejecución o aclarar su sentido cuya breve enunciación dispositiva así lo requiere, con mayor razón no le era ni le es permitido ni al Jefe ni a la Junta de Control en referencia acceder a las pretensiones de Intra-Mar Shipping Corporation de aplicar el tipo de cambio del 175% y de las tasas de impuesto que regían antes de la expedición del Decreto 4139 de 1948, para liquidar operaciones de cambio, encontrándose en plena vigencia la Ley 90 de 1948, comoquiera que los preceptos que invoca el querellante como constitutivos de atribuciones al Control de Cambios para reglamentar el tránsito de una legislación a otra sobre tipo de cambio, únicamente dan facultades a quienes comandan el Control de Cambios para dictar normas de mero procedimiento administrativo y reglamentos que den vida práctica a los preceptos legales relacionados con importaciones, exportaciones y cambio internacional.

De lo anterior se concluye que los actos acusados, o sean los oficios o Resoluciones números A. R. 83443, de 28 de septiembre de 1948, del Jefe de la Oficina de Control de Cambios, y la J. D. 2568, de 3 de marzo de 1949, de la Junta de Control de Cambios, son intocables por hallarse ceñidos a la ley.

La súplica segunda también la considero sin base legal alguna,

de un lado, porque no teniendo la Oficina de Control en mención competencia para disponer, después de la vigencia de la Ley 90 en cita, que el Emisor vendiera a la sociedad demandante divisas en dólares al 175%, siendo asi que el cambio predominante en esa época era el del 195%, la negativa impartida por el Control de Cambios al respecto no produjo perjuicios indemnizables; y de otro, porque la Oficina de Control, cuyas actividades se acusan, contaba con facultad para poder aplazar la aprobación de licencias sobre importaciones y la entrega de las correspondientes autorizaciones sobre venta de divisas en dólares, a virtud de lo estatuido por el ordinal b) del articulo 6º del Decreto 326 de 1938, orgánico del régimen sobre cambios internacionales, al fijar como función de dicho organismo la de *"negar o aplazar las solicitudes que se le presenten destinadas a la compra de cambio internacional cuando a su juicio el estado de la balanza de pagos del país no permita hacerlo sin perjuicio del cambio internacional o de las reservas del Banco de la República,* y para determinar el orden de turnos o prelación que deban tener las solicitudes para compra de cambio internacional, en forma que se atiendan primero las más indispensables para la economia nacional"; y también por la norma 6ª del Decreto 736 de 1943, que vuelve a destacar, entre las funciones de la Junta Consultiva del Control de Cambios, la de determinar, previo concepto favorable del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las funciones económicamente necesarias para las cuales puedan concederse licencias de compra de divisas extranjeras o para efectuar otras operaciones que impliquen movimiento de cambio internacional y *negar o aplazar las licencias para tales operaciones".* (Subraya la Fiscalia).

Dejo asi evidenciado que la Oficina de Control de Cambios, si bien no tenía atribuciones que le permitieran ordenar al Banco de la República dar a los particulares divisas al tipo del 175% en momentos en que por mandato terminante de la Ley 90 de 1948 tales divisas debian ser vendidas al 195%, en cambio si contaba dicha Oficina con facultades que le permitian aplazar la aprobación y entrega de licencias sobre importaciones, en atención a que la situación fiscal y económica del pais no le permitia vender dólares al tipo imperante cuando fueron solicitadas las licencias. Pero hay más: Como es sabido, la Ley 96 de 1945 autoriza la adhesión de Colombia al Convenio que crea el Fondo Internacional. Este Convenio tiene entre otras finalidades la de proveer a la estabilidad del cambio, mantener acuerdos uniformes respecto al cambio entre los participantes y eliminar restricciones del cambio sobre el exterior que obstaculicen el comercio mundial.

Como la Intra-Mar Shipping Corporation, apoyándose en normas del Convenio Monetario, afirma que no era posible, de acuerdo con dicho Convenio, imponer restricciones sobre pagos y transferencias por transacciones internacionales corrientes, es el caso de determinar si tal Pacto consagra otras disposiciones que sean aplicables al caso en estudio.

....

De conformidad con lo dispuesto en la sección cuarta del mismo articulo 14, el periodo de transición y por lo tanto la posibilidad de hacer uso de medidas restrictivas en pagos por transacciones internacionales corrientes, comprende un lapso de cinco años desde la fecha en que el Fondo empiece sus operaciones. Por eso la sección cuarta del articulo 14 en cita dispone que después de transcurrido tal lapso, cualquier participante que aún

tenga en práctica restricciones de las permitidas durante el período de transición estará obligado a consultar con el Fondo respecto a mantenerlas por más tiempo; y al contrario, durante los cinco años mencionados, bastará que el participante interesado en mantener o adoptar restricciones de cambio internacional, lo notifique al Fondo.

De lo anterior se concluye que este país, sin violar o desconocer sus compromisos internacionales, tenía pleno derecho a mantener las restricciones que el necesario equilibrio de su balanza de pagos hacía imperativas, ya que dicha facultad estaba de modo expreso prevista en el mentado Acuerdo Monetario Internacional a fin de facilitar los reajustes tendientes a precaver las economías de los países participantes contra los efectos provenientes de la terminación del conflicto mundial. Siendo lo anterior una realidad innegable, la demora del Control de Cambios en aprobar y entregar las licencias a Intra-Mar Shipping Corporation para el reembolso de importaciones C. O. D. no da base para que la Nación sea condenada a indemnizar a aquella sociedad los perjuicios que pretende, tanto más si se tiene en cuenta que habiendo recibido la Compañía demandante el día 17 de diciembre de 1948, a las 11 a. m., las licencias sobre cambio, el Banco de la República le hubiera vendido los dólares a que se referían las preindicadas licencias al 175% si el día 17 en mención hubieran sido consignadas en un banco de posición internacional, o sea que mantuviera corresponsales en el exterior, posición de que carecía el Banco de los Andes de que se sirvió equivocadamente Intra-Mar Shipping Corporation, según se desprende de la nota número 884 de 13 de enero de 1949, emanada del Banco Emisor, que obra al folio 20 del cuaderno principal. Luego si la parte actora no obtuvo del Banco susodicho la venta de las divisas en dólares precisadas en las mentadas licencias al tipo de cambio que regía antes de la vigencia de la Ley 90 de 1948, se debió exclusivamente a falta de previsión y pericia de la sociedad demandante».

Consideraciones de la Sala:

Al organismo administrativo «Control de Cambios y Exportaciones», le dio vida el Decreto número 1663 de septiembre de 1931 dictado por el Gobierno, como consecuencia de las necesidades económicas a que por aquella época viose avocado el país y que obligáronlo a suspender temporalmente el libre comercio de oro y la exportación de dicho metal para reservar la facultad al Banco de la República, «al cual se le conservará —dice el estatuto— la facultad de comprar, vender y exportar oro y de negociar en cambios internacionales».

Para esta finalidad fue por lo que estatuyó el Gobierno: «por exigirlo el interés nacional se establece temporalmente el Control de los Cambios Internacionales y el traslado de fondos al exterior, el cual se encomienda a un organismo con el nombre de Comisión de Control de Operaciones de Cambio, que se compondrá....» (artículo 2º del Decreto citado).

Entre las atribuciones que se confirieron a la Comisión de Control, se detallan: «a) Podrá prohibir cualquier operación de cambio internacional que no corresponda al movimiento necesario de las actividades económicas y financieras normales» (artículo 3º ibidem).

Vino luégo el Decreto 2092 del mismo año de 1931, y por medio de él se dispuso: «... Artículo primero. Para efectos del control establecido por el artículo 2º del Decreto 1663 de 1931, continúa entendiéndose por

cambios internacionales toda clase de operaciónes y transacciones relacionadas con letras, cheques, giros, cartas de crédito, vales, pagarés emitidos en moneda extranjera, cuando tales operaciones fueren cumplidas o deban serlo en el exterior».

Por lo demás, el Decreto 568 de 1946, ampliando el pensamiento especificado, reprodujo la norma anterior y agregó:

> «Artículo 2º Toda operación o negociación en cambios internacionales requiere el permiso escrito de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones, o de sus agentes, quienes le otorgarán para todos los pagos que correspondan transacciones corrientes, esto es, los que no se hacen con el fin de transferir capitales al exterior.
>
> «Artículo 14. Serán funciones de la Oficina de Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones:
>
> a) Conceder licencia para efectuar las operaciones de cambio internacional a que se refiere el artículo 1º de este Decreto, fijando los requisitos que estime convenientes para el otorgamiento de tales licencias y señalando los plazos dentro de los cuales deben utilizarse.
>
> b) Reglamentar los pagos internacionales en desarrollo de lo previsto en los artículos 2º, 3º y 4º de este Decreto».

Inicialmente la Oficina de Control de Cambios funcionó como dependencia directa del Banco de la República; luégo, al amparo de múltiples disposiciones administrativas y legales, vino la entidad a adquirir perfiles de mayor independencia hasta obtener la relativa autonomía de que hoy goza, especialmente, por efecto de la Ley 90 de 1948, y por haber adherido Colombia, por disposición de la Ley 96 de 1945, al «Acuerdo de las Naciones Unidas en la Conferencia de Bretton Woods», y, finalmente, a las recomendaciones de la Conferencia de Chapultepec.

Este Acuerdo nació como consecuencia de la expectativa internacional de post-guerra y ante la inminencia de una nueva forma de conflicto mundial que habría de producir el choque de intereses económicos movidos por la necesidad de impulsar cada país su propio progreso sin consideración a los perjuicios que de ello pudieran resultar para el comercio y el ordenamiento monetario internacionales. Este común temor al previsible desarreglo económico mundial en la etapa de recuperación de post-guerra, unió a los distintos Estados en el deseo de concertar ciertas bases que, al obligar a todos los participantes, fueran al mismo tiempo garantía de acuerdo en la orientación y práctica de la política monetaria.

Fue así como el Acuerdo incluyó entre sus disposiciones la del artículo 14, que se refiere al llamado «período de transición», y que dice:

> «En el período de transición de la post-guerra, los participantes, no obstante las disposiciones de cualesquiera otros artículos de este Acuerdo, podrán mantener y adaptar a circunstancias variables (y en el caso de participantes cuyos territorios hayan sido ocupados por el enemigo, introducirlas donde sea necesario) restricciones en pagos y transferencias por transacciones internacionales corrientes. Sin embargo, en su política sobre el cambio extranjero los participantes tendrán siempre presentes los fines del Fondo, y tan pronto como lo permitan las condiciones, adoptarán cuantas medidas sean posibles para desarrollar con otros participantes arreglos comerciales y financieros que faciliten los pagos internacionales y el mantenimiento de la estabilidad de los cambios. En particular los participantes eliminarán las

restricciones mantenidas o impuestas según esta Sección tan pronto como tengan la certeza de que, eliminando dichas restricciones, podrán liquidar su balanza de pago en forma que no les impida indebidamente el hacer uso de los recursos del Fondo».

También se acordó (ordinal b), sección cuarta del articulo 4º del Pacto Monetario Internacional):

«Todo asociado —los paises adherentes— se comprometen, mediante medidas propias compatibles con este Convenio, a permitir que en sus territorios se efectúen operaciones cambiarias entre su moneda y la de otros asociados sólo dentro de los límites prescritos en el parágrafo tercero de este articulo, o sea, cuando las operaciones se hagan sobre la base de divisas al tipo de paridad oficialmente establecido».

Y la Ley 90 de 1948, en desarrollo del Pacto, dispuso:

«*Artículo* 3º La obligación de que trata el ordinal b) de la Sección 4ª del articulo 4º del Pacto Monetario Internacional, será cumplida por el Banco de la República a nombre de la Nación, interviniendo en el mercado por medio de compras y ventas de cambio exterior, dentro de los límites previstos en dicha disposición, y de acuerdo con las normas de la presente Ley. De consiguiente, *toda licencia para compra de cambio dará derecho al poseedor de ella para adquirir del Banco la moneda extranjera correspondiente,* al precio resultante de la aplicación de la regla consignada en el presente articulo, con la excepción de que tratan los articulos 5º y 10 de esta Ley». (Los lineados son de la Sala).

Leídas las anteriores referencias legales, y para precisar el caso de autos, se explica:

El Decreto extraordinario número 2097 de 15 de junio de 1946 reglamentó la introducción al país de paquetes aeroexpresos, y en su articulo 1º se dispuso:

«Toda mercancía que se importe al país por vía aérea y cuyo valor sea mayor de cincuenta pesos ($ 50.00) requiere la licencia de importación previa y la respectiva factura consular».

Como se ve, a términos de la anterior disposición quedó excluída de control previo, licencia y factura consular, la importación de mercancías por la vía aérea en paquetes de un valor menor de cincuenta pesos. Tal vez, con la medida, quiso el Gobierno favorecer al público facilitándole la introducción al país de mercancías de poco valor, sin pensar, claro está, que a ese medio iban a acudir los comerciantes para importar gran cantidad de mercancías. Efectivamente, como no reglamentó el Gobierno suficientemente la disposición, y sólo tardíamente señaló el límite máximo de las importaciones que por el sistema de paquetes podía introducir cada comerciante (Decreto 3313, octubre 9 de 1947), vino el abuso de la gracia, y fue así —lo dice el apoderado de la parte actora— «como en el año de 1947 se importaron paquetes por un valor aproximado de US $ 25.000.000, que desequilibró la balanza y que obligó al Gobierno a dictar el Decreto número 368 de 4 de febrero de 1948, por medio del cual suspendió la vigencia del Decreto número 3313 de 9 de octubre de 1947, que había reglamentado el número 2097 de 1946».

El artículo 16 de la Ley 90 de 1948 es del siguiente tenor:

«La Oficina de Control de Cambios concederá, precisamente dentro de las 48 horas siguientes a la presentación de la respectiva solicitud, licencia para transferir al exterior todo pago por transacciones corrientes, de conformidad con la definición que de esta clase de transacciones hace el punto i) del artículo 19 del Pacto Monetario Internacional.

En caso de que la Oficina niegue una transferencia, por no considerar que se trate de un pago por transacciones corrientes, el interesado podrá apelar ante la Junta Directiva, la cual definirá el punto, sin poder, empero, apartarse de las determinaciones que haya dado el Fondo Monetario Internacional, según el inciso final del punto i) del artículo 19 citado.

De lo dispuesto en el inciso anterior se exceptúan las restricciones que puedan imponerse conforme al punto b), Sección 3ª del artículo 7º del Pacto. En excepcionales circunstancias, de acuerdo con el artículo 14 del mismo estatuto, podrán imponerse además otras restricciones por la Junta Directiva, pero por medio de resolución aprobada por dicha Junta, y que se comunicará inmediatamente al Fondo Monetario Internacional, indicando las razones que obligaron a dictarla».

Ahora bien: en desarrollo del compromiso internacional, todas las importaciones de paquetes de valor menor de cincuenta pesos tenían que estimarse como operaciones corrientes. Al particular, en el numeral i) del artículo 19 del Pacto se dispone: «Deberá entenderse por pagos por operaciones corrientes las que no tengan por objeto efectuar un traspaso de capital», y fácil es entender que la introducción al país de paquetes de precio menor de cincuenta pesos no puede entenderse como un traspaso de capital. Ya lo dijo esta Sala, «son operaciones de comercio internacional de las determinadas corrientes incluidas tanto en la regla general como en la consignada en el punto i) del artículo 19 del Pacto Monetario Internacional». (Sentencia sobre Productos Maizena, de fecha 12 de diciembre de 1950, ponencia del doctor Piñeros).

Fijadas las anteriores determinaciones, se explica:

La sociedad demandante «Intra-Mar Shipping Corporation Ltda.», persona jurídica creada y domiciliada en esta ciudad (véase certificado del folio 53 de este cuaderno), introdujo al país como comisionista de transportes por el sistema de paquetes de precio menor de cincuenta pesos, las mercancías de que dan memoria las licencias que en copia aparecen agregadas al proceso. Esta mercancía, una vez nacionalizada, es decir, llegada a las Aduanas del país, daba derecho a la casa comisionista e importadora de obtener las licencias del caso de las Oficinas del Control de Cambio que debían serle expedidas a la sola vista del manifiesto de la Aduana, a propósito de que el Banco de la República, sin ninguna dilación y a la simple presentación del documento, hiciera la venta de los giros en dólares para que la casa pudiera hacer *de inmediato* el pago correspondiente a los exportadores. Esta clase de comercio cruzado entre la casa intermediaria y los exportadores, por razón del Pacto Internacional, entendía que el pago a que hubiera lugar debía hacerse al momento de la entrega de la mercancía, o lo que es lo mismo *cash on delivery*. En desarrollo del pacto, Colombia ni ningún otro país adherente podía introducir mercancías que no pudiera pagar de contado; para eso creó el Gobierno el Control de Cambios, y en forma que el crédito nacional respaldaba el cumplimiento de todas las obligaciones convenidas y adquiridas

al amparo del Control; sin su intervención y respaldo ninguna mercancía podía llegar al territorio nacional.

Pues bien: la Intra-Mar, a medida de su comercio, solicitaba del Control de Cambios las licencias necesarias para que el Banco de la República le vendiera, *al tipo de cambio vigente*, los respectivos giros en dólares a fin de atender en el exterior al pago de las mercancías de que se ha venido hablando, lo que hacía, sólo podía hacerlo, tan pronto como le fueran entregadas en la Aduana los manifiestos; y las Oficinas del Control, en cumplimiento de las obligaciones deducibles del Pacto Monetario, y en nombre de la República, vino dando normal curso a las licencias. Pero en cuanto a las de autos demoró su entrega, y a términos que las agencias de Intra-Mar en las ciudades de Bogotá y Barranquilla sólo recibieron las correspondientes a las operaciones de finales del año de 1948, el día 16 de diciembre de ese año a las once de la mañana, o lo que es lo mismo, ya para el día de la vigencia de la Ley 90 que elevó el tipo de cambio del 175.5% al 196.

Las licencias de las anteriores referencias cotizables al tipo de cambio vigente al momento de ser solicitadas sumaban en dólares un valor igual a US $ 231.114.12; pero como el Control demoró su entrega y la operación cambiaria sólo pudo efectuarse por la Casa cuando el nuevo tipo de cambio estaba vigente, el Banco de la República, al vender los giros, liquidó los dólares al tipo del 196 fijado por la Ley 90 y no al 175.5%, es decir, con un recargo global de pesos igual a la suma de $ 47.378.40, diferencia entre los dos tipos de cambio, como se afirma en la demanda.

En su tiempo alegó la Casa demandante ante las entidades que como la importación y nacionalización de las mercancías correspondientes a las licencias de cambio entregadas en las horas de la mañana del día 16 de diciembre de 1948 fueron hechos que se consumaron con anterioridar a la vigencia del nuevo tipo de cambio, consecuencialmente la sociedad tenía derecho a que se le entregaran los giros en dólares liquidados al 175.5% fecha de la nacionalización de las mercancías, y no al 196 como se hizo. El Control negó las solicitudes mediante las Resoluciones constantes en las notas números 83443 y 2568, de fechas 28 de diciembre de 1948 y 3 de marzo de 1949, que figuran en el juicio (folios 40 y 27 de este cuaderno), y que son los actos materia de la presente acción contenciosa de plena jurisdicción. Dicen las expresadas notas:

«*Banco de la República — Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones.* — Número AR- 88443.

Bogotá, diciembre 28 de 1948.

Intra-Mar Shipping Corp. (Colombia), Limitada, calle 13 número 9-33, Oficina 313, Ciudad.

Ref.: Su nota sobre reembolso de aereoexpresos.

La Oficina de Control de Cambios carece de facultad legal para determinar los tipos de cambio y cómo deben liquidarse las operaciones de esa naturaleza. El tipo de cambio ha sido señalado por la Ley, y la número 90 de 1948 se encuentra vigente desde el viernes 17 de diciembre de este año a las 6. p. m.

Toda operación de cambio que se haga durante la vigencia de la Ley 90 de 1948 debe liquidarse en relación con el dólar al 195%.

Cualquiera que haya sido la razón para no haber hecho los giros con anterioridad a la vigencia de la Ley 90, es lo cierto que, legalmente, es imposible autorizar operaciones de cambio a un tipo diferente del establecido por la ley.

Atentos servidores,

Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones (sigue una firma ininteligible). Jefe».

«Banco de la República — Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones. — Número JD-2568.

Bogotá, marzo 3 de 1949.

Señores Intra-Mar Shipping Corp. (Colombia) Ltda., calle 13 número 9-33. — La Ciudad.

En respuesta a su atenta carta de fecha 10 de los corrientes, por medio de la cual solicitan se autoricen los reembolsos de las mercancias llegadas por medio de aeroexpresos, nos permitimos transcribir a continuación el concepto que sobre su solicitud emitió nuestra Sección Jurídica, el cual fue acogido por nuestra Junta y esta Jefatura:

"La Oficina de Control de Cambios y su Junta Directiva carecen de facultad legal para ordenar al Banco de la República que en el día de hoy como en cualquiera fecha posterior a la iniciación de la vigencia de la Ley 90 de 1948, venda a los particulares dólares a un tipo de cambio diferente del que resulta al aplicar el precepto contenido en el artículo 1º de la Ley citada.

"Aunque la Oficina de Control de Cambios autorizara la venta de dólares a un tipo de cambio distinto del señalado en la ley, esa autorización seria inoperante porque el Banco de la República no podría entregar esos dólares a un tipo de cambio distinto de 195%, puesto que los dólares que mantiene en su poder están avaluados, a partir de la vigencia de la ley, a este tipo de cambio, y las diferencias que resultaron del reavalúo pertenecen al Gobierno.

"Para poder autorizar las remesas que solicita Intra-Mar Shipping Corp. a un tipo de cambio distinto del que resulta de la aplicación de la Ley 90 de 1948, sería necesario que el Banco de la República accediera a perder la diferencia que resulta al liquidar los dólares al 175% en lugar de liquidarlos al 195%. Es probable que el banco de la República no esté dispuesto a asumir esa pérdida en favor de la sociedad reclamante.

"La circular telegráfica que transcriben los reclamantes se refiere a las operaciones de cambio que hacen los bancos particulares y que deben comprobar al dia siguiente de haber sido hecha la operación. Por esa razón se advierte que no pueden aceptarse las llamadas posiciones de cambio, que son las relaciones de compra y venta de las operaciones que hace el Banco en cada dia, sino hasta el 18 de diciembre, porque en esa fecha, o sea el 18 de diciembre, deberían los Bancos entregar las relaciones de compra y venta correspondientes a las operaciones cumplidas el 17 de diciembre.

"Aunque la Oficina de Control de Cambios se hubiese equivocado, como no se equivocó, al expedir la circular transcrita, eso no originaría derecho alguno para reclamar que siguiera equivocándose de la misma manera y sin facultad legal, extendiendo la vigencia del tipo de cambio anterior a la Ley 90 después del 17 de diciembre.

"Ignoramos si la Oficina de Control de Cambios de Barranquilla tomó o nó providencias de carácter interno encaminadas a revocar la aprobación a algunas licencias, y si esto fue hecho así, es evidente que si la aprobación se había impartido conforme a la ley, la revocatoria carece de fundamento legal y es por consiguiente nula.

"Las consideraciones anteriores señalan que cualquiera que haya sido la situación de las licencias solicitadas por la sociedad reclamante y cualesquiera que hayan sido los motivos por los cuales los interesados no pudieron hacer los giros en la oportuni-

dad debida, hoy, la Junta Directiva de la Oficina de Control de Cambios carece de facultad legal para autorizar operaciones de cambio a un tipo de cambio distinto del que resulta de la aplicación de la Ley 90 de 1948, y en el caso de que, obrando por encima de la Ley, autorizara dichas operaciones, tal autorización careceria de efecto práctico porque es evidente que el Banco de la República no estaria dispuesto a asumir las pérdidas que representaria la venta de dólares a un precio inferior al estipulado en la ley.

"No parece necesario ni pertinente discutir las apreciaciones de los reclamantes acerca del momento en que entró a regir la Ley 90 de 1948, pero si conviene observar que tales observaciones han olvidado que ninguna ley ni ningún decreto puede entrar a regir antes de su promulgación, y que, aunque el texto de la misma ley diga lo contrario, debe entenderse que su vigencia no puede iniciarse sino con posterioridad a su promulgación".

Atentamente,

Control de Cambios, Importaciones y Exportaciones»(sigue una firma ininteligible). Jefe».

Verdad no controvertida en el proceso es el hecho alegado por la parte actora, consistente en que por haber demorado la Oficina de Control de Cambios la entrega de las licencias, la Casa comisionista de los transportes de los paquetes aludidos se vio precisada a pagarle al Banco de la República los dólares de los giros, no al 175.5%, tipo de cambio vigente no solamente para el dia de la nacionalización de las mercancías sino para el dia en qué fueron solicitadas las licencias, sino al 196%, que fue el señalado por la Ley 90. Verdad también, que la diferencia pagada y que el Banco de la República llevó a las Cajas del Estado ascendió a la suma de $ 47.378.40, que es la que la Intra-Mar reclama como consecuencia de las omisiones culposas que imputa a la Administración y en que fundamenta la presente acción de nulidad. La devolución del quántum anterior la reclama la Casa demandante en orden al restablecimiento del derecho que impetra, no como acción principal, sino como consecuencia de la nulidad que considera afecta las Resolnciones que ya vienen copiadas.

Conocidos principios de derecho procesal enseñan que en todos los casos, para ejercitar válidamente cualquier acción, esto es, precisar desde el punto de vista legal los sujetos del litigio, se requieren tres condiciones: a) capacidad para ser parte; b) capacidad para comparecer en juicio, y c) legitimación en causa; condiciones éstas que el sentenciador deberá examinar de oficio, porque al faltar una de ellas, la decisión que deba proferir no podrá versar nunca sobre lo principal del pleito o sobre el fondo del derecho controvertido. Repiten los procesalistas indistintamente: «sin interés jurídico no hay acción»; «nadie puede reclamar para si lo que no le pertenece»; «la personeria sustantiva de las partes debe aparecer claramente establecida, pues en caso contrario no le es posible al fallador conocer del fondo del negocio»; «carece de acción el que no es titular del derecho que reclama», etc.

No se ventila en este pleito una acción de simple nulidad (pública o popular), que es la que se concede y puede ejercitar cualquier persona natural o jurídica en guarda del orden institucional, como que a todo ciudadano se le supone el derecho de obtener el imperio de la legalidad en los casos en que crea que ha sido vulnerado o agraviado por acto o hecho de la Administración.

Ya tiene repetido el Consejo: cuando el acto demandado crea o da origen a situaciones subjetivas, particulares, individuales concretas, aun cuando mediatamente el orden jurídico pueda estar comprometido, la

acción sólo corresponde al lesionado, vale decir, al que acredite que el acto le causa perjuicio. En toda relación jurídica impera el principio de que la medida de las acciones la da el interés jurídico.

De consiguiente, tendrá acción para demandar la devolución del dinero a que se refieren las peticiones de la demanda y por el concepto allí indicado, la persona o personas que recibieron el perjuicio; más claramente: los titulares del patrimonio afectado por lo pagado de más al Banco de la República como resultado de la diferencia de los dos tipos de cambio.

Ahora bien; en el caso, y para precisar este extremo, deben distinguirse tres personas: la Casa comisionista del transporte, los Importadores, los Exportadores.

Los Importadores son extraños a la relación jurídica planteada en la demanda, como que en nada se perjudicaron; cada uno al realizar la gestión del pedido de la mercancía consignó en la Casa comisionista, en pesos, el valor de los dólares correspondientes al precio del encargo al tipo de cambio del 175.5%, sin que, posteriormente, se les hubiese reclamado la diferencia deducible de la imposición del nuevo tipo de cambio. Es más; no son ellos los que han ejercitado este litigio.

La Casa comisionista de transportes —la Intra-Mar— afirma, y nadie lo discute, que fue ella la persona que pagó al Banco de la República el quántum indicado, o sea, la diferencia entre los dos tipos de cambio y los impuestos consiguientes. Pero no lo es menos, también se afirma en la demanda, que ella —la Casa— cargó la suma pagada por los conceptos indicados a la cuenta de los Exportadores, con el resultado de que entonces tampoco vino la Casa a recibir ningún perjuicio, menos aún el que hubiera podido hacerla titular del derecho que reclama en estas diligencias.

Fueron precisamente los Exportadores los que en cada uno de los casos pagaron las indicadas diferencias con perjuicio evidente de su capital y de su propio patrimonio. Así expresamente se afirma en la demanda. Se lee, en efecto, en ella:

> «Por la demora en entregar esas licencias la sociedad demandante tuvo que liquidar el valor de las importaciones con los importadores, liquidación que hizo al cambio e impuesto vigentes; y tuvo congelados esos dineros por falta de licencia de cambio, viéndose obligada, para la compra de los giros, a pagar el 196% en vez del 175.5%, que era el que regía al tiempo de la liquidación de las importaciones, y a cubrir los nuevos tipos de impuesto.
>
> De esta manera, la sociedad que represento ha pagado, *por cuenta de los exportadores americanos*, la cantidad de $ 47.378.40, que es la diferencia entre los dos tipos de cambio. Y al hacer obligatorio el cambio del 196% para el pago de las mercancías importadas y nacionalizadas con anterioridad al 17 de diciembre de 1948, en vez del 175.5%, sobre dineros congelados por falta de licencias de cambio indebidamente aplazadas, *se hizo incidir ese aumento sobre los exportadores*, debiendo recaer sobre los importadores. Ese aumento en el tipo de cambio *constituye un impuesto sobre bienes extranjeros*, ya que el valor de esas licencias representa verdaderos créditos internacionales. Igual cosa ocurrió con la diferencia en el tipo de los impuestos establecidos por el Decreto-ley número 1952 de 1948 y modificados por el Decreto-ley número 4139 del mismo año». (Los subrayados son del Consejo).

Las anteriores afirmaciones de la Casa demandante, constantes en el escrito de demanda, hechas por conducto de su apoderado, jurídicamente deben estimarse como verdaderas confesiones. La jurisprudencia tiene de antiguo decidido «que valen como confesiones las aseveraciones

contenidas en el libelo de demanda, y como tales producen plena fe contra la parte demandante por mandato de lo dispuesto en el artículo 1769 del Código Civil, según el cual la confesión hecha en juicio por la parte o su apoderado producen plena fe contra ella".

En síntesis: como la Casa demandante pagó la diferencia del cambio, junto con los impuestos deducibles del nuevo tipo, pero para cargar luégo el valor correspondiente a la cuenta de los exportadores, apenas serán éstos los que en su caso tendrían acción para demandar el reintegro que la Casa demandante, honorablemente, pero sin personería ni sustantiva ni adjetiva, ha demandado en este juicio.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su Fiscal colaborador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA PROBADA la excepción de falta de personería sustantiva y adjetiva de la sociedad demandante "Intra-Mar Shipping Corporation Ltda." para incoar la acción intentada en este asunto y, en consecuencia, NIEGA las peticiones de la demanda con que se inició el presente juicio.

Cópiese, notifíquese y oportunamente archívese el expediente.

Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño—Luis E. García V., Secretario.

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Honorables Consejeros:

El señor Ministro de Gobierno, por oficio signado con el número 4652, de 14 del mes en curso y repartido al suscrito Consejero el 17 del mismo mes, consulta a esta Corporación: "si hay incompatibilidad para que los ciudadanos elegidos Senadores o Representantes al Congreso y Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente desempeñen simultáneamente ambos cargos, y si lo pueden hacer percibiendo solamente el sueldo que a uno de ellos corresponda".

El señor Ministro, a manera de motivos de su duda respecto a la primera cuestión formulada, es decir si quienes tienen a la vez la investidura de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente y de Senadores o Representantes del Parlamento, pueden simultáneamente o no desempeñar ambos cargos, observa que el Acto legislativo número 1º de 1952, por el cual se dictaron normas para la elección de los Diputados a la referida Constituyente y se delimitaron sus funciones, no estableció incompatibilidad alguna entre el mencionado cargo de Diputado y ningún otro y que apenas si fue el Decreto ejecutivo 29, de 9 de enero último, reglamentario del citado Acto legislativo, el que en su artículo 9º dispuso: "Los funcionarios públicos que fueren elegidos Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente solamente podrán actuar como tales previa renuncia del respectivo cargo"; pero —agrega el Ministerio— "la Constitución Nacional dispone que una misma persona o corporación no puede ejercer simultáneamente jurisdicciones atribuidas a diversos organismos (artículo 61), y que nadie puede recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público (artículo 64)".

Finalmente, el señor Ministro explica por qué con el aplazamiento de la instalación de la Asamblea Constituyente (se había fijado su iniciación para el 20 de abril postrero) surge el problema de si quienes tienen el doble cargo de constituyentes y parlamentarios —en el caso de coincidir el funcionamiento de la Asamblea Constituyente y de las Cámaras— están en la posibilidad jurídica de desempeñar a la vez ambas funciones y de devengar la asignación fijada a uno y otro cargo.

Para mejor método y comprensión de la cuestión sujeta a estudio, se transcribe lo anotado por el Ministerio para respaldar su duda acerca de los puntos expuestos: "La Asamblea Nacional Constituyente, dice, fue convocada por Decreto 277, de 13 de febrero del presente año, para que se reuniera el 20 de abril, y, siendo de cuatro meses el período inicial de labores, su reunión no hubiera coincidido con la del Congreso, ni se hubiera presentado dificultad alguna por aplicarse a ella el reglamento del Senado; pero aplazada su instalación, quienes fueron elegidos Senadores o Representantes al Congreso y Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente están en posibilidad de ejercer simultáneamente las funciones Legislativas y Constituyente del Poder Público, cuya separación fue establecida tanto por el Acto legislativo como por su Decreto reglamentario, y conviene determinar si por analogía rige para el caso el principio de que no se pueden acumular cargos y preeminencias públicas, ni ejercerse simultáneamente las diversas funciones del Poder Público, que inspira los artículos 61 y 64 de la Constitución Nacional".

Es verdad que el Acto legislativo número 1º de 1952 no estableció expresamente incompatibilidad entre el cargo de Diputado a la Asamblea Nacional Constituyente con ningún otro; pero ello no era menester, puesto que el mencionado Acto debe interpretarse en su alcance en forma que se ciña a los principios cardinales consagrados en la Constitución de Colombia, principalmente en sus articulos 61, 64 y 108, inciso 2º, respecto de incompatibilidades. De suerte que si el Decreto número 29, de 9 de enero último, reglamentario del expresado Acto legislativo, dispuso en el articulo 9º que los funcionarios públicos que fueren elegidos Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente solamente podrán actuar como tales previa renuncia del respectivo cargo, no quiere esto decir que la sola incompatibilidad existente con el cargo de Diputado a la Asamblea Nacional Constituyente sea la de los funcionarios públicos mientras conserven este carácter, porque ya se dijo cómo la Ley Máxima de la República tiene establecidos principios de manifiesto alcance democrático para impedir la acumulación, en una persona, de preeminencias y el privilegio de recibir a la vez distintos sueldos del Tesoro Nacional.

En lo atinente a la suma de preeminencias, importa establecer que el Acto legislativo número 1º de 1952 estableció, por cierto aspecto, una excepción a las normas vigentes en la Carta, ya que según ésta, verbigracia, no se puede ser Senador y Representante a la vez, mientras que tal Acto no prohibió que pudieran ser elegidos Diputados a la mencionada Asamblea quienes, para entonces, tenian la investidura de congresistas o de ministros del despacho, seguramente con el ánimo de hacer de esta Asamblea un cuerpo de selección; pero de esa libertad o amplitud para la escogencia del personal de la Constituyente, no se deduce que quien tenga la doble investidura de Diputado a la mentada Asamblea y de Miembro de las Cámaras, pueda simultáneamente ejercer sus funciones de Constituyente y de Legislador. Fortalece esta tesis la consideración de que el expresado Acto legislativo, por mandato de su articulo 9º, modificó apenas transitoriamente el articulo 218 de la Carta que le confiere sólo al Congreso la facultad de reformar la Constitución. Hizo, pues, de la Asamblea Nacional dicha una corporación autónoma frente al Parlamento. De consiguiente, para salvaguardiar esa independencia necesario es que no puedan estos dos organismos —Constituyente y Congreso— actuar simultáneamente con personal que en parte les es común. Se opone a esto también el espíritu del articulo 61 de la Carta, porque si bien las funciones de la mentada Asamblea Nacional y las del Congreso no pertenecen propiamente a distintos órganos del Poder Público, si son entidades de carácter absolutamente diferentes, asi como son de diversas las que ejercen la autoridad politica y la judicial.

Tampoco el mismo Acto legislativo número 1º de 1952 permite —en forma implicita pero evidente— que simultáneamente se puedan ejercer las funciones de Diputado a la Constituyente y de Congresista. La razón de esto es muy sencilla y clara. Según el articulo 7º del Acto legislativo que acaba de citarse. «La Asamblea Nacional, por el hecho de ser exclusivamente constituyente, no tendrá las funciones legislativas adscritas al Congreso, y éste continuará cumpliéndolas en la forma que ordena la Constitución». Esta prohibición expresa hecha a la Asamblea Nacional Constituyente de no ejercitar funciones legislativas se expondria a ser violada, si en un momento dado, y estando sesionando a la vez Constituyente y Congreso, con la asistencia al mismo tiempo de quienes tienen la doble investidura dicha, llegaran a ser mayoria, en cualquiera de las dos Cámaras, quienes concurran a cualquiera de éstas y simultáneamente a la expresada Asamblea, porque entonces seria ese grupo mayoritario, ese sector de la Constituyente, con la investidura doble dicha, el que resultaba legislando.

La incompatibilidad existente para desempeñar al mismo tiempo los cargos de Diputado a la Asamblea Constituyente y de Senador o Repre-

sentante al Congreso es de orden constitucional, porque así se infiere de principios esenciales de nuestra Carta, como acaba de verse y, además, porque esa incompatibilidad la establece, por lo ya explicado, el mismo Acto legislativo número 1º de 1952, que convocó a la citada Asamblea, y por lo mismo no desaparece, no puede y no debe desaparecer aquella incompatibilidad de orden formal, ajustada a normas de pulcritud ética de derecho público colombiano, por la circunstancia de que quienes se hallen en el caso de la doble investidura no recibieran sino una de las asignaciones fijadas a sus dos cargos, pues la cuestión, antes de ser de carácter pecuniario, es de índole republicana.

Ha de observarse también que en el caso de funcionar a la vez la Asamblea tántas veces mencionada y el Congreso, aquellos ciudadanos que son miembros de ambas corporaciones no podrían recibir el sueldo fijado para cada una de sus unidades, pues el artículo 64 de la Constitución se opone al acaparamiento, no ya de preeminencias, lo que hacen otras de sus disposiciones, sino al privilegio de recibir al mismo tiempo varios emolumentos o gajes. Porque el precepto que acaba de citarse dispone: «Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas e instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios». Conceptúa el Consejo, en Sala de Negocios Generales, que ante el pronombre indefinido «nadie» con que rompe la transcrita disposición, resultaría inválida la interpretación de cualquier orden, sutil o habilidosa, para llegar a la conclusión de que se pueden recibir a la vez dos sueldos del Tesoro Público, excepto los casos especiales previstos por la ley, entre los cuales no se halla el sometido a la consulta del señor Ministro.

Finalmente cabe observar: iniciándose las labores ordinarias del Congreso el 20 de julio de cada año por mandato constitucional, no obstante haber sido convocada la memorada Asamblea, por Decreto número 277, de 13 de febrero último, para el 20 de abril del año en curso, al haberse extendido sus sesiones por los cuatro meses autorizados por el artículo 2º del referido Acto legislativo, siempre hubieran coincidido con las del Congreso durante el lapso del 20 de julio al 20 de agosto, no obstante las cuentas hechas por el señor Ministro en su consulta, y de consiguiente, por este mes, se habría presentado la dificultad sobre la cual se inquiere hoy el parecer del Consejo de Estado.

Por lo expuesto termino proponiéndoos:

«En contestación al oficio número 4652, a que se ha hecho referencia, transcríbase al señor Ministro de Gobierno copia del presente informe».

Señores Consejeros,

José Urbano Múnera.

CESANTIA. —NOTARIOS

(Consejero ponente: doctor Baudilio Galán Rodríguez).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, diez y ocho de enero de mil novecientos cincuenta y uno.

El doctor Julio C. Gaitán, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción solicitó de esta Superioridad que con audiencia del señor Fiscal. se hicieran las siguientes declaraciones:

«a) Que la Caja Nacional de Previsión está obligada y debe reconocer y pagar al doctor Julio C. Gaitán el valor total de la cesantía que le corresponde por los servicios prestados a la Nación en forma ininterrumpida, como Notario 5º del Circuito de Bogotá y como Gerente de esa misma entidad, o sea, desde el 1º de enero de 1945 hasta el 15 de agosto de 1950, inclusive.

«b) Que dicha cesantía, correspondiente a cinco (5) años, siete (7) meses y quince (15) días de servicios a la Nación debe ser liquidada sobre el último sueldo devengado por el doctor Julio C. Gaitán ($ 1.650.00), al cual debe agregarse una doceava parte de la suma que recibió el doctor Gaitán por concepto de Prima de Navidad durante el último año de sus servicios ($ 1.237.50) moneda corriente, es decir, que el sueldo base para la liquidación del auxilio será de *mil setecientos cincuenta y tres pesos con doce centavos ($ 1.753.12)* moneda corriente.

«c) Que el monto total de la cesantía que corresponde al doctor Julio C. Gaitán por los servicios prestados a la Nación desde el 1º de enero de 1945 hasta el 15 de agosto de 1950 es de *nueve mil ochocientos sesenta y un pesos con veintiocho centavos ($ 9.861.28)* moneda corriente, suma ésta que debe serle reconocida y pagada en su totalidad por la Caja Nacional de Previsión, sin perjuicio del reembolso que esta entidad pueda hacer del Tesoro Nacional por la suma proporcional del auxilio de cesantía al tiempo en que el doctor Julio C. Gaitán desempeñó el cargo de Notario 5º del Circuito de Bogotá, pero sin que el pago de la suma total que debe hacer la Caja Nacional de Previsión al doctor Julio C. Gaitán quede subordinado a ese reembolso.

«d) Que las Resoluciones números J-6161 y J-6421 de 1950, proferidas por la Caja Nacional de Previsión, deberán ser reformadas en el sentido de que la Caja Nacional de Previsión reconocerá y pagará al doctor Julio C. Gaitán el monto total de la cesantía que le corresponde por los servicios prestados a la Nación desde el 1º de enero de 1945 hasta el 15 de agosto, inclusive, de 1950».

Como hechos básicos de la demanda se señalan:

«1º El doctor Julio C. Gaitán fue funcionario público nacional por espacio de cinco (5) años, siete (7) meses y quince (15) días,

habiendo desempeñado durante ese tiempo los siguientes cargos: Notario 5º del Circuito de Bogotá, desde el primero (1º) de enero de 1945 hasta el quince (15) de febrero de 1949, inclusive, y Gerente de la Caja Nacional de Previsión, desde el 16 de febrero de 1949 hasta el 15 de agosto de 1950, inclusive.

«2º El sueldo devengado por el doctor Julio C. Gaitán durante el último mes de sus servicios a la Nación fue de mil seiscientos cincuenta pesos ($ 1.650.00) moneda corriente mensuales, asignación ésta que no tuvo variación alguna durante los últimos tres meses de servicio.

«3º El doctor Julio C. Gaitán devengó durante el último año de sus servicios a la Nación, por concepto de Prima de Navidad, la suma de mil doscientos treinta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 1.237.50) moneda corriente.

«4º El doctor Julio C. Gaitán, al retirarse del servicio a la Nación, tenia el carácter de afiliado forzoso a la Caja Nacional de Previsión, ya que el último cargo que desempeñó fue el de Gerente de aquella misma entidad.

«5º El doctor Julio C. Gaitán, con fundamento en el articulo 3º del Decreto 2567 de 1946, que expresa: "La Caja Nacional de Previsión, además de las prestaciones oficiales consagradas en los articulos 17 de la Ley 6ª de 1945 y 11 del Decreto 1600 del mismo año, deberá atender a cualesquiera otros beneficios o prestaciones adicionales a que sus afiliados tengan derecho por razón de disposiciones especiales, convenciones colectivas o fallos arbitrales, atendidos directamente por el respectivo Ministerio, establecimiento, institución o empresa oficial, y sin perjuicio del oportuno reembolso de su mayor costo por parte de la entidad obligada a reconocerlos", y con fundamento también en el articulo 17 de la Ley 6ª de 1945 y disposiciones concordantes que consagran en favor de todo empleado u obrero nacional el derecho a gozar de auxilio de cesantia por los servicios prestados, reclamó de la Caja Nacional de Previsión el reconocimiento y pago del auxilio de cesantia correspondiente a los cinco años, siete meses y quince días durante los cuales prestó servicios ininterrumpidos a la Nación como Notario 5º del Circuito de Bogotá y como Gerente de la Caja Nacional de Previsión.

«6º La Caja Nacional de Previsión, por Resolución número J-6161, de 28 de agosto de 1950, reconoció y ordenó pagar en favor del doctor Julio C. Gaitán la suma liquida de dos mil quinientos noventa y cinco pesos con treinta y un centavos ($ 2.595.31) moneda corriente, por concepto del auxilio de cesantía correspondiente únicamente al tiempo durante el cual aquél desempeñó el cargo de Gerente de la Caja Nacional de Previsión, omitiendo en ese reconocimiento y pago el tiempo durante el cual el doctor Gaitán sirvió a la Nación como Notario 5º del Circuito de Bogotá.

«7º Por Resolución número J-6421 de 1950, la Caja Nacional de Previsión decidió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número J-6161 de 1950, y por el cual se solicitaba que esta última providencia fuese modificada en el sentido de reconocer al doctor Julio C. Gaitán el auxilio total de cesantía correspondiente a los cinco años, siete meses y quince días durante los cuales él prestó servicios a la Nación, confirmándola en todas sus partes.

«8º La Caja Nacional de Previsión, en sus Resoluciones números J-6161 y J-6421 de 1950, viola el articulo 17 de la Ley 6ª de 1945 y el articulo 3º del Decreto 2567 de 1946, al no haber reconocido al doctor Julio C. Gaitán, quien en la fecha de su retiro del servicio a la Nación era afiliado forzoso a dicha entidad, el valor

total de la cesantía que le corresponde por todo el tiempo de sus servicios a la Nación, como Notario 5º del Circuito de Bogotá y como Gerente de la Caja Nacional de Previsión, o sea, por un total de cinco años, siete meses y quince días».

Como disposiciones violadas por las Resoluciones que se acusan se citan los artículos 17 de la Ley 6ª de 1945, 1º de la Ley 65 de 1946 y 3º del Decreto 2567 de 1946.

A esta demanda se le imprimió el trámite correspondiente, y como se encuentra en estado de dictar sentencia, a esto se procede, previas las siguientes consideraciones:

La querella se contrae en el presente juicio a obtener que por la Caja Nacional de Previsión se pague al actor la cesantía correspondiente al tiempo en que sirvió el cargo de Notario 5º del Circuito de Bogotá, y no tan sólo la cesantía que la mencionada Caja le reconoció por el tiempo en que desempeñó la Gerencia de esa institución.

Se alega y se demuestra que el Notario Público es un empleado público, y sobre esta premisa, que es indiscutible, se apoya el demandante para concluir que en virtud de las disposiciones que cita como violadas, los Notarios Públicos tienen derecho al llamado auxilio de cesantía en la misma forma en que se reconoce dicha prestación a favor de los demás empleados públicos.

Para el mayor acierto en la decisión que ha de adoptarse, conviene ante todo hacer un estudio sobre lo que en la legislación colombiana se entiende por auxilio o derecho de cesantía, lo mismo que sobre la manera especial como los Notarios Públicos obtienen los emolumentos por concepto de su trabajo, y ya sobre estas bases podrá deducirse fácilmente si las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, o si por el contrario, dada la naturaleza de esa prestación y la forma como se les retribuye el trabajo a los Notarios Públicos, han de negarse las súplicas del libelo.

Ya en fallo de dos de agosto del año próximo pasado, esta Corporación, con ponencia del Consejero doctor Eduardo Piñeros y Piñeros, hizo un análisis del llamado auxilio de cesantía, al definir lo pertinente en el juicio de nulidad de la Resolución número J-3759 de 1947, dictada por la Caja Nacional de Previsión y que fue promovido por la señora María Castell viuda de Sarmiento y otras. Son del mencionado fallo los siguientes apartes:

«La Ley 10 de 1934 fue el primer estatuto que consagró un derecho al trabajador, al terminarse el contrato de trabajo, de percibir el auxilio de cesantía, que se hacía consistir en un mes de sueldo por cada año de servicio. A esta prestación solamente tenían derecho los empleados particulares y no los trabajadores oficiales al servicio del Estado.

«Dicha Ley pretendía remediar el despido injusto del trabajador que no fuera originado por retiro voluntario, mala conducta o incumplimiento en el contrato de trabajo.

«Entonces el auxilio de cesantía tenía verdadero carácter de indemnización al trabajador por el despido injustificado, e igualmente constituía una sanción para el patrono que despedía al trabajador sin razón justificada.

«El objeto primordial de esa prestación era la de que el empleado u obrero pudieran atender a su subsistencia, al menos momentáneamente, mientras conseguía nueva ocupación. De ahí su nombre inicial *auxilio de cesantía*, que aún perdura, a través del completo cambio de legislación, y que resulta impropio y anacrónico, como se demostrará más adelante, en el curso de esta providencia.

«Por lo que hace a los trabajadores oficiales, leyes, ordenanzas, acuerdos municipales y reglamentos de empresas oficiales consagraron esa prestación en casos aislados, condicionándoles también al despido injusto del trabajador.

«Fue la Ley 6ª de 1945, siguiendo el derrotero que ya había trazado el Decreto legislativo 2350 de 1944, la que estableció el derecho de cesantía, impropiamente llamado auxilio para los trabajadores oficiales, ya en forma general y constante.

«En efecto, allí se estableció:

"Artículo 12. Ordinal f). Cada tres años de trabajo continuo, *el trabajador adquiere el derecho* al auxilio de cesantía correspondiente a este período; no lo perderá aunque en los tres años siguientes se retire voluntariamente o incurra en mala conducta o en incumplimiento del contrato que originen su déspido. Si fuere despedido o se retirase, solamente perderá el auxilio correspondiente al último lapso inferior a tres años".

«En virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 1600 de 1945, orgánico de la Caja Nacional de Previsión Social, aquella norma que se había dictado para los trabajadores particulares se extendió en favor de los empleados y obreros nacionales al servicio del Estado.

«Como fácilmente puede comprenderse, estas disposiciones cambiaron sustancialmente la índole de la cesantía. Ya no se trataba del auxilio, gracia o indemnización que se consagraba para el personal trabajador de buena conducta como una defensa contra el despido injusto y como una sanción contra el patrono, sino como un derecho generador de un bien patrimonial, que se consolidaba en cabeza del trabajador por un lapso trienal de servicio, exigible a la terminación del contrato, cualquiera que fuere la causa de esa terminación, así el retiro voluntario, como la mala conducta, la enfermedad, etc.

«La cesantía correspondiente al tiempo inferior a tres años quedaba, como antes, condicionada al despido injusto o a la terminación del contrato por causas involuntarias.

«De esta manera la cesantía tuvo un doble carácter:

«a) Bien propio, patrimonial del trabajador, al cual tenía pleno derecho, en cuanto al período o períodos de tres años completos de trabajo; y,

«b) Indemnización en cuanto al tiempo inferior a tres años que se hubiera servido, que sólo se causaba por el despido injusto o por retiro forzoso debido a causas ajenas a la voluntad del trabajador.

«Esta solución mixta, fruto de una transición legislativa que representaba, no obstante, un avance audaz en la legislación social, desapareció bien pronto al entrar en vigencia la Ley 65 de 1946, que dispuso:

"Artículo 1º Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállense o nó escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía *por todo el tiempo* trabajado continua o discontinuamente, *cualquiera que sea la causa del retiro*" (subraya la Sala).

«Entonces el derecho de cesantía vino a configurarse con los siguientes caracteres:

«a) bien patrimonial, propio del trabajador;

«b) exigible a la terminación del contrato de trabajo;

«c) causado por cualquier tiempo de servicio, continuo o discontinuo, a partir del 1º de enero de 1942, y

«d) por razón de cualquier motivo que ponga fin al contrato de trabajo'.

«Es decir, que la cesantia ya no tiene el carácter compensatorio de indemnización al trabajador por el despido injusto, sino que es una prestación proveniente del mismo contrato de trabajo.

«No es, pues, exacta, en concepto de la Sala, la interpretación que le da a la cesantía el carácter de *indemnización por despido* de algunos tratadistas de derecho laboral, al menos en cuanto a la legislación colombiana se refiere, ni tampoco aquella que la considera como *seguro de desocupación.*

«Posteriormente, cuando se trate del punto relacionado con los llamados Seguros Sociales se demostrará cómo la cesantía es la única prestación a la que no puede darse el carácter de Seguro Social, y a la que la ley en efecto no se lo da (artículo 1º, Ley de 1946).

«Basta por ahora considerar, en el último aspecto contemplado, el de seguro de desocupación, que si la cesantía lo fuera, no podría obtenerse esta prestación en caso de retiro voluntario del trabajador para ocupar una posición igual, o mejor remunerada.

«Más acorde con la índole de la cesantía en nuestra legislación es la teoría según la cual dicha prestación es *un salario diferido,* o sea, una parte del mismo salario que permanece en poder del patrono o del Estado como depósito, para ser entregado al trabajador al terminarse el contrato del cual solamente puede hacer uso durante su vigencia en los casos de excepción previstos en la ley, a saber: para adquirir casa de habitación o para libertarla de gravámenes que pesen sobre ella y que afecten en forma real y directa la propiedad (párrafo 3º del artículo 13, Ley 6ª de 1945; Decreto 530 de 1947; Ley 166 de 1941; artículos 2º, 4º, 5º, 6º y 12º del Decreto 1575 de 1946).

«El notable tratadista de Derecho Laboral Juan D. Ramírez Gronda, Profesor de la Universidad de Buenos Aires, expresa al respecto lo siguiente en su obra *El Contrato de Trabajo:*

"En doctrina existen numerosos intentos para determinar la naturaleza jurídica de la indemnización de cesantía. Al Profesor Daveali pertenece un estudio muy completo destinado a examinar las distintas teorías sobre el particular. Siguiendo pues su exposición, puede formularse, la síntesis siguiente:

"1º) Según los autores, la indemnización de despido constituye un *salario diferido,* es decir, una parte adicional que se descuenta durante la relación de trabajo y se entrega en el momento de la resolución.

"Se objeta a esta teoría que si se trata de salario diferido, no sería posible negarla al empleado que se retira voluntariamente (páginas 588 y 589)".

«Y más adelante agrega:

"En cuanto a las objeciones que se suelen formular al concepto de *salario diferido* respecto de que si la indemnización de cesantía tuviera tal carácter había que abonarla también al trabajador dimitente, esto es, al que se retira por su voluntad, pueden ser superadas si se admite que se trata de un derecho o beneficio *sujetos a condición.* Se gozará de él en el caso de cesantía injustificada; se perderá en el caso de incurrir en el empleo en falta que justifique el despido o que él dimita por su exclusiva voluntad".

«Agrega el profesor argentino que esta dificultad se obvia al considerar que en ese caso la obligación está sujeta a dos condiciones resolutorias, una para el evento de que el despido sea justificado y otra para cuando el trabajador se retire voluntariamente, y termina:

"Ahora en aquellas legislaciones que atribuyen la indemnización también al trabajador dimitente, podría, pues, considerarse que en lugar de las dos condiciones resolutivas (sic) precitadas existiría una sola (la justa causa de cesantía).

"Por otra parte, la idea de que se trata de un *salario diferido* (fuente de la indemnización) no significa negar que la indemnización misma se dirija a prevenir el paro y a atenuar o suprimir sus efectos (objeto de la indemnización). También es *salario diferido* el aporte del afiliado y del patrono a una caja de jubilaciones, sin que esto signifique negar que ese salario diferido (que también puede perderse) esté destinado a prestaciones futuras, asumiendo los caracteres de seguro (social) obligatorio, contra los riesgos de ancianidad, incapacidad y muerte".

"En resumen: Pensamos que la indemnización de cesantía tiene, en su carácter de salario diferido, la naturaleza de una obligación a plazo (incierto), sujeto a condición resolutoria (dimisión o despido por justa causa) (páginas 591 y 592)".

«Como puede observarse claramente, en presencia del texto legal transcrito atrás, en la legislación colombiana no puede hacerse, ni es pertinente la objeción del no pago de la cesantía cuando se despide al trabajador con justa causa o cuando éste se retire voluntariamente, ya que en Colombia se abandonó, como se ha dicho, el sistema del auxilio de cesantía condicionado al despido injusto o al retiro por causas ajenas a la voluntad del trabajador, quedando el patrono, particular u oficial, obligado a pagar la prestación por cualquier tiempo de servicio y por cualquier causa que ponga fin al contrato de trabajo.

«Y si en la Argentina, como lo sostiene el tratadista citado, puede dársele a la cesantía el carácter de *salario diferido*, con razón tanto mayor en la legislación colombiana, donde no existen las condiciones resolutorias provenientes del despido justificado o del retiro voluntario del trabajador.

«Sucede sí que ese salario diferido no es exigible por el trabajador sino al terminarse el contrato, por cualquier causa, en los casos señalados en la ley, que se han dejado relacionados anteriormente, para adquisición de casa de habitación o liberación de ésta de gravámenes reales y directos».

Establecido, pues, que la cesantía se considera como una contraprestación que se va consolidando cada día como parte del salario mismo, pago que se defiere a la terminación del contrato de trabajo, cualquiera que sea su causa o al término de la prestación de servicios, cuando se trata de trabajadores oficiales, para los cuales no existe el contrato de trabajo, conviene ahora estudiar en qué forma los Notarios perciben sus derechos por los trabajos prestados al público.

Ante todo hay que observar que el Notario no devenga un sueldo pagadero por el Tesoro Público, sino que son directamente los otorgantes o los interesados los que retribuyen los servicios notariales, conforme a una tarifa establecida por la ley.

Los derechos notariales son cosa muy distinta del sueldo o salario que percibe un empleado por sus servicios al Estado. Se ha dicho, y con razón, que salario es la remuneración que recibe un trabajador que habitualmente presta sus servicios a otra persona o entidad y como compen-

sación por tales servicios. El Notario se halla desvinculado, en cuanto a su remuneración, del Tesoro Público, y son los particulares quienes mediante una tarifa legal pagan los derechos notariales. Es tal la desvinculación que existe entre el Estado y los Notarios, en lo referente a su remuneración, que ninguno de ellos, a más de no recibir sueldo, es afiliado forzoso de la Caja Nacional de Previsión, ni ayudan a su sostenimiento.

Ahora bien: Si como se ha visto atrás, la cesantía se considera como una parte del sueldo o salario devengado por el empleado día a día y cuyo pago se defiere al término de la prestación del servicio, y si los Notarios Públicos no tienen vinculación económica directa con el Estado, por concepto de su trabajo, sino que son los propios otorgantes e interesados quienes les cancelan sus derechos notariales, entonces se tiene lógicamente, que no devengando sueldo dichos funcionarios, el Estado no ha tenido la oportunidad de retenerles parte alguna por concepto de salarios, y en estas circunstancias mal pueden los Notarios reclamar un patrimonio al cual nunca han tenido derecho. No sucede lo mismo con la pensión de jubilación, porque ésta sí se da a todos los funcionarios públicos que le han servido al Estado, después de cierto lapso de trabajo y que han llegado a determinada edad.

Pretender que el Estado reconozca y pague cesantía a los Notarios, sin que éstos hayan devengado sueldo, es olvidar que la cesantía tiene como extremo para su otorgamiento el sueldo reconocido y pagado por el Tesoro Público. También es preciso tener en cuenta el *status* especial y *sui generis* de los Notarios, que en todo caso es distinto al de la generalidad de los empleados públicos.

Hizo bien la Caja Nacional de Previsión al reconocer y ordenar el pago de la cesantía a que tenía derecho el demandante por sus servicios prestados a la misma Caja, como su Gerente que fue, porque en esa época sí devengaba un sueldo y estaba afiliado a la misma y ayudaba a su sostenimiento. En cambio, como Notario, ni devengaba sueldo pagadero por el Tesoro Público, ni era afiliado forzoso de la Caja Nacional de Previsión, ni contribuía a su sostenimiento, razones estas más que suficientes, como se ha visto, para que la demanda no esté llamada a prosperar.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal 2º de la Corporación, NIEGA las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Alvaro Pineda de Castro, Baudilio Galán Rodríguez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, José Urbano Múnera, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto—Luis E. Garcia V., Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

(Consejero ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintisiete de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

En libelo presentado en la Secretaría de la Corporación con fecha diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, por el doctor Guillermo Mesa Prieto, como apoderado del doctor Francisco Chaves, se demandaron las siguientes declaraciones:

«*Primera.* Que es nulo, por violatorio de la Constitución y de la ley, el Decreto número 46, de 14 de enero del año en curso (1949), procedente del Ministerio de Justicia, "sobre reorganización de los Juzgados de Instrucción Criminal", publicado en el *Diario Oficial* número 26930, de 29 de enero de 1949, en cuanto por medio de dicho Decreto se remueve a mi mandante del cargo de Juez 29 de Instrucción Criminal con residencia en Tunja, cargo que hasta entonces venía ejerciéndose regularmente.

«*Segunda.* Que consecuencialmente, se ordene el restablecimiento del derecho violado por medio de la orden dada en la misma sentencia al Gobierno Nacional, sobre reincorporación de mi mandante en el cargo de Juez 29 de Instrucción Criminal, con residencia en Tunja (Boyacá), y además el pago de todos los sueldos devengados desde la separación del puesto hasta que la reincorporación se efectúe, junto con los aditamentos de las prestaciones a que tiene derecho, siendo entendido que la separación del ejercicio de funciones por motivo del Decreto acusado en nada influye para la liquidación de prestaciones, hoja de servicios, etcétera.

«*Tercera.* Que si para el restablecimiento del derecho violado, que ha de verificarse por medio de la reincorporación de mi mandante al cargo, fuese necesaria la creación de un nuevo Juzgado, así se hará conforme a lo previsto en la Ley 4ª de 1943.

«*Cuarta.* De no ser restablecido en el cargo de Juez 29 de Instrucción Criminal, solicito al honorable Consejo de Estado ordene que la Administración —Tesoro Nacional— reconozca a mi mandante las indemnizaciones o prestaciones legales a que tiene derecho, cuya cuantía la estimo en más de cinco mil pesos ($ 5.000.00), como lo demostraré en el término probatorio, sin perjuicio del derecho de cesantía durante el tiempo que desempeñó el cargo oficial aludido».

Como fundamentos de HECHO de su demanda, el apoderado del actor adujo los que a continuación se transcriben:

«1º Conforme al Decreto-ley reorgánico de los Juzgados de Instrucción Criminal, distinguido con el número 2421, de 17 de julio de 1948, en su artículo 7º se fijó período para los Jueces de

Instrucción Criminal, al decir textualmente: "Los Jueces de Instrucción Criminal, del Cuerpo Auxiliar de la Rama Jurisdiccional y sus empleados subalternos, serán nombrados por el Gobierno para períodos de un año, que principiarán a contarse el primero de agosto próximo (1948), no podrán promoverse durante su período, y sólo podrán ser removidos del cargo a solicitud motivada del Jefe de Vigilancia Judicial".

«2º Por Decreto-ley número 2723, de 6 de agosto de 1948, fue designado mi mandante por el Presidente de la República, Juez 29 con residencia en Tunja (Boyacá), para el período que principia el 1º de agosto de 1948 y naturalmente termina el 1º de agosto de 1949, habiéndosele confirmado tal nombramiento según Resolución procedente del Ministerio de Justicia, distinguida bajo el número 1659, de 2 de septiembre de 1948, por cuanto demostró ser abogado titulado, no ser oriundo del Departamento de Boyacá, gozar de reputación intachable y haber otorgado la caución respectiva.

«3º En telegrama número 4447, de 18 de diciembre de 1948, el señor Ministro de Justicia, doctor Samuel Arango Reyes, le comunicó a mi poderdante que por Decreto ejecutivo número 4152, de 17 de diciembre de 1948, había sido designado nuevamente Juez 29 de Instrucción Criminal y que debía tomar inmediata posesión del cargo, lo que así cumplió, conforme con el acta de posesión que tomó ante la Alcaldía de Tunja, el 20 de diciembre último y que en copia autorizada acompaño.

«4º Garantizado en los actos oficiales anteriores y en el derecho legalmente adquirido, de permanecer en Tunja, como Juez de Instrucción, hasta el 1º de agosto de 1949, fecha en la que termina el período del cargo, el susodicho poderdante trasladóse a la capital de Boyacá, con su esposa e hijos, para así cumplir estrictamente con la exigencia legal de residir en esta ciudad, sede del empleo público que debía desempeñar por tiempo fijo.

«5º Mi mandante, al ser nombrado por período fijo, tomó en arrendamiento casa de habitación en Tunja, por el mismo tiempo, contrató servicio doméstico, obligándose a reconocer las prestaciones sociales en caso de incumplimiento, y arrendó igualmente por el mismo término la casa de habitación familiar que tiene como único patrimonio en la ciudad de Pasto, lugar de donde tuvo que trasladarse a Boyacá, garantizado en la seriedad de los actos oficiales del Ejecutivo Nacional.

«6º En julio de 1944, cuando mi poderdante, igualmente ejercía el cargo de Juez de Instrucción número 64 con residencia en Túquerres, Nariño, y que fue cambiado intempestivamente, recibió el siguiente comunicado oficial: "Mingobierno-Justicia-Bogotá, agosto 2 de 1944. Francisco Chaves. Pasto. No hay queja ninguna sobre su actuación como Juez. Remoción obedeció haberse reorganizado totalmente Cuerpo Auxiliar. Exprésole agradecimientos y confírmole sentimientos aprecio. Servidor, *Antonio Vicente Arenas*. Director Justicia". Este telegrama oficial, posterior a ese cambio, y el nuevo nombramiento de Juez 29 hecho el 17 de diciembre último por el actual Ministro de Justicia, doctor Samuel Arango Reyes, ponen de manifiesto patéticamente, que no ha existido causal legal para destituirlo a mi poderdante a los pocos días de esa reelección, tanto más que estaba desempeñando comisiones conferidas en vísperas de la destitución.

«7º Se designó a los Jueces de Instrucción números 12, 14, 31, 45, 68 y 74 en calidad de interinos, por cuanto los individuos nombrados no son abogados titulados, y en tal virtud esos nom-

bramientos y posesiones están viciados de nulidad por violar la Ley 4ª y Decreto reglamentario 1254 de 1943 en sus artículos 32 y 9º, respectivamente.

«8º Los perjuicios inferidos al demandante doctor Chaves, los estimo en la suma de ochocientos pesos mensuales ($ 800.00), computados desde el día en que fue reemplazado, o sea desde el 16 de enero último, a la fecha en que se le restituya en las funciones oficiales, como Juez 29 de Instrucción Criminal, así: quinientos pesos ($ 500.00) de sueldo mensual fijado para el cargo de Juez de Instrucción Criminal y diez pesos ($ 10.00) diarios a que tiene derecho como viáticos en las comisiones oficiales del cargo».

A la demanda se le dio la tramitación legal correspondiente hasta poner el juicio en estado de dictar sentencia, a lo cual se procede, no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado.

Al surtírsele el respectivo traslado, el señor Agente del Ministerio Público rindió el concepto que a continuación se transcribe:

«Señaló (el actor) como disposiciones violadas el Decreto-ley 2421, de 17 de julio de 1948; los artículos 5º y 6º de la Ley 95 de 1946; el artículo 32 de la Ley 4ª de 1943 y el artículo 160 de la Constitución Nacional.

«Se considera:

«Está demostrado en el expediente con la copia del Decreto número 2723, de 6 de agosto de 1948, que aparece publicado en el *Diario Oficial* número 26797, correspondiente al día 19 de agosto de 1948, que el doctor Francisco Chaves fue designado por el Gobierno Nacional Juez 29 de Instrucción Criminal en Boyacá, cargo del que tomó posesión el 2 de septiembre del mismo año.

«El cargo en referencia lo desempeñó, según comprobantes que aparecen en el expediente, hasta el 23 de enero de 1949, fecha en la cual se posesionó como Juez 29 de Instrucción Criminal en Boyacá el doctor Carlos Fernández, nombrado por Decreto número 46, de 14 de enero del año citado.

«Como el fundamento de la demanda se hace consistir en que el Gobierno no podía destituir al doctor Chaves del cargo de Juez 29 de Instrucción Criminal en Boyacá sino hasta que cumpliera el período de un año para el cual había sido nombrado y que expiraba el 1º de agosto de 1949, es necesario examinar la legislación que rige para el nombramiento y remoción de los Jueces de Instrucción Criminal, para determinar si en el caso del demandante hubo violación de las normas que se consideraron infringidas por el acto acusado.

«En primer término, encuentro que el Gobierno, con ocasión del estado de sitio en que se encontraba el país y que fue declarado por medio del Decreto número 1239, de 10 de abril de 1948, expidió el Decreto-ley número 2421, de 17 de julio de 1948, por el cual se reorganizaron los Juzgados de Instrucción Criminal del Cuerpo Auxiliar de la Rama Jurisdiccional, y entre las disposiciones de ese Decreto se estableció en el artículo 7º que tales funcionarios y sus subalternos serían nombrados para períodos de un año, que principiaría a contarse desde el 1º de agosto de 1948. Al mismo tiempo la referida disposición señaló las causales por las cuales los Jueces podían ser removidos durante el período para que habían sido nombrados.

«Antes de la expedición de este Decreto los Jueces de Instrucción Criminal no tenían señalado período fijo para el desempeño de sus funciones. De modo, pues, que en cuanto a nombramiento

y remoción de esos empleados el Gobierno se guiaba por las disposiciones consignadas en el Decreto-ley 1100 de 1934, artículo 2º; artículo 70 del Decreto 505 de 1940; 38 de la Ley 4ª de 1943 y 48 del Decreto 650 de 1943, normas éstas que atribuyen al Gobierno el nombramiento y remoción de tales empleados.

«Del estudio de las disposiciones a que me he referido resulta que el Gobierno tiene, sin limitación alguna, la facultad de nombramiento y remoción de tales funcionarios, y que sólo el Decreto-ley 2421 de 1948 introdujo la modificación consistente en señalar período a esos empleados. Pero como ese Decreto sólo tuvo vigencia hasta el 16 de diciembre de 1948, porque el Congreso al expedir la Ley 90 de ese año no invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para adoptarlo como norma legal permanente, el Decreto en mención automáticamente dejó de tener existencia legal al producirse el levantamiento del estado de sitio, lo que ocurrió el 16 de diciembre, y de consiguiente cobraron vigencia todas aquellas disposiciones que he citado.

«De modo, pues, que no puede considerarse infringida una norma cuya existencia legal ya no regía al tiempo de expedirse el acto acusado.

«Refiriéndome al cargo de violación de los artículos 5º y 6º de la Ley 95 de 1946, encuentro que esas disposiciones no tienen aplicación en el caso que se estudia, porque hoy los Jueces de Instrucción Criminal son empleados que pertenecen al orden administrativo y por lo mismo son de libre nombramiento y remoción del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto-ley 650 de 1943, expedido en uso de las facultades extraordinarias que al Presidente de la República le confirió la Ley 5ª de ese año.

«Si bien es cierto que con motivo de la expedición de la Ley 4ª de 1943, que creó 60 Jueces de Instrucción Criminal, se creyó en un principio por algunos que tales funcionarios eran los que contemplaba el Código de Procedimiento Penal y que debían ser nombrados por los Tribunales Superiores, mientras que otros consideraron que se trataba de funcionarios administrativos cuyo nombramiento y remoción correspondía al Gobierno; esta duda vino a ser desatada por el honorable Consejo de Estado mediante consulta que sobre el particular formuló el Ministerio de Gobierno, entidad aquélla que con el voto unánime de todos sus miembros, en concepto de 11 de marzo de 1943, consideró que se trataba de *funcionarios administrativos* cuyo nombramiento y remoción correspondía al Gobierno.

«De modo, pues, que en la actualidad esos funcionarios no hacen parte de la Rama Jurisdiccional, y por consiguiente no le son aplicables las disposiciones de la Ley 95 de 1946 que se señala como infringida por el acto acusado.

«En cuanto al cargo de violación del artículo 32 de la Ley 4ª de 1943, disposición que establece que para ser Juez de Instrucción Criminal se requieren las mismas condiciones que se exigen a los Jueces de Circuito, encuentro que no hay en los autos demostración alguna que establezca que el doctor Carlos Fernández, nombrado en reemplazo del demandante no reúna las calidades a que tal disposición se refiere. Por tanto, el cargo de violación de esa disposición es infundado por falta de respaldo probatorio en los autos, y de consiguiente esa tacha de ilegalidad no está llamada a prosperar.

«Finalmente, el cargo de violación del artículo 160 de la Constitución Nacional se destruye con la consideración ya expuesta de que los Jueces de Instrucción Criminal no hacen parte de la

Rama Jurisdiccional, no siéndoles por consiguiente aplicable esa disposición de la Carta.

«Por las consideraciones que preceden, soy de concepto que se NIEGUEN las peticiones de la demanda».

La Sala no puede menos de compartir el parecer de la anterior vista fiscal, donde se hace, con lógica y precisión, el análisis de la cuestión debatida.

Sólo que, en lo referente al concepto en que se estima violado el artículo 5º de la Ley 95 de 1946, se le escapó al señor Agente del Ministerio Público una razón fundamental, suficiente, por su sola virtud, para destruir la argumentación que el apoderado del actor formula con mayor insistencia. Dice el doctor Mesa Prieto que «tampoco es aceptable el argumento del señor Fiscal, al sostener que la Ley 95 de 1946 se refirió a los Jueces de Instrucción Criminal, de que trata el Código de Procedimiento Penal, y que deberán ser nombrados por los Tribunales Superiores»; que «esto es de claridad meridiana, desde que para estos Jueces de Instrucción Criminal, la Constitución de 1945, artículo 60 (157 de la actual Codificación) les fijó dos años de período, y mal podía una ley posterior, como es la 95 de 1946, señalar un período indefinido, al decir que «sólo podrán ser removidos con resolución motivada demandable ante el funcionario competente»; que «como la destitución del doctor Chaves no se hizo durante el estado de sitio, que duró hasta el 17 de diciembre de 1948, sino el 16 de enero de 1949, cuando ya el país estaba en normalidad legal, es claro que el Decreto demandado de esa fecha es demandable por no haberse llenado las formalidades requeridas por el artículo 5º de la Ley 95 de 1946, vigente en ese día»; que «la Ley 4ª de 1943 y los Decretos que la reglamentan, invocados por el señor Fiscal del honorable Consejo, por los cuales se autorizó al Gobierno para remover Jueces de Instrucción, quedaron derogados por la Ley 95 de 1946 en su artículo 5º, al imponer normas especiales para destituir o trasladar estos funcionarios públicos», y que «la discriminación entre "empleados administrativos" y "funcionarios de la Rama Jurisdiccional", a que hace alusión el señor Fiscal, no cabe en este caso, por cuanto el legislador de 1946 sentó una norma especial para ciertos funcionarios, inclusive para los Jueces de Instrucción, y por lo mismo, como se dijo atrás, si el Consejo de Estado, a raíz de la Ley 4ª de 1943, emitió concepto sobre este particular, la Ley 95 de 1946 fijó una norma legal, que se halla vigente, para el caso de remoción de los Jueces de Instrucción que hoy funcionan en el país, como dependientes del Ministerio de Justicia».

Pues bien: una sola observación basta para echar por tierra tan, al parecer, convincente razonamiento, y es la de que el artículo 5º de la Ley 95 de 1946 en manera alguna se refiere a los funcionarios de las Ramas de la Administración en él indicadas (Rama Jurisdiccional, Ministerio Público, Contencioso Administrativo, Jurisdicción del Trabajo y Jueces de Instrucción Criminal), sino *a su personal subalterno.*

En efecto, el texto completo de la disposición comentada establece:

> «Artículo 5º Los empleados subalternos de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público, de lo Contencioso Administrativo, de la Jurisdicción del Trabajo y Jueces de Instrucción Criminal no podrán ser destituidos ni trasladados a un cargo de inferior categoría sino cuando exista causa legal y por medio de resolución motivada, que es demandable ante el funcionario competente».

En el HECHO 2º de la demanda se transcribe la aludida disposición en forma trunca, solamente en la parte que dice:

> «... *y Jueces de Instrucción Criminal, no podrán ser destituídos ni trasladados a un cargo de inferior categoría, sino cuando*

existe causa legal y por medio de Resolución motivada, que es demandable ante el funcionario competente».

Se ocultó, tras la cortina de unos puntos suspensivos, el sujeto de la oración, del cual se tomó apenas el fragmento final *«y Jueces de Instrucción Criminal»* en el intento de dar la impresión de que quienes no pueden ser destituidos ni trasladados a puestos de inferior categoría (y eso cuando existe causa legal y por medio de resolución motivada, demandable ante la autoridad competente) son los Jueces de Instrucción Criminal, y no, como lo expresa textualmente dicho artículo 5º, *«los empleados subalternos»* de tales funcionarios. Dándole forma interrogativa al atributo, se averigua el sujeto de una cláusula, como enseñan los gramáticos. ¿Quiénes *«no podrán ser destituidos ni trasladados a un cargo de inferior categoría, sino cuando existe causa legal y por medio de resolución motivada, que es demandable ante el funcionario competente?»* En ningún caso la respuesta podría ser *«los Jueces de Instrucción Criminal»*, sino esta otra: *«los empleados subalternos de los Jueces de Instrucción Criminal»*.

La Sala se ve en el penoso caso de expresar su inconformidad con el empleo, en los juicios, de esta clase de recursos forenses, y estima que la necesaria distinción entre quienes trabajan *como subalternos* en las oficinas de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público, de lo Contencioso Administrativo, de la Jurisdicción del Trabajo y de los Juzgados de Instrucción Criminal, y quienes en ellas actúan *como Jefes superiores de los respectivos despachos,* disipa —ahí sí con claridad meridiana— todas las dudas suscitadas en relación con la pretendida violación del artículo 5º de la Ley 95 de 1946, por el acto materia de la acusación. No es a los segundos, sino a los primeros, a quienes hace referencia la referida norma legal.

En los términos que preceden se aclara o rectifica, en lo pertinente, lo afirmado por la Sala, en la sentencia de fecha 28 de noviembre de 1950, proferida en el juicio instaurado por Campo E. Navarro Lozano contra el Decreto 3597 de 1948, originario del Ministerio de Justicia, sentencia que el apoderado del demandante en estas diligencias aduce también como fundamento de sus peticiones.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador fiscal y de acuerdo con él, NIEGA las súplicas de la demanda de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Alvaro Pineda de Castro, Jesús Estrada Monsalve, Daniel Anzola Escobar, Baudilio Galán Rodríguez, José Urbano Múnera, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto—Luis E. García V., Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

(Consejero ponente: doctor Rafael Rueda Briceño).

Consejo de Estado—Sala Plena—Bogotá, mayo once de mil novecientos cincuenta y tres.

El abogado titulado e inscrito doctor Eustorgio Sarria, obrando en su propio nombre demandó por libelo presentado el 5 de junio de 1952, que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declare nulo el Decreto ejecutivo número 909, de 16 de abril del año de cita, publicado en el *Diario Oficial* de 24 de mayo del propio año, en cuanto por ese acto se nombra al Senador doctor José Elías del Hierro miembro de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Fomento Municipal, nulidad causada por ostensible violación de la Constitución y de la ley por exceso de poder.

Como hechos fundamentales de la acción expuso:

«1º La Rama Ejecutiva del Poder Público, o Gobierno, por medio del Decreto ejecutivo número 909, de fecha 16 de abril de 1952, artículo 1º, nombró a los doctores José Elías del Hierro y Gabriel Serrano "como miembros de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Fomento Municipal". Y por el artículo 2º del mismo acto administrativo dispuso que "los miembros de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Fomento Municipal tomarán posesión ante el señor Ministro de Fomento".

«2º Este Decreto lleva las firmas del Excelentísimo señor Presidente de la República, doctor Roberto Urdaneta Arbeláez, y del Ministro de Fomento, señor Carlos Villaveces, y *aparece publicado en el* Diario Oficial *número 27909, de fecha 24 de mayo del año en curso.*

«3º El señor doctor José Elías del Hierro ha ejercido el cargo de Senador de la República. Como tal lo declaró legalmente electo la Corte Electoral, por la Circunscripción Electoral de Pasto. Así consta del respectivo documento oficial inserto en el *Diario Oficial* número 27741, de fecha 30 de octubre de 1951. Y en cuanto al ejercicio, está el acta de la sesión del Senado Pleno, de fecha 30 de octubre de 1951, en la cual consta que el doctor Del Hierro prestó el juramento de rigor legal y actuó en dicha sesión sometiendo a la consideración y aprobación del Senado distintas proposiciones. (*Anales del Congreso* número 1º, octubre 31 de 1951).

«4º El Instituto Nacional de Fomento Municipal, como establecimiento público que es, es parte importante de la Administración Pública, se halla bajo el control de los gobernantes, y a su cargo está la prestación de servicios públicos fundamentales».

En derecho citó como violados los artículos 109 y 64 de la Constitución Nacional, las Leyes 78 de 1931 y 4ª de 1913 y expuso el concepto de la violación.

En el libelo de demanda se impetró la suspensión provisional del acto acusado.

Admitida la demanda fue ordenada tramitar «por el procedimiento ordinario señalado por el Capítulo XV del Código Contencioso Administrativo, ya que se trata del ejercicio de la acción de simple nulidad de un acto administrativo». En el propio acto se negó la suspensión provisional, «porque tratándose, como se trata en el fondo, de una demanda contra el nombramiento contenido en el acto acusado, tal petición no procede, ya que la constante e invariable doctrina sobre este particular ha sido la de que contra un nombramiento no hay lugar a suspensión provisional».

Notificado el señor Fiscal 2º del Consejo, doctor Nicolás Torres Niño, del auto admisorio de la demanda, pidió reposición para que se revoque y en su lugar se declare prescrita la acción, por tratarse de un negocio de carácter electoral. El honorable Consejero sustanciador, doctor Anzola Escobar, acogió de plano la solicitud de reposición, y por proveído de 23 de agosto subsiguiente declaró sin valor ni efecto legal el auto admisorio de la demanda y ordenó pasar el expediente a la Sala Plena del Consejo para su debido reparto.

Por diligencia de 12 de septiembre último fue repartido el negocio como electoral al Consejero doctor Gómez Parra, quien, por auto del 22 del citado mes admitió la demanda y dispuso las prevenciones ordenadas por el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo.

Evacuado el traslado para alegar, dijo el señor Fiscal prenombrado:

> «No comparte la Fiscalía los puntos de vista del actor, referentes a que el término de diez días fijado en el artículo 209 de la Ley 167 de 1941 para presentar la demanda contra un nombramiento comienza a correr a contar del siguiente de la publicación del Decreto respectivo, porque el tenor literal de la ley al respecto es de una claridad tan diáfana, que no procede, si se quiere dar a tal precepto estricto cumplimiento, acudir a recursos exegéticos so pretexto de consultar su espíritu, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 27 del Código Civil.
>
> «Con efecto, la norma 209 del Código Contencioso Administrativo dice: "Toda demanda en relación con alguna de las acciones concedidas en los artículos anteriores, deberá presentarse ante la entidad competente *dentro del término de diez días hábiles*, a contar del siguiente al en que se verifique el acto por medio del cual la elección se declara. *Dentro del mismo término deberá presentarse la demanda contra un nombramiento, y en tal caso los diez días se cuentan desde el siguiente a la fecha de la expedición de aquél*". (Subraya la Fiscalía).
>
> «Como se ve, es de una claridad indiscutible que el término para demandar un nombramiento es de diez días hábiles, contados a partir de la expedición de la respectiva designación; que, dados los términos tan claros, precisos y terminantes como el legislador expresó su voluntad al respecto, sería violar manifiesta e inequívocamente la ley si se le diera el alcance que pretende el querellante, cuyos argumentos sobre dicho particular estarían hasta muy bien ante el Congreso o el Órgano Ejecutivo durante la turbación del orden público para obtener la reforma del artículo preinserto por medio de una ley o un decreto legislativo.
>
> « . . . . . .
>
> «Creo del caso observar que son innumerables las decisiones que el honorable Consejo de Estado cada año emite sobre deman-

das de nombramientos presentados dentro de los diez días hábiles, a partir de la fecha de los decretos por medio de los cuales se hacen las designaciones acusadas, demandas que en su mayoría dicen relación con decretos de Gobernadores; y, que no dice alusión a los argumentos expuestos por el doctor Sarria en su libelo por no considerarlos de importancia, ya que los basa en una doctrina *demodé*, carente de actualidad y por lo tanto recogida por el honorable Consejo, y por ser de modo ostensible inapropiados para que un organismo jurisdiccional cambie una doctrina sostenida persistentemente por hallarse calcada en la forma y manera tan clara y precisa como está redactado el artículo 209 del Código Contencioso Administrativo».

Por su parte el demandante, haciendo relación al concepto fiscal, ha expuesto:

«1º La vista del señor Fiscal es clara, concluyente, inequívoca, en cuanto a la ostensible violación de la Constitución por parte del Decreto ejecutivo firmado por los doctores Urdaneta Arbeláez, Presidente, y Carlos Villaveces, Ministro de Fomento. Por tanto, creo innecesario recalcar sobre este aspecto fundamental del negocio.

«2º Pero el señor Fiscal, con habilidad digna de mejor causa, afirma que la acción está prescrita, lo cual no es fundado. Está demostrado que la demanda fue presentada dentro del término establecido por el Código de la materia, contando ese término a partir de la publicación del acto acusado, en el periódico oficial. Pero el señor Fiscal estima que ello no es así, y que el honorable Consejo "ha recogido" su doctrina anterior sobre el particular, y por lo mismo la invocada en la demanda y escritos posteriores está *"demodé"*. Me parece, *prima facie*, que el *demodé* es el señor Agente del Ministerio Público.

«3º La doctrina del honorable Consejo sobre la publicación de los actos de la Administración en el *Diario Oficial* tiene vigencia, sencillamente, por su lógica, por su contenido jurídico, y sobre todo, por cuanto ella es la única interpretación legal del caso, para obstar la arbitrariedad oficial. Es obvio, elemental, aceptado por todos, que la manera corriente, natural, de que los actos del Gobierno lleguen al conocimiento de los gobernados, es la de su publicación en el *Diario Oficial*, tratándose de actos del Gobierno Nacional. *Antes de esa publicación, el público no está en capacidad de enterarse de su contenido. Entonces los términos legales para casos como el contemplado sólo pueden contarse a partir de esa publicación, pues de lo contrario, al Gobierno, para evitar el control jurisdiccional previsto en la Constitución y en la ley, le bastaría con no publicar esos actos, lo cual puede hacer sin dificultad ni reparo, ya que ello depende de su exclusiva voluntad.*

«4º Si por otra parte, las doctrinas invocadas por el señor Agente del Ministerio Público no vienen al caso, ya que ellas fueron expuestas en asuntos de índole distinta al presente. No pueden igualarse al decreto de nombramiento de un maestro de escuela proferido por un Gobernador de Departamento, con el Decreto del Presidente de la República y uno de sus Ministros, recaído en la persona de un Senador de la República.

«Se trata de algo grave y fundamental para la supervivencia del Estado colombiano como un Estado de derecho. El honorable Consejo de Estado no puede pretender, simultáneamente, que se mantenga intangible su esencia constitucional, tal como lo ha manifestado a la Comisión de Estudios Constitucionales, y tratar de

convalidar una ostensible violación de la Constitución política pretextando una inexistente prescripción de la acción.

«5º La violación de la Constitución no se transforma, no se puede transformar en acto lícito, jurídico, con el transcurso del tiempo. Ello equivaldría a sostener la tesis peligrosa de la legitimidad del golpe de Estado: violemos impunemente la Constitución, que con el correr de los días, nuestra conducta será la de los legitimistas. Esta tesis es atractiva y actual, pero no puede ser la acogida por un organismo como el Consejo de Estado, encargado de velar, con la Corte Suprema de Justicia, por el acatamiento y respeto de la Carta Suprema».

La Sala observa, previa constancia de que está agotada la tramitación regular del juicio, y que de autos no aparece ninguna causal de nulidad. El acto oficial que corre publicado en el *Diario Oficial* número 27909, correspondiente al 24 de mayo de 1952, dice así:

«DECRETO NUMERO 909 DE 1952

(abril 16)

por el cual se nombran miembros de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Fomento Municipal.

«El Designado, encargado de la Presidencia de la República de Colombia,

en uso de sus facultades legales,

Decreta:

«Artículo 1º Nómbrase a los doctores José Elías del Hierro y Gabriel Serrano como miembros de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Fomento Municipal.

«Artículo 2º Los miembros de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Fomento Municipal tomarán posesión ante el señor Ministro de Fomento.

«Comuníquese y publíquese.

«Dado en Bogotá a 16 de abril de 1952.

ROBERTO URDANETA ARBELAEZ

«El Ministro de Fomento,

Carlos Villaveces».

La cuestión principal materia del presente asunto es la siguiente:

¿La acción de nulidad está prescrita al tenor de lo dispuesto por el artículo 209 del Código de lo Contencioso Administrativo?

El nombramiento demandado fue hecho por medio del Decreto número 909, expedido el 16 de abril de 1952; y habiendo sido presentada la demanda el 5 de junio del mismo año, se llega a la conclusión de que transcurridos más de los diez días, contados a partir del siguiente a la expedición de aquél, tal demanda estaba presentada fuéra del tiempo y por tanto prescrita la acción propuesta.

Contra este razonamiento que ha alegado el señor Fiscal 2º de la Corporación, doctor Torres Niño, se han presentado dos argumentos que es necesario estudiar cuidadosamente:

a) Es el primero el expuesto ya en la demanda por el doctor Eustorgio Sarria y que está concretado en una doctrina anterior del Consejo de Estado, y que dice así:

«La elección (de un Magistrado era el caso de autos) es acusable por cualquiera persona dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de la "expedición" del nombramiento. Pero, ¿cuándo ha de entenderse expedido? Lo natural es que el decreto no rige ni se considera expedido sino a partir de su publicación oficial, pues antes de eso solamente algunas personas lo conocen, y nadie puede demandar acto alguno sin conocerlo, ni lo puede conocer mientras no se publique. A no ser así, tales nombramientos podrían, en la práctica, escapar a la acción popular contencioso-electoral, a causa de retardo, más o menos explicable en la publicación de los respectivos decretos». (Sentencia, 26 de septiembre de 1945, *Anales* número 352, página 28).

(Tomada del "Código Administrativo", anotado y comentado por el doctor Carlos H. Pareja, página 279, columna 1ª).

El Consejo de Estado, en innumerables fallos, ha rectificado la expresada doctrina, y lo hace ahora, una vez más, ante el texto claro de la disposición comentada, artículo 209 del Código Contencioso Administrativo.

Efectivamente, dice en su parte final la referida disposición, que cuando se trata de un nombramiento, el término prescriptivo de diez días se cuenta desde el día siguiente al de la fecha de la expedición de aquél.

Cuando el legislador no ha definido el significado de las palabras, se dará a éstas el natural y obvio, según el uso general de las mismas. (Artículo 28 del Código Civil).

El uso general de las palabras es el que expresan los diccionarios autorizados, y entre ellos el de la Academia de la Lengua Española.

Allí se define la palabra "expedición", y entre otras se le dan las siguientes acepciones:

«1º) Acción y efecto de expedir. 2º) Facilidad, desembarazo, prontitud y velocidad en el decir o hacer».

«EXPEDIR» 1ª) Dar curso a las causas o negocios, *despacharlos.* 2ª) *Despachar, extender por escrito,* con las formalidades acostumbradas, bulas, privilegios, reales órdenes, etc. 3ª) Pronunciar un acto o *decreto*».

De manera que cuando la ley dice: «Dentro del mismo término deberá presentarse la demanda contra un nombramiento, y en tal caso los diez días se cuentan desde el siguiente a la fecha de la "expedición" de aquél, está diciendo, sin lugar a dudas, que el término se cuenta desde el día siguiente a aquel en que el decreto fue *despachado,* extendido con las formalidades acostumbradas, es decir, con la firma del Presidente y el Ministro; en que fue "pronunciado" el decreto.

El sentido de la ley es claro, y no es lícito desatender su tenor literal (artículo 27, Código Civil) según el uso natural y obvio de la palabra, para consultar su espíritu, ya que no tiene el texto legal ni ambigüedad ni oscuridad alguna (artículo 28), pues es necesario anotarlo, señala no solamente la expedición del decreto sino la *fecha de su expedición,* que es en la que se dice firmado, como punto de partida para contar el término de la prescripción en la acción contencioso electoral contra los nombramientos.

La interpretación que en un día le diera el Consejo a la palabra "expedición", por natural y lógica, podría servir como exposición de motivos a un proyecto modificador del Código Contencioso, pero no para restarle fuerza al clarísimo sentido de la disposición. Y como esta Sala no obra en función de legislador sino de aplicadora de la ley, no puede separarse del tenor literal para buscarle una interpretación más o me-

nos vaga e imprecisa que no expresa el significado, el sentido natural y obvio.

No debe olvidarse que la ley no dice que a la demanda electoral deba acompañarse ejemplar oficial donde el acto demandado hubiera sido publicado, sino «copia del acto que se acusa, debidamente autenticada», y «si la corporación o funcionario que hizo el nombramiento *no expidiere oportunamente la copia, deberá expresarse así en la demanda para que se proceda según lo dispuesto en el artículo 127*». (Artículo 211, Código de lo Contencioso Administrativo). Lo cual está diciendo claramente, que si por razón de la premura del término de la prescripción no alcanza a expedirse la copia, deberá expresarse así, justamente, para que con la presentación de la demanda se interrumpa la prescripción.

Téngase en cuenta también que en los juicios electorales el demandante no debe expresar, como en los ordinarios, que la copia se le ha denegado, sino, simplemente que no se ha expedido oportunamente. (Artículos 86 y 211).

De lo anterior se deduce de modo claro que la doctrina del Consejo de Estado, expresada en sentencia de 26 de septiembre de 1945, carece de base jurídica en cuanto hace a la aplicación de las normas procesales en los juicios de contencioso electoral.

b) El segundo argumento podría sintetizarse así:

«Los actos jurídicos que contravienen normas inderogables (constitucionales), así como los que adolecen de un requisito substancial de forma, carecen de eficacia jurídica y hasta llega a considerárseles en Derecho Administrativo como actos inexistentes. Las nulidades de que tales actos están viciados se denominan nulidades absolutas o radicales, porque enervan el acto mismo en su propia esencia, impidiéndole producir efecto alguno, y que por referirse al orden público son insubsanables por el transcurso del tiempo, conforme a la máxima *quod ab initio nullum est tractu temporis convalescere non potest*».

Para sustentar esta tesis se diría que el término de los diez días fijados por el artículo 209 del Código de lo Contencioso Administrativo para demandar la nulidad de un nombramiento «no rige cuando la nulidad de que se trata es declarada por la Constitución, pues no sería lógico que un término procedimental pudiera limitar y aun enervar los efectos de un postulado estatutario». «Otra cosa sucede cuando la nulidad de que se acusa el acto es declarada por una ley u otra norma de igual o inferior categoría, porque en ese caso el término procesal es establecido por una disposición de la misma o superior prevalencia y no se contraviene al principio de la jerarquía de normas». «Confirma esta interpretación el hecho de que la Constitución no fija término alguno para acusar los actos que la violan».

La tesis anterior es exacta, a la luz de nuestra legislación positiva, cuando se trata de la acción contenciosa de anulación, consagrada expresamente en varias disposiciones de la Ley 167 de 1941, entre ellas el artículo 66, que establece la acción popular de nulidad; el 62, que consagra la acusación ante lo Contencioso Administrativo de los decretos, resoluciones, y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas por motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad; el 83, que declara que esta acción de nulidad puede ejercitarse *en cualquier tiempo* a partir de *su expedición o después de su publicación*, si necesita de este requisito para entrar a regir, disposiciones todas que descansan, cuando el motivo alegado es de índole constitucional, en el precepto contenido en el artículo 216 de la Carta, que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno con las excepciones que en tal precepto se establecen.

Pero no son exactas las referidas tesis cuando se ataca un decreto de nombramiento o una elección, pues entonces sí hay un término perentorio, establecido por la ley dictada en desarrollo de un precepto constitucional y que por tener base en él no puede dejarse de aplicar ni aun por excepción. Tal precepto es el contenido en el artículo 141 de la Constitución Nacional, que declara: «Son atribuciones del Consejo de Estado... 3ª Desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, *conforme a las reglas que señale la ley*». Y como la ley señaló dentro de esas reglas (Capítulo XX, de los Juicios Electorales) que contra los nombramientos que hiciera el Presidente de la República había acción de nulidad por el procedimiento electoral. Y que las demandas debían presentarse en un plazo determinado, se concluye sin dificultad que tanto el procedimiento como las normas de prescripción son de forzosa aplicación, pues, se repite, la competencia del Consejo, cuando obra como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, está condicionada por la Constitución «a las reglas que señale la ley».

Resulta, pues, equivocado, confundir la acción de contencioso de anulación, con la acción de contencioso electoral, y más equivocado aún sostener que el Consejo puede apartarse de las normas legales a pretexto de una interpretación constitucional que contraria un precepto expreso de la misma Constitución, como es el artículo 141, ordinal 3º, ya citado.

Tan evidente es lo anterior que para el caso previsto en el artículo 174 de la Constitución, la Ley que lo desarrolló, y que fue la 12 de 1945, en su artículo 4º advirtió que la nulidad de los nombramientos y elecciones verificados en la Rama Jurisdiccional del Poder Público o del Ministerio Público en contravención con aquella norma, «podría demandarse en cualquier tiempo después del nombramiento».

Es decir que, para establecer una excepción, el legislador hubo de declararla expresamente.

La acción pública contra un nombramiento, cuando se obra sólo en interés de la Constitución o de la ley, tiene cabida dentro del procedimiento electoral establecido en el Capítulo XX de la Ley 167 de 1941.

Tal es el sentido de los artículos 189, 192, 193, 205, parte 2ª de los artículos 209, 211, etc. del Código de lo Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, se concluye que la demanda con la cual se inició el presente juicio se presentó fuéra de tiempo y se debe, por tanto, declarar prescrita la acción.

Es así como el Consejo de Estado —Sala Plena—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Declárase PRESCRITA la acción intentada en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

Manuel Dangond Daza, Rafael Rueda Briceño; con salvamento de voto, *Jesús Estrada Monsalve;* con salvamento de voto, *Ildefonso Méndez; Daniel Anzola Escobar, Eduardo Piñeros y Piñeros;* con salvamento de voto, *Antonio José Prieto; José Urbano Múnera, Baudilio Galán Rodríguez;* con salvamento de voto, *Guillermo Acosta Acosta—Luis E. García V.*, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con toda la consideración que se merecen los honorables Consejeros de Estado que votaron afirmativamente el fallo que antecede, se proponen los autores de este salvamento de voto expresar los motivos de disen-

timiento que los llevaron a emitir su voto negativo tanto en la parte resolutiva como en la motiva.

Enfrentada la Sala Plena del Consejo de Estado a la decisión definitiva del negocio instaurado por el doctor Eustorgio Sarria en el libelo de demanda de fecha 5 de junio de 1952, surgieron dos criterios contrapuestos, de los cuales precisa analizar y dilucidar, desde el doble punto de vista del material procesal y de las normas que regulan la materia, el expuesto por quienes no alcanzaron a obtener mayoría en la discusión del negocio.

La simple lectura de la demanda, que, como es sabido, constituye el punto de referencia para el sentenciador, deja impresión de que el actor ejercitó dos acciones a saber:

Primera. La acción contenciosa de anulación, consagrada, entre otras disposiciones del Código Contencioso Administrativo, en el artículo 62, que permite la acusación ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas sobre competencia, de «los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad».

Cuando el motivo o causa fundamental de la acción aludida es de índole constitucional, cabe considerarla como un desarrollo del artículo 216 de la Constitución Nacional, que es del siguiente tenor:

> «Artículo 216. Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76, y el artículo 121 de la Constitución».

Esta acción se halla establecida en interés general, pues el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo preceptúa que *toda persona* puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados; el artículo 72 confiere la misma acción a *la Administración, por conducto del respectivo Agente del Ministerio Público,* para solicitar «la anulación de los actos a que se refieren los artículos 62 a 66 de esta Ley, por los motivos en ellos señalados», y el artículo 89 estatuye que «*cualquier persona* puede pedir que se le tenga como parte para coadyuvar o impugnar la demanda».

Puede instaurarse esta acción *en cualquier tiempo* a partir de la expedición del acto administrativo —según las voces del artículo 83— o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir, y, el procedimiento a seguir, cuando no se haya señalado un trámite especial para determinadas acciones, debe ser el ordinario que reglamenta y desarrolla el Capítulo XV del precitado Código.

Confirman este aspecto de la apreciación de la demanda en estudio los siguientes apartes de la misma:

> «Señores miembros del honorable Consejo de Estado.—Sala de lo Contencioso Administrativo.
>
> «PETICION: Con fundamento en los hechos anteriores, previo el trámite del caso, solicito del honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, que declare nulo el Decreto ejecutivo número 909, de fecha 16 de abril de 1952, publicado en el *Diario Oficial,* de fecha 24 de mayo del mismo año, en cuanto por medio de él se nombra al Senador de la República, doctor José Elías del Hierro, miembro de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Fomento Municipal, nulidad causada por ostensible vio-

lación de la Constitución y de la ley por exceso de poder, tal como lo demuestro en seguida.

«DERECHOS. A.—Con el inequivoco propósito de tutelar el régimen democrático, la Constitución Política, que debe regir la vida de los colombianos, contiene normas como las de los artículos 109 y 64.

«El primero dice: "El Presidente de la República no puede conferir empleo a los Senadores y Representantes durante el período de las funciones de éstos, cuando hubieren ejercido el cargo, con excepción de los de Ministro del Despacho, Gobernador, Agente Diplomático y Jefe Militar en tiempo de guerra. *La infracción de este precepto vicia de nulidad el nombramiento...*"

«El artículo 64 de la citada Constitución dice: "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 la Ley 78 de 1931, al reglamentar esta prohibición, dispuso: "Artículo 1º Entiéndese por Tesoro Público el dinero que a cualquier título ingrese a las oficinas públicas, sean nacionales, departamentales o municipales. En consecuencia, la prohibición de que trata el artículo 64 de la Constitución comprende a los individuos que devenguen simultáneamente sueldos de la Nación, del Departamento o del Municipio. Parágrafo. Se exceptúan de la regla general consagrada en este artículo los casos enumerados en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, y 8 del artículo 307 de la Ley 4ª de 1913. *(Obsérvese de paso que el caso de que se trata no está excepcionado en el artículo 307 del Código de Régimen Político y Municipal a que se refiere el artículo de la Ley 78 de 1931).* Artículo 3º ibidem. Será nulo todo nombramiento hecho en contravención a lo dispuesto en esta Ley".

«B.—En consecuencia, el Decreto acusado viola los citados artículos de la Constitución Política y de las Leyes 4ª de 1913 y 78 de 1931. Es nulo, e implica exceso de poder, ya que éste se caracteriza "por el ejercicio irregular de un poder legal". Habiendo ejercido el señor doctor Del Hierro el cargo de Senador principal de la República, como está demostrado, el señor Presidente de la República, teniendo poder legal para nombrar los miembros de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Fomento Municipal, no podía nombrarlo, a él, precisamente por existir la prohibición constitucional.

«G.—Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, *por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad.* (Código Contencioso Administrativo. Artículo 62).

«Corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las consecuencias por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11º y 12º del artículo 76, y el artículo 121 de esta Constitución.

«Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados. Esta acción se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las

atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere». (Código Contencioso Administrativo, articulo 66).

Segunda. La otra acción incoada por el actor fue la denominada *Acción Pública Contencioso-Electoral sobre nulidad de un nombramiento,* consagrada entre otras varias disposiciones legales en los articulos 189, inciso 2º, 191, 192, 193, 205, 209 y 211 del Código Contencioso Administrativo, cuyo trámite de naturaleza especial lo regula el Titulo XX del mismo Código, que trata «De los Juicios Electorales».

Corroboran este punto de vista de la estimación de la demanda las transcripciones que a continuación se hacen:

«DERECHO. G.—... El Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios... Igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Gobierno, o por cualquiera autoridad, funcionario o coporación de orden nacional. (Código Contencioso Administrativo, articulo 189).

«La elección o nombramiento de juntas de carácter nacional, departamental... *son acusables en la misma forma y por los mismos motivos* en que lo son las elecciones o nombramientos de empleados o funcionarios propiamente dichos, según las reglas de competencia anteriores. (Código Contencioso Administrativo, articulo 192).

«I.—Lo anteriormente expuesto, es para el caso de que se resuelva que el negocio que esta demanda plantea deba tramitarse por las normas del Capitulo XX del Código, pues más lógico parece el procedimiento del Capitulo XV. Entonces la nulidad del acto puede demandarse en cualquier época, ya que no se demanda el restablecimiento del derecho. Mejor, sólo se ejercita el *contencioso de anulación,* y no el *contencioso de plena jurisdicción*».

Con fundamento en la primera de las acciones instauradas de que se acaba de hacer mérito, es como se justifica el auto de fecha 24 de junio de 1952 que, en lo pertinente, dice así:

«Por venir en su forma arreglada a la ley, admitese la anterior demanda intentada por el doctor Eustorgio Sarria y mediante la cual se pide la declaración de nulidad del Decreto ejecutivo número 909, de fecha 16 de abril de 1952, libelo que se tramitará por el procedimiento ordinario señalado por el Capitulo XV del Código Contencioso Administrativo, ya que se trata del ejercicio de la acción de simple nulidad de un acto administrativo...»

Y, con base en la segunda de las precitadas acciones, así como en la reposición impetrada por el señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado del auto que se acaba de transcribir, se explica la providencia de fecha 23 de agosto de 1952, dictada en los siguientes términos:

«Ciertamente, como lo anota el señor Fiscal en su precedente escrito, "en el presente caso se trata de un juicio electoral, ya que en acción pública se demanda la nulidad de un nombramiento y por tanto debe tramitarse de conformidad con el procedimiento señalado para esta clase de negocios en el Titulo XX del Código Contencioso Administrativo", no de un juicio ordinario que deba sustanciarse conforme al Capitulo XV ibidem, como equivocadamente lo estimó esta Sala singular en su proveído fechado el 24 de junio último.

«De modo que el reparto del negocio correspondia a la Sala Plena, no a la de lo Contencioso Administrativo, como se hizo. Y el citado auto se dictó en forma irregular, por un Consejero a quien no se le repartió *legalmente* el asunto.

«Con base en lo expuesto se resuelve:

«*Primero.* Declárase sin valor ni efecto legal la mencionada providencia de fecha veinticuatro de junio próximo pasado; y

«*Segundo.* Oportunamente pase el expediente a la Sala Plena para su debido reparto».

Cabe anotar que cuando la demanda fue presentada el 5 de junio de 1952 ya regia el Decreto legislativo número 4120, de fecha 29 de diciembre de 1949, «por el cual se dictan las normas orgánicas del Consejo de Estado, en desarrollo del articulo 137 de la Constitución Nacional», y, que de la primera de las acciones aludidas conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo, y de la segunda la Sala Plena del Consejo de Estado, por los trámites indicados en los Capítulos XV y XX, respectivamente, del Código Contencioso Administrativo.

Ahora bien; puesto que el actor no desistió expresamente de la primera de las acciones ejercitadas en el libelo de demanda de que se ha hecho mérito, ni de éstas puede conocer una misma de las Salas que integran el Consejo de Estado, ni sustanciarlas bajo una misma cuerda por no seguir el mismo procedimiento, es claro que el demandante doctor Eustorgio Sarria se situó al margen de lo prescrito en los ordinales 1º y 2º del articulo 209 del Código Judicial, cuya aplicación autoriza el articulo 202 del Código Contencioso Administrativo, sobre acumulación de acciones en una misma demanda, y, es asi como el examen de ésta, en su aspecto puramente objetivo, resulta configurado el fenómeno procesal denominado *petición de modo indebido.* Excepción que correspondia declarar probada de oficio a la Sala falladora, ya que contra la primera de las acciones propuestas no es operante la prescripción declarada en el fallo.

Por último, precisa observar que la interpretación rigidamente gramatical que el fallo hace del articulo 209 del Código Contencioso Administrativo desnaturaliza y hace nugatorio el carácter esencialmente público de la *acción contencioso-electordl sobre nulidad de un nombramiento,* por cuanto que permite que el término prescriptivo de diez dias principie a contarse antes de que todas las personas legitimadas para obrar en el juicio tengan oportunidad de conocer el decreto, acto o resolución demandables.

En este orden de ideas, el notable civilista argentino Raimundo M. Salvat, al tratar del método de interpretación cuando existe una ley clara y expresa, dice que «hay un caso, sin embargo, en que por excepción es permitido apartarse del sentido literal de la ley, a saber: cuando está claramente demostrado que el legislador ha querido establecer una cosa distinta de la que resulta de las palabras de la ley. En tales casos, la interpretación literal de ella, llamada entonces *interpretación judaica,* nos llevaría en realidad a violarla, so pretexto de observarla estrictamente». (*Tratado de Derecho Civil Argentino,* página 137).

La interpretación gramatical de la ley no puede consistir únicamente en entender las palabras que ésta emplea «en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, porque el articulo 30 del Código Civil complementa los preceptos consagrados en los tres articulos que le preceden con el concepto general de que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonia".»

Es asi como cobra mayor realce la doctrina que tenia establecida esta Corporación, según la cual los decretos de nombramiento, susceptibles de ser acusados por medio de la *acción pública contencioso-electoral*

sobre nulidad de un nombramiento, no rigen ni se consideran expedidos sino a partir de su publicación oficial, pues antes de eso solamente algunas personas los conocen, y nadie puede demandar acto alguno sin conocerlo, ni lo puede conocer mientras no se publique. A no ser asi, tales nombramientos —como acontece en el caso de autos— pueden escapar a la acción contencioso-electoral, a causa de retardo, más o menos explicable, en la publicación de los respectivos decretos.

Bogotá, mayo 11 de 1953.

Guillermo Acosta Acosta, Ildefonso Méndez, Jesús Estrada Monsalve. Luis E. Garcia V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR ANTONIO JOSE PRIETO

El sentido recto de la ley corresponde siempre fijarlo al Juez en el momento de su aplicación, como intérprete fiel que es de ella, y esta recta interpretación no puede ser otra sino la de que sea justa, equitativa, ecuánime, humana, y que para que sea susceptible de producir reales efectos tiene que inspirarse en las circunstancias de realidad, dentro de los factores de modo, tiempo y lugar. El artículo 83 de la Ley 167 de 1941 preceptúa que para accionar se debe hacer dentro de determinado lapso (cuatro meses cuando se trata de la acción privada de plena jurisdicción) «a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción» (inciso 3º de la disposición en cita); y cuando se trata de la simple acción o contencioso de nulidad, la que puede ejercitarse en cualquier tiempo, la fecha a partir de la cual puede hacerse esto, o sea promover la demanda, es en seguida de su «expedición o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir» dice el inciso 1º. En el caso de autos se trata es de un contencioso de anulación electoral. La mayoría de la Sala considera que no es necesaria la publicación para tener ésta como punto cierto de arranque para ejercitarse la acción, sino cuando es indispensable tal requisito. Es decir, que por excepción se debe hacer la publicación del acto acusado. Este es el criterio de la Sala.

Quien hace el presente salvamento de voto no comparte ese modo de pensar, porque estima que siempre debe haber publicación, porque sin ésta se eliminaría el factor cognoscibilidad, y el único medio de hacer saber al público la producción de un acto encaminado a sufrir efectos *erga-omnes* es la publicación. Descartada ésta ¿cómo puede el público imponerse de que un acto de la Administración se ha sucedido, para que la acción pública pueda hacerse valedera, pueda manifestarse, pueda promoverse a partir de una fecha cierta? Y esto es tanto más racional sustentarlo cuando se trata de un contencioso de anulación electoral, que tiene adscrita expresamente por la ley un término angustioso, muy reducido, de diez (10) días. ¿De qué forma práctica y operante se hace uso para sin equívocos señalar el momento en que por haberse tenido conocimiento por el público, principia para éste ese término de diez días para poder accionar? Se dice: «desde el en que se expide el acto». Está bien. Y ¿en qué momento el público tiene conocimiento de la expedición del acto? ¿En qué momento éste se produjo? ¿Cuál es el medio para tenerlo como producido si se elimina la publicación? El inciso primero puede hasta ser torpe en su redacción, puede hasta ser obscuro, pero el Juez en su sabiduría y buen entendimiento está en la obligación de darle fluidez y densidad a la ley en su interpretación, contenido práctico o capacidad operatoria para que ésta sea recta, y recta su aplicación.

En el caso de autos, como hubo publicación, el actor tenía término para demandar a partir de la fecha de ella, y hecho el cómputo correspondiente, se encuentra que la demanda sí fue presentada en tiempo, o sea que no se produjo la prescripción argüida por el fallo.

No sobra advertir que la interpretación anterior, que el suscrito hace, guarda armonía con la que los señores Consejeros Jesús Estrada Monsalve, Pineda de Castro y el propio Antonio José Prieto dieron en los salvamentos de voto expedidos en relación a los fallos recaídos en la demanda de plena jurisdicción de los odontólogos José Castaño Medina y Miguel A. Toro, sobre la precisa interpretación y alcance práctico del inciso 3º del mismo artículo 83 del Código de lo Contencioso Administrativo para poder sin equivocación y sin perjuicios irreparables para los litigantes contar el término prescriptorio de los cuatro meses, y que en tales salvamentos se defendió la tesis del factor *cognoscibilidad.*

Los señores Consejeros disidentes Acosta Acosta y Méndez están en lo cierto al señalar que la decisión de fondo que correspondía decretar era la de declarar la de excepción perentoria *petición de modo indebido.*

Bogotá, mayo 11 de 1953.

Antonio José Prieto, Consejero de Estado.—*Luis E. García V.*, Secretario General.

DECRETOS DEL GOBIERNO

(Consejero ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, diecinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Gonzalo Gaitán, como apoderado especial de los doctores Germán Rodríguez Fonnegra y Eduardo Millán Perdomo, y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en los artículos 66 y 83 del Código de lo Contencioso Administrativo, solicita que se declare la nulidad del Decreto ejecutivo número 244, de 4 de febrero de 1952, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Fomento, «en cuanto establece "la cuota para la defensa de las pieles", y subordina al pago de ella la exportación de cueros de res en bruto, según la siguiente tarifa: "$ 2.50 por cada cuero que exporte entre el 15 de marzo y el 31 de diciembre del presente año; $ 1.50 por cada cuero que exporte entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1953, y $ 0.50 por cada cuero que exporte entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1954", y ordena que esta cuota se pague a la Asociación Colombiana de Ganaderos para destinarla al fomento y defensa de las pieles», y que como consecuencia de tal declaración, se disponga que la exportación de pieles no se halla sujeta al gravamen de "la cuota para la defensa de las pieles".

Como fundamentos de hecho se aducen en el libelo los siguientes:

«1º El Decreto extraordinario dictado con base en el artículo 121 de la Constitución y suscrito por el Presidente de la República y todos sus Ministros, distinguido con el número 1927 de 1951 (septiembre 14), fijó el impuesto de exportación de pieles en su artículo 3º, que dice: "El impuesto sobre exportación de pieles será en adelante de dos cincuenta ($ 2.50) moneda corriente por cada piel cruda que se exporte";

«2º Este impuesto está vigente;

«3º El Decreto que acuso por medio de la presente demanda, según su epígrafe, se apoya en el Decreto número 307 de 1949 (febrero 10);

«4º El Decreto 307 de 1949, en que busca apoyo el que ahora demando, en parte alguna establece "la cuota para la defensa de las pieles", ni autoriza su cobro;

«5º El Decreto 307 de 1949, a que me vengo refiriendo, es un simple Decreto ejecutivo u ordinario, firmado únicamente por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Agricultura y Ganadería, y Comercio e Industrias, y por tanto, no podía crear gravámenes, como "la cuota para la defensa de las pieles";

«6º El Decreto 307 de 1949 es únicamente reglamentario de la exportación de productos agrícolas, pecuarios y manufacturados, de producción nacional;

«7º El tantas veces citado Decreto número 307 invoca en su encabezamiento el articulo 9º de la Ley 90 de 1948 y se sustenta en él;

«8º Ni el articulo 9º de la Ley 90 de 1948, ni ninguna otra disposición que se encuentre en el cuerpo de esta Ley establece "la cuota para la defensa de las pieles", ni autoriza al Gobierno para implantarla;

«9º "La cuota para la defensa de las pieles" que crea y fija el Decreto que demando, constituye clásicamente un impuesto, gravamen o contribución, que sólo puede ser fijado por el Congreso, mediante ley, o por el Gobierno cuando esté investido de facultades extraordinarias, *pro tempore* o especiales, en conformidad con los ordinales 11º y 12º de la Constitución Nacional, y quizá cuando se halle en el caso del artículo 121 de la misma obra;

«10º El Decreto que demando no invoca disposición alguna de orden legal que lo autorice para crear el impuesto o cuota de la defensa de las pieles;

«11º La exportación de pieles está gravada por el Decreto extraordinario número 1927 de 1951 (articulo 3º), y al imponerle el Decreto acusado el nuevo gravamen de "la cuota para la defensa de las pieles", incurre en el vicio de doble tributación al mismo objeto».

Según el actor, el acto censurado viola las siguientes disposiciones: artículos 43, 76, 120 y 121 de la Carta Fundamental y 39 y 68 del Código de Régimen Politico y Municipal.

De acuerdo con la solicitud hecha en la demanda, el señor Consejero sustanciador, en la misma providencia que la admitió, tuvo a bien decretar la suspensión provisional del Decreto acusado. El referido auto fue suplicado por el doctor Ignacio de Guzmán Noguera, en su carácter de representante judicial del Ministerio de Fomento, constituido parte en el proceso. La Sala de Decisión, con salvamento de voto de los Magistrados doctores Jesús Estrada Monsalve y Antonio José Prieto, resolvió confirmar la providencia recurrida, «con la aclaración a que se refiere la parte final de la motivación de esta providencia, o sea, que queda *inoperante* la primera parte del articulo 1º del Decreto número 244 de 1952 de que se trata en este juicio». Este proveido se dictó con ponencia del honorable Consejero doctor Galán Rodríguez, por haberse negado la redactada por el señor Consejero doctor Estrada Monsalve, pero con base en la motivación del proyecto de éste, con la sola adición que a continuación se transcribe:

«...La Sala considera acertado el concepto contenido en el último párrafo transcrito de la ponencia del señor Consejero doctor Estrada Monsalve. Empero, observa que ello sólo debe entenderse así cuandoquiera que los actos acusados contengan distintos mandatos independientes y separables entre sí. Porque es obvio que cuando una disposición contenga varias ordenaciones de las cuales unas son subordinantes o condicionantes de otras, y solamente se acusan las primeras, o viceversa, si bien no es autorizado hacer directamente la declaración de suspensión o de anulación de las que no han sido expresamente demandadas, sí es procedente y jurídico declarar, en orden al fin práctico de la justicia, que suspendido o anulado el extremo acusado, el otro, aunque subsista, sólo será como elemento inoperante porque ha

desaparecido un punto de apoyo esencial que obró de modo decisivo en la intención del legislador al dictar sus mandatos.

«Y para el caso en estudio, debe observarse que estando la libre exportación de pieles condicionada al pago de la cuota establecida en el acto acusado, al suspenderse éste queda inoperante aquélla, es decir, que no puede, por la indole especial del Decreto demandado, suspenderse en la parte que impone la cuota de defensa y considerarse vigente la libre exportación, porque ésta es consecuencia de aquélla.

«El derecho a la libre exportación de las pieles está sujeto a la condición suspensiva del pago de la cuota (artículo 1536 del Código Civil) y es claro que si ésta no se cumple por una u otra razón, o porque es ilegal el tributo, tampoco puede operar aquel derecho.

«La Sala no puede decretar la suspensión integral del articulo 1º del Decreto número 244, de 4 de febrero de 1952, porque ella no ha sido pedida por el demandante, ni por la parte opositora de la demanda. Se limitará a suspender provisionalmente el pago de la cuota que es la materia sujeta a su decisión, pero debe declarar que por virtud de esa suspensión se hace inoperante la primera parte del articulo, o sea el derecho de los exportadores a la libre exportación de las pieles...»

Tramitado el negocio, hasta ponerse en grado de dictar sentencia, el señor Consejero sustanciador llevó a Sala el respectivo proyecto de fallo, que al discutirse fue negado por mayoría de votos, motivo por el cual el negocio pasó al conocimiento del señor Consejero doctor Estrada Monsalve, a quien correspondia el turno alfabético.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes consideraciones:

La Sala consideró que debian aceptarse los puntos de vista consignados en la exposición con que los señores Consejeros Estrada Monsalve y Prieto habian disentido del auto con que se resolvió la súplica interpuesta contra el de suspensión provisional, los cuales es, por consiguiente, oportuno transcribir como fundamento de esta sentencia.

Se dijo entonces:

«Nuevamente se encuentra el suscrito Consejero ante el extremo de salvar su voto en relación con sus propias ponencias acogidas en forma unánime por la Sala, y en esta ocasión lo hace por las siguientes razones:

«Dije, y así lo aceptó la mayoría de la Sala, que "la inconstitucionalidad o ilegalidad de los actos administrativos, asi como su expedición en forma irregular o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere, pueden referirse a la totalidad de aquéllos o *sólo a parte de su contenido*"; pero la mayoría, para concluir que el articulo 1º del Decreto acusado debia suspenderse *en su integridad*, no obstante haberse demandado sólo en su segunda parte, le agregó al proyecto de auto que presenté, y por unanimidad fue aprobado, lo siguiente:

"La Sala considera acertado el concepto contenido en el último párrafo transcrito de la ponencia del señor Consejero doctor Estrada Monsalve. Empero observa que ello sólo debe entenderse asi cuandoquiera que los actos acusados contengan distintos mandatos independientes y separables entre si. Porque es obvio que cuando una disposición contenga varias ordenaciones, de las cua-

les unas son subordinantes o condicionantes de otras y solamente se acusan las primeras, o viceversa, *si bien no es autorizado hacer directamente la declaración de suspensión o de anulación de las que no han sido expresamente demandadas, si es procedente y jurídico declarar en orden al fin práctico de la justicia, que, suspendido o anulado el extremo acusado, el otro, aunque subsista, sólo será elemento inoperante*, porque ha desaparecido un punto de apoyo esencial que obró de modo decisivo en la intención del legislador (sic) al dictar sus mandatos.

"Y para el caso en estudio, debe observarse que estando la libre exportación de pieles condicionada al pago de la cuota establecida en el acto acusado, *al suspenderse éste, queda inoperante aquélla*, es decir que no puede, por la indole especial del Decreto demandado, suspenderse en la parte que impone la cuota de defensa y considerarse vigente la libre exportación, porque ésta es consecuencia de aquélla.

"El derecho a la libre exportación de las pieles está sujeto a la condición suspensiva del pago de la cuota (articulo 1536 del Código Civil), y es claro que si éstano se cumple por una u otra razón, o porque es ilegal el tributo, tampoco puede operar aquel derecho.

"*La Sala no puede decretar la suspensión integral del articulo 1º del Decreto número 244, de 4 de febrero de 1952, porque ella no ha sido pedida por el demandante, ni por la parte opositora de la demanda.* Se limitará a suspender provisionalmente el pago de las cuotas, que es la materia sujeta a su decisión, *pero debe declarar que por virtud de esa suspensión se hace inoperante la primera parte del articulo, o sea el derecho de los exportadores a la libre exportación de las pieles*". (Subraya el suscrito Consejero).

«Y concluye la mayoria:

"En tal virtud, la Sala de Decisión RESUELVE: CONFIRMASE el auto suplicado, *con la aclaración* a que se refiere la parte final de la motivación de esta providencia, *o sea que queda INOPERANTE la primera parte del articulo 1º del Decreto número 244 de 1952* de que se trata en este juicio".

«Reconoce la mayoria de la Sala que no hay posibilidad jurídica de suspender la parte del articulo 1º del Decreto acusado, relativa a la libre exportación de las pieles, pero afirma que dicha parte, "*aunque subsista, sólo será elemento INOPERANTE*", y asi lo declara en la parte resolutiva de su providencia.

«Pero declarar "inoperante" una disposición ¿no es acaso suspenderla? Le ocurre a la mayoria de la Sala lo que le aconteció al Ministerio de Fomento cuando estimó que, denominando "cuota para la defensa de las pieles" la suma que debia pagarse por los exportadores, dicha cuota dejaba de ser contribución o impuesto. No es asi, sin embargo: el nombre que se les da a las cosas no tiene la virtud de cambiar su naturaleza intrínseca. Y no por decir que la primera parte del articulo 1º *subsiste inoperante* (sic), deja de quedar suspendida. ¿O es que, una vez en firme la providencia suscrita por la mayoria de la Sala, las pieles pueden exportarse sin el pago de la cuota? Si asi fuese, la providencia de la mayoria de la Sala seria, entonces, innocua.

«*Operación* es "acción y efecto de operar", y *operar*, en la acepción pertinente, es "obrar una cosa, especialmente las medicinas, *y hacer el efecto para que se destina*". (Diccionario de la Lengua). *Inoperante* es, de consiguiente, lo que no opera, y hacer algo inoperante es hacer que ese algo no obre, *no haga el efecto para que se destina: suspender sus efectos*, para usar los mismos términos empleados por el legislador en el artículo 94 de la Ley 167 de 1941, al consagrar el recurso de la suspensión provisional contra los actos administrativos.

«Declarar inoperante un acto no es, pues, otra cosa que suspenderlo, y —viceversa— suspender un acto en sus efectos no es sino declararlo inoperante.

«Es, por tanto, indudable que la primera parte del artículo 1º del Decreto ha quedado suspendida, lo que es abrumadoramente injurídico, porque —como afirma el expositor Tascón— "los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no pueden anular un acto por encontrarlo contrario a disposiciones legales que no han sido invocadas en la demanda, *ni por concepto distinto del en que el demandante funda su acción*", opinión estrictamente aplicable a la suspensión, que no es, en el fondo, sino una anulación provisional anticipada, que, como es el caso frecuente, se torna definitiva.

«La mayoría se pronuncia, en su curiosa providencia, sobre la primera parte del artículo 1º del Decreto acusado, relativa a la expedición de licencias de exportación de pieles, parte que no sólo no fue demandada, sino que expresamente se excluyó del recurso con estas palabras textuales:

"En cuanto el mismo Decreto suprimió el antiguo régimen de 'cupos', para dar cabida a la libre exportación, *es perfectamente legal*, porque encuentra sólido apoyo en el artículo 9º de la Ley 90 de 1948, reglamentada por el Decreto 307 de 1949".

«Y se pronuncia la mayoría sobre la referida parte del artículo 1º para extender a ella la suspensión decretada en el auto suplicado, o para declararla *inoperante*, que equivale a lo mismo. Y a eso lo llama "aclaración"! Pero aunque en el libelo se hubiera acusado el Decreto en esa parte (autorización para exportar las pieles), tampoco habría podido ser ella suspendida o declarada *inoperante*, que es lo mismo, pues —por ese aspecto— ni es inconstitucional ni es ilegal.

«Con tan extraño criterio, que la mayoría califica de "procedente y jurídico en orden al fin práctico de la justicia", la entidad encargada del control de los actos administrativos viola el propio estatuto orgánico que la creó para anular y suspender tales actos *sólo en cuanto resultaran contrarios a la Constitución o a las leyes*, y que no consagró, ni habría podido consagrar acción alguna contra la actividad de los agentes de la Administración ceñida a las normas constitucionales y legales. Y viola el artículo 193 de la Carta, según el cual "La jurisdicción de lo contencioso-administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la Administración *por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*". (Subraya el suscrito Consejero). ¿Cuáles son esos motivos? La inconstitucionalidad o ilegalidad del acto. ¿Cuáles son esos requisitos? Que el acto inconstitucional o ilegal se acuse en debida forma. La primera parte del artículo 1º del Decreto en mención ni es inconstitucional ni es ilegal: falta el motivo. Ni fue acusada por los demandantes: falta el requisito principal.

«¿Y cuál la razón, si así puede llamarse, para tamaño despropósito? La de que el referido artículo 1º del Decreto acusado es *indivisible*, en cuanto habiéndose permitido la exportación de las pieles en su primera parte, dicha exportación se condicionó al pago de la cuota para la defensa del producto: de donde la mayoría colige que, suspendido este pago, por inconstitucional e ilegal, la libertad de exportar debía correr idéntica suerte, no suspendiéndose, por ser ello imposible, sino declarándose *inoperante*.

«Para el suscrito, la mayoría ha inventado, por su exclusiva cuenta y riesgo, una novísima doctrina, que únicamente habría podido aplicarse por disposición legislativa, pues ella clasifica los actos administrativos en *divisibles* e *indivisibles*, de los cuales sólo los primeros pueden demandarse parcialmente, debiendo ser demandados los segundos en su integridad, por más que sólo en parte se resientan de inconstitucionalidad o ilegalidad y por más que sólo en parte lesionen los derechos de los particulares, quienes en muchos casos se verían en la necesidad de acusarlos aun en lo permisivo o favorable —como habría tenido que ocurrir en el caso de autos, según el parecer mayoritario—, para poder obtener su anulación o suspensión en lo desfavorable o restrictivo. El absurdo de semejante distinción, que el legislador no ha hecho, recuerda el enérgico aforismo: *Stulta sapientia quae vult lege sapientior esse.*

«Podría hablarse de *indivisibilidad* en relación con la disposición comentada si el pago de la cuota, como requisito de la exportación de pieles fuese condición *sine qua non*, llamada también esencial o necesaria. Pero pudiendo hacerse la exportación —como es evidente—, sin ese pago, los dos elementos de que consta el artículo 1º son perfectamente separables. Y analizados tales elementos frente a la Constitución y a la ley, su indivisibilidad no sólo no existe, sino que es imposible, pues el primero es constitucional y legal, y el segundo contrario a la Constitución y a la ley.

«Con absoluto olvido de lo que es el derecho público, la mayoría pretende basar de decisión en el artículo 1536 del Código Civil, obra que "comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles".

«Al efecto, la mayoría dice que "el derecho a la libre exportación de las pieles está sujeto a la condición suspensiva del pago de la cuota (artículo 1536 del Código Civil), y es claro que si ésta no se cumple por una u otra razón, o porque es ilegal el tributo, tampoco puede operar aquel derecho".

«Apenas puedo creer que materias como la exportación de productos nacionales y la imposición de tributos o gravámenes puedan regirse por un precepto relativo a las obligaciones condicionales y modales de estricto derecho privado. Pero, como se ha dicho, Dios entregó este mundo a las disputas de los hombres, y debo replicar tan peregrina tesis remitiendo la atención de mis colegas de mayoría a los artículos 1532 y 1537 del mismo Código Civil, según los cuales la condición positiva *es moralmente imposible cuando consiste en un hecho prohibido por las leyes* (el pago de la cuota para la defensa de las pieles lo está por la Constitución y por la ley), y si la condición suspensiva es o se hace imposible, *se tendrá por fallida.*

«En la providencia de que, con pena, disiento, no sólo se decide *extra petita*, contra las prohibiciones de la ley y de la jurisprudencia, pues la primera parte del articulo 1º del Decreto 244, dictado por el Ministerio de Fomento, no se incluyó en el libelo de demanda, sino que se deja a los demandantes en peor situación que la existente con anterioridad a la instauración del recurso, pues si antes de interponerlo se hallaban en la posibilidad de exportar pieles mediante el pago de la cuota de defensa, después del proveido de mayoría se encontrarán en la imposibilidad absoluta de exportarlas.

«Considero que era al Gobierno a quien correspondía proveer a la nueva situación creada con el auto de suspensión de la Sala, limitado éste a la segunda parte del articulo 1º del Decreto (única de dicho articulo que fue acusada) y a las demás disposiciones demandadas, y en manera alguna, al Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo resolver el conflicto suscitado con la expedición del acto acusado, pronunciándose, *sin jurisdicción*, sobre parte de éste no sujeta a estudio.

«Los ciudadanos afectados con la norma censurada acudieron confiadamente, en busca de protección, al Consejo de Estado, y de éste salen con perjuicio mayor que el que intentaron evitar. Me temo que, con estas ligerezas pseudo-jurisprudenciales, el control del poder público no sólo se torne inoperante —también él— sino, además, contraproducente y dañino».

Resta declarar que para la mayoría actual de la Sala es inaceptable la tesis que expuso la mayoría de ese entonces al resolver el referido recurso de suspensión provisional, según la cual el Decreto acusado condiciona la libre exportación de pieles al pago de la contribución por él establecida con el nombre de "cuota de defensa", y que, por lo tanto, al ser esa condición declarada nula, por ilícita, de acuerdo con las normas sobre condiciones del Código Civil, especialmente por los artículos 1532 y 1537, quedaba inoperante la parte que establece la libre exportación, es decir, que no se puede, por la forma indivisible de la ordenación del Decreto, anular la parte que impone la contribución y considerarse vigente la libre exportación, porque ésta es consecuencia de aquélla.

Para la mayoría de la Sala la contribución "cuota de defensa", establecida por el Decreto cuestionado, no es una condición de las reguladas por el Código Civil, pues condición en este sentido es un acontecimiento futuro e incierto, y allí no hay nada incierto, sino que es un presupuesto de hecho para la exportación, sin que se pueda concluir que si ese presupuesto resulta nulo, su nulidad impide la aplicación del resto de la ordenación. Esta interpretación está de acuerdo con lo expuesto en el siguiente pasaje del libro *Doctrina General del Derecho Civil*, de Coviello:

«La palabra condición *tiene muchos significados aun dentro del mismo lenguaje jurídico:* se emplea para indicar cosas diversas, *como las circunstancias de hecho que deben realizarse para la aplicación de una ley*, los requisitos de un negocio jurídico y, por consiguiente, también la contraprestación en un contrato oneroso, las cláusulas o pactos que forman el contenido principal y necesario de un negocio. Mas, en sentido estricto, condición es la cláusula por la cual el autor o autores del negocio jurídico *hacen depender su eficacia o resolución de un acontecimiento futuro e incierto*, por lo cual se llama condición el mismo suceso

futuro e incierto de que se hace depender la eficacia o la resolución del negocio». (Páginas 458 y 459). (Subraya la Sala).

El señor Fiscal de la Corporación, al corrérsele el traslado legal correspondiente, acogió la tesis sostenida por la mayoría de la Sala en el incidente de suspensión provisional, con ponencia del doctor Baudilio Galán Rodríguez, tesis que la misma Sala, también por mayoría, como se ha explicado, recogió, al estudiarse el proyecto de sentencia del doctor Anzola Escobar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el parecer de su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Es *nulo*, y así se declara, el Decreto número 244, de 4 de febrero de 1952, expedido, por el Presidente de la República y su Ministro de Fomento, en cuanto establece la "cuota para la defensa de las pieles" y subordina al pago de ella la exportación de cueros de res en bruto, de acuerdo con la siguiente tarifa: $ 2.50 por cada cuero que exporte entre el 15 de marzo y el 31 de diciembre de 1952; $ 1.50 por cada cuero que exporte entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1953, y $ 0.50 por cada cuero que exporte entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1954, y se ordena que dicha cuota se pague a la Asociación Colombiana de Ganaderos, para destinarla al fomento de las pieles.

II. En consecuencia, la exportación de cueros a que se refiere el numeral anterior no estará sujeta al gravamen de la "cuota para la defensa de las pieles".

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ildefonso Méndez, Jesús Estrada Monsalve; con salvamento de voto, *Daniel Anzola Escobar;* con salvamento de voto, *Baudilio Galán Rodríguez;* con salvamento de voto, *Eduardo Piñeros y Piñeros; Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño—Luis E. García V.*, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ANZOLA ESCOBAR

El proyecto de sentencia elaborado por el suscrito no fue aceptado por los distinguidos Consejeros autores del fallo que puso fin al presente negocio mediante ponencia elaborada por el honorable Consejero doctor Estrada Monsalve que fue aprobada por mayoría de votos. Pese a las muy elevadas consideraciones de orden jurídico del proveído, me veo en la necesidad de salvar mi voto, y al hacerlo, me permito presentar como tal el estudio que tuve el honor de llevar a la consideración de la Sala en las iniciales discusiones del negocio, ya que en él quedan reflejados, de manera clara y precisa, el pensamiento y los argumentos de orden legal que sustentan mis opiniones al respecto.

Bogotá, diecinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres.

Daniel Anzola Escobar.

Luis E. García V., Secretario.

(Consejero ponente: doctor Anzola Escobar).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá.

(Ref.: Germán Rodríguez Fonnegra y otros. Demanda de nulidad parcial del Decreto 244, de 4 de febrero de 1952, expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Fomento).

El Presidente de la República, con la firma de su Ministro de Fomento, expidió con fecha 4 de febrero del año próximo pasado el Decreto número 244, que en lo pertinente dispuso:

«*El Designado, encargado de la Presidencia de la República de Colombia,*

en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el Decreto número 307 de 1949,

DECRETA:

Artículo 1º A partir del 15 de marzo del presente año autorízase la exportación de cueros de res en bruto (frescos, salados, disecados, encalados, piquelados, etc.), sin necesidad de licencia previa del Ministerio de Fomento, siempre que el exportador pague la cuota para la defensa de las pieles, que se establece en el artículo siguiente y sin perjuicio del impuesto establecido por el Decreto número 1927 de 1951.

Artículo 2º Todo exportador de cueros de res en bruto que quiera exportar dentro de la autorización consignada en el artículo anterior, deberá pagar a la Asociación Colombiana de Ganaderos, como cuota que ésta destinará para el fomento y defensa de las pieles, $ 2.50 por cada cuero que exporte entre el 15 de marzo y el 31 de diciembre del presente año; $ 1.50 por cada cuero que exporte entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1953, y $ 0.50 por cada cuero que exporte entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1954. De esta última fecha en adelante se dejará de causar cuota.

Artículo 3º .....

Artículo 4º Suspéndense las disposiciones contrarias al presente Decreto, que rige desde la fecha de su expedición.

Comuníquese y publíquese.

ROBERTO URDANETA ARBELAEZ

El Ministro de Fomento,

Carlos Villaveces».

En libelo presentado en la Secretaría del Consejo el 28 de marzo siguiente, el doctor Gonzalo Gaitán, apoderado de los señores Germán Rodríguez Fonnegra y Eduardo Millán Perdomo, en ejercicio de la acción pública, popular o ciudadana, solicita, que, previos los trámites legales con citación y audiencia del Ministerio Público,

«... se declare nulo el Decreto ejecutivo u ordinario expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Fomento, dis-

tinguido con el número 244 de 1952 (febrero 4), en cuanto establece "la cuota para la defensa de las pieles" y subordina al pago de ella la exportación de cueros de res en bruto, según la siguiente tarifa: "$ 2.50 por cada cuero que exporte entre el 15 de marzo y el 31 de diciembre del presente año; $ 1.50 por cada cuero que exporte entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1953, y $ 0.50 por cada cuero que exporte entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1954", y ordena que esta cuota se pague a la Asociación Colombiana de Ganaderos para destinarla al fomento y defensa de las pieles.

«Como consecuencia de la declaración anterior solicito que se disponga y declare que la exportación de pieles no está sujeta al gravamen de "la cuota para la defensa de las pieles".»

Los hechos sustentantes de la acción los propone el señor apoderado en este orden:

«1º El Decreto extraordinario dictado con base en el artículo 121 de la Constitución y suscrito por el Presidente de la República y todos sus Ministros, distinguido con el número 1927 de 1951 (septiembre 14), fijó el impuesto de exportación de pieles en su artículo 3º, que dice: "El impuesto sobre exportación de pieles será en adelante de dos cincuenta ($ 2.50) moneda corriente, por cada piel cruda que se exporte;

«2º Este impuesto está vigente;

«3º El Decreto que acuso por medio de la presente demanda, según su epígrafe, se apoya en el Decreto número 307 de 1949 (febrero 10);

«4º El Decreto 307 de 1949, en que busca apoyo el que ahora demando, en parte alguna establece "la cuota para la defensa de las pieles", ni autoriza su cobro;

«5º El Decreto 307 de 1949, a que me refiero, es un simple Decreto ejecutivo u ordinario, firmado únicamente por el Presidente de la República y los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Agricultura y Ganaderia y Comercio e Industrias, y por tanto, no podía crear gravámenes, como "la cuota para la defensa de las pieles";

«6º El Decreto 307 de 1949 es únicamente reglamentario de la exportación de productos agrícolas, pecuarios y manufacturados, de producción nacional;

«7º El tantas veces citado Decreto número 307 invoca en su encabezamiento el artículo 9º de la Ley 90 de 1948, y se sustenta en él;

«8º Ni el artículo 9º de la Ley 90 de 1948, ni ninguna otra disposición que se encuentre en el cuerpo de esta ley, establece "la cuota para la defensa de las pieles", ni autoriza al Gobierno para implantarla;

«9º "La cuota para la defensa de las pieles" que crea y fija el Decreto que demando, constituye clásicamente un impuesto, gravamen o contribución, que sólo puede ser fijado por el Congreso, mediante ley, o por el Gobierno cuando esté investido de facultades extraordinarias *pro tempore*, o especiales, en conformidad con los ordinales 11º y 12º de la Constitución Nacional, y quizá cuando se halle en el caso del artículo 121 de la misma obra;

«10º El Decreto que demando no invoca disposición alguna de orden legal que lo autorice para crear el impuesto o cuota de la defensa de las pieles;

«11º La exportación de pieles está gravada por el Decreto extraordinario número 1927 de 1951 (articulo 3º), y al imponerle el Decreto acusado el nuevo gravamen de "la cuota para la defensa de las pieles" incurre en el vicio de doble tributación al mismo objeto».

Como disposiciones violadas se citan en el libelo las de los artículos 43, 76 y 121 de la Constitución Nacional y 39 y 68 del Código de Régimen Político y Municipal.

El concepto de violación de las normas indicadas se hace consistir, en su orden:

«*Artículo 43 de la Constitución Nacional.* Dice este articulo: "En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones".

«El estado de sitio es distinto del estado de guerra, aun cuando dentro del primero existan algunas perturbaciones del orden público, esporádicas o inconexas, no puede sostenerse que haya un estado de guerra generalizado, en que ejércitos regulares se hallen enfrentados. Por consiguiente, estamos en tiempo de paz, y sólo el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales pueden imponer contribuciones. Si por medio de decretos ordinarios del Gobierno se imponen contribuciones, tales decretos quedan afectados de nulidad, por infracción directa del artículo 43 de la Constitución Nacional.

«Es manifiesto que la llamada "cuota para la defensa de las pieles" constituye típicamente un impuesto o contribución. Por definición, el impuesto es una exacción al tesoro de los particulares, para atender a los gastos del Estado. Los dineros que por este concepto se recauden, pueden ingresar a fondos comunes, para atender a los gastos generales de la Administración, o a fondos especiales, para atender determinados gastos. De aqui la diferenciación entre impuesto con destinación general e impuestos con destinación especial. El impuesto creado por el Decreto 244 de 1952 tiene la destinación especial de atender a la defensa de las pieles, lo cual no le quita el carácter de impuesto o tributo o contribución.

«Muy loable es el propósito del Gobierno de defender una industria, pero ese propósito no puede cumplirse con la creación de impuestos fuéra de la órbita constitucional y legal.

«Quiero hacer especial hincapié en que este impuesto se creó por medio de un simple decreto ordinario, firmado únicamente por el Presidente de la República y el Ministro del ramo. Si el decreto hubiera sido extraordinario, en armonía y con base en el artículo 121 de la Constitución, el problema sería muy diferente. La sola enunciación de que por medio de un decreto ejecutivo se establezca un impuesto, convence de la ilegalidad del procedimiento.

«Llámese como se quiera, esta exacción al tesoro de los particulares no puede imponerse obligatoriamente.

«Y no se arguya que la cuota para la defensa de las pieles es facultativa, desde luego que el que no quiera cubrirla puede abstenerse de exportar pieles, porque esto mismo podría predicarse de todos los impuestos: el que no quiera pagar el impuesto de espectáculos públicos, que no asista a ellos; el que no quiera pagar impuesto de patrimonio, que no tenga patrimonio. El argumento, como se dice en lógica, prueba demasiado y por consiguiente nada prueba.

Artículo 76 de la Constitución Nacional. Según este artículo —ordinales 13º y 15º—, corresponde al Congreso por medio de leyes, "establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la Administración; decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija".

Se han violado estos preceptos de la Carta, porque el Gobierno ha ejercitado una atribución que corresponde al Congreso, con manifiesto desvío de poder.

Artículo 120 de la Constitución Nacional. Este artículo fija las atribuciones del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa. Entre estas atribuciones no está la de crear impuestos o exigir contribuciones a los particulares. Conocido es el principio de derecho público según el cual los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que la ley les permite, a diferencia de los particulares, que pueden hacer todo aquello que el legislador no les ha prohibido. Se ha violado, de consiguiente, esta disposición, por haber ejercitado el Gobierno una atribución que constitucionalmente no le corresponde.

Artículo 121 de la Constitución Nacional. Este artículo concede mayores atribuciones al Presidente de la República que las que ordinariamente le corresponden. "Los decretos que dentro de estos límites dicte el Presidente tendrán carácter obligatorio, siempre que lleven la firma de todos los Ministros". Suponiendo que durante el estado de sitio el Presidente de la República pudiera crear impuestos, el decreto que los creara debería llevar la firma de todos los Ministros y expedirse con base en este artículo 121. El decreto que acuso no cabe dentro de la categoría de los llamados decretos-leyes. Con este carácter no lo dictó el Gobierno. No descansa en el artículo 121 de la Constitución, ni lleva la firma de todos los Ministros. Partiendo del supuesto de que por medio de un decreto apoyado en el artículo 121 se pudieran crear impuestos no destinados a restablecer la normalidad constitucional, el que ahora demando no pertenece a esta categoría, y se violó el artículo 121, en cuanto se proveyó por medio de un decreto ordinario lo que debía ser materia de un decreto extraordinario.

Artículo 39 del Código de Régimen Político y Municipal. Prescribe esta disposición: "El Ramo fiscal comprende las leyes relativas a la organización, recaudación e inversión de los impuestos nacionales, manejo, administración y disposición de los bienes del Estado". El texto y el contexto de esta disposición legal está indicando claramente que la creación de impuestos sólo corresponde a la ley. Se violó, pues, esta disposición, por cuanto una rama del Poder Público invadió la órbita que exclusivamente corresponde a otra.

Artículo 68 del Código de Régimen Político y Municipal. Fija este artículo las atribuciones del Presidente de la República, y entre ellas no está comprendida la de decretar contribuciones.

En consecuencia de todo lo dicho, el Decreto 244 de 1952 es abiertamente inconstitucional, e ilegal, en cuanto estableció "la cuota para la defensa de las pieles" y la fijó en la cantidad por unidad de $ 2.50 para el resto del corriente año; $ 1.50 para el año de 1953 y $ 0.50 para el año de 1954. En cuanto el mismo Decreto suprimió el antiguo régimen de "cupos", para dar cabida a la libre exportación, es perfectamente legal, porque encuentra sólido apoyo en el artículo 9º de la Ley 90 de 1948, reglamentada por el Decreto 307 de 1949».

Vino aparejada la demanda de una copia debidamente autenticada del acto acusado y de los varios documentos que anuncia el escrito de demanda.

En el mismo libelo solicitó el señor apoderado la suspensión provisional del acto acusado, en atención a que

> «Como el Decreto que demando es ostensiblemente inconstitucional e ilegal, lo cual se descubre sin necesidad de recurrir a largas y hondas disquisiciones jurídicas, y con sólo tener presentes las claras disposiciones de nuestro régimen jurídico, solicito muy respetuosamente que se decrete la *suspensión provisional* del Decreto acusado en cuanto estableció "la cuota para la defensa de las pieles" y fijó la suma que debía pagarse por cada piel que se exporte».

El Consejo, en proveídos de fechas 14 de abril y 25 de septiembre del año pasado, accedió a la solicitud de suspensión provisional. Se destaca del proveído confirmatorio de la Sala de Decisión, dictado con ocasión del recurso de súplica propuesto, la aclaración que ésta hizo en relación con el alcance de la orden provisoria decretada, que dice:

> «*Confírmase* el auto suplicado, con la aclaración a que se refiere la parte final de la motivación de esta providencia, o sea, que queda *inoperante* la primera parte del artículo 1º del Decreto número 244 de 1952, de que se trata en este juicio».

Admitida la demanda y libradas las comunicaciones del caso, se le dio a la instancia el trámite indicado por la ley hasta obtener la vista del señor Fiscal de la Corporación, doctor Torres Niño, quien conceptúa «que debe accederse a la solicitado en la demanda con la aclaración de que queda inoperante la primera parte del artículo 1º del Decreto número 244 de 1952, de que se trata en este juicio».

Citadas las partes para sentencia y en firme el auto que así lo dispuso, procede la Sala a resolver en el fondo el negocio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Consejo, con ocasión de los proveídos dictados en relación con la suspensión provisional del acto acusado, expresó:

Son del auto proferido por la Sala singular estos conceptos:

> . . . . . .
>
> «Revisados los anteriores fundamentos legales, procede determinar si el Decreto acusado en su contenido dispositivo choca, como se afirma en la demanda, con las disposiciones de los artículos 43, 76 y 121 de la Constitución Nacional y 39 y 68 del Código de Régimen Político y Municipal; y especialmente si la contradicción o el choque surge o se entrevé al simple cotejo entre una y otras normas.
>
> «Se explica:
>
> «El artículo 43 de la Constitución Nacional estatuye:
>
> "En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones".
>
> «No puede discutirse el hecho de que la República, pese al estado de sitio en que se encuentra, está en paz. Cierto que algunos acontecimientos subversivos, en todo caso disímiles e inconexos, perturban el orden público, pero no lo es menos que las disposiciones oficiales que han venido dándose e inclinadas al mante-

nimiento de la tranquilidad social nacional, no constituyen lo que en derecho y en el hecho puede estimarse como estado o situación de guerra. Y si está el país en paz, entonces sólo el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Cabildos pueden imponer contribuciones, con el resultado de que si el Gobierno, por medio de un decreto simplemente ejecutivo u ordinario, impone una contribución o establece un impuesto, el decreto en todo su movimiento y desde el instante mismo de su expedición queda afecto de nulidad por infracción directa de la predicha y comentada disposición constitucional. Y semejante resultado ocurre en el caso cuestionado.

«Es más: es manifiesto a toda luz que "la cuota para la defensa de las pieles", creada por el decreto acusado es simplemente una exacción al patrimonio de los particulares en beneficio del Estado, así sea destinado el resultado del recaudo a un gasto, aunque no general, si especial, como lo es "la defensa de las pieles".

«En Colombia la imposición de una contribución, de un impuesto, no puede ser nunca indiscriminada ni arbitraria ni facultativa. Esta facultad está reglada por los dictados de la Carta, que, como quedó anotado, la reservó el constituyente "para tiempos de paz" al Congreso, a las Asambleas y a los Cabildos.

«Resulta de otro lado que el artículo 120, también de la Constitución, fija las atribuciones que corresponden al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, y dentro de ellas no comprendió el constituyente la de crear impuesto o exigir contribuciones. Y como así lo hizo el Gobierno, mediante el Decreto que se acusa, contra la expresa prohibición legal que reglamenta que "los funcionarios públicos sólo pueden ejercer las funciones expresamente señaladas por la ley", aparece por este otro aspecto, en el caso, violados de manera clara, flagrante y ostensible, estos otros principios de la Carta.

«Como del sucinto y recogido análisis que ha venido haciéndose del acto acusado, frente a las normas constitucionales señaladas por el actor como quebrantadas, resulta claro, al simple oído y sin necesidad de recurrir a controvertidas disquisiciones jurídicas, que el Decreto acusado viola flagrantemente, ostensiblemente, las citadas normas constitucionales. Y como así es, procede la orden de suspensión provisional solicitada».

De su lado, la Sala de Decisión al resolver el recurso de súplica, aceptó la ponencia elaborada por el honorable Consejero de turno, doctor Estrada Monsalve, mas, por mayoría de votos estimó conveniente hacerle la adición, consistente en la aclaración que ya viene copiada. Los honorables Consejeros, doctores Estrada Monsalve y Prieto, dieron voto negativo a la adición aclaratoria de sus ilustrados colegas.

De la ponencia presentada por el honorable Consejero doctor Estrada Monsalve, la Sala hizo suyas las consideraciones pertinentes a la cuestión de fondo debatida, que se copian:

«Toda la controversia se desenvuelve alrededor de la palabra "cuota" con que en el Decreto materia de la acusación se denominaron los valores que los exportadores de cueros deben consignar en la Asociación Colombiana de Ganaderos, como condición previa de esa exportación.

«Para que prospere la suspensión provisional de los actos administrativos se requiere primeramente que el choque o contradicción entre la norma inferior acusada y los preceptos positivos de derecho que se señalan como infringidos, sea fla-

grante, ostensible o manifiesta, requisito que basta por sí solo, sin necesidad de atender al perjuicio sufrido por los particulares, cuando el recurso ejercitado es el contencioso de anulación, como en este juicio sucede.

«Pero es obvio que la evidencia con que debe aparecer aquel choque o contradicción no excluye, ni podría excluír, la posesión en el juzgador de nociones claras sobre las materias sometidas a su decisión. Si así no fuese, se postergaría con frecuencia, para el momento de la sentencia definitiva, el pronunciamiento sobre quebrantos manifiestos de la constitución y de la ley, haciéndose inoperante la suspensión provisional, con el pretexto de que es profundo lo que simplemente se ignora.

«Para quien no conozca lo que es el "impuesto", en cada una de sus modalidades, determinar la naturaleza de "la cuota para la defensa de las pieles" sería una verdadera cuestión de fondo, pues en la ciencia de las finanzas, llamada también ciencia fiscal o de la Hacienda pública, ninguna noción ha sufrido tan largo y accidentado proceso para cristalizar en una definición concreta o precisa como la de impuesto, en su carácter de ingreso ordinario de derecho público. Pero sobre el particular ya no existen confusiones, y el expositor colombiano doctor Esteban Jaramillo, siguiendo al profesor Seligman, trae esta difinición, que el representante del Ministerio aduce: "Impuesto es el tributo obligatorio exigido por el Estado á los individuos, para atender a las necesidades del servicio público, sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales".

«A tal definición le hace el apoderado del Ministerio el siguiente comentario: "El mismo Profesor explica su definición, señalando que dice *tributo obligatorio* para distinguir el verdadero impuesto de los ingresos públicos de *carácter gratuito*, como las donaciones, y de los *voluntarios* como las tasas; y añadimos nosotros, como la "cuota" establecida por el Decreto demandado, esto es, que no tiene en ninguna forma el carácter de tributo obligatorio, sino antes bien, el de estrictamente voluntario.

«No comparte la Sala el anterior concepto, desde luego que —para emplear los mismos términos del doctor De Guzmán Noguera— "En el mismo texto de la disposición demandada se advierte con toda claridad su condición de subordinación condicional al acto de exportar las pieles". En efecto, si la exportación de las pieles se subordina a la condición del pago de la cuota, la cuota no es voluntaria, en el sentido en que esta cualidad se afirma de las tasas, en que la voluntad ciudadana de utilizar determinados servicios estatales no se halla coaccionada: el ciudadano paga en los correos nacionales el porte de una carta, que bien puede remitir por una empresa particular. Las licencias de exportación no pueden, en cambio, solicitarse y obtenerse sino del Estado, y si éste condiciona su expedición al pago de una suma de dinero, tal pago resulta evidentemente obligatorio para quienes necesiten o simplemente quieran exportar.

«Pero dice el mismo Profesor Jaramillo que "El término *contribución* se toma ordinariamente como sinónimo de *impuesto*, aunque el primero es más genérico, pues comprende *tanto las prestaciones forzosas como las voluntarias*", y entonces se tiene que la cuota para la defensa de las pieles, digase obligatoria o llámese voluntaria, es una contribución, que es la voz precisamente usada por el Constituyente en el articulo 43 de la Carta Fundamental y la que más apropiadamente corresponde a dicha cuota, pues, como dice el autor tantas veces citado, el im-

puesto se diferencia de las contribuciones especiales "en que éstas envuelven también la idea de un beneficio particular para cierta clase o grupo de individuos, mientras que aquél va en provecho de toda la comunidad". La clase o grupo de individuos beneficiada con la cuota para la defensa de las pieles es la Asociación Colombiana de Ganaderos.

«En el artículo 1º del Decreto demandado el valor que los exportadores deben pagar se denomina *"cuota para la defensa de las pieles"*, y en el artículo 2º ibidem se dispone que la Asociación Colombiana de Ganaderos destinará la cuota *"para el fomento y defensa de las pieles"*, de donde se infiere que la finalidad del tributo o gravamen no es otra, con palabras del mismo apoderado del Ministerio de Fomento, que el *"incremento y desarrollo progresivo de la misma industria"*.

«La cuota estatuida por el Decreto queda así clasificada en el grupo de las llamadas "contribuciones especiales", y si se quiere mayor exactitud en la especie conocida con la denominación genérica de "impuestos protectores", es decir, para citar una vez más al Profesor Jaramillo, los *"encaminados a favorecer el desarrollo de determinadas industrias"*, impuestos que se aplican ya a la importación, *ya a la exportación*, ya a las aduanas interiores, y en los cuales no sólo prevalecen los fines económico-sociales sobre los fiscales, sino que pueden tener únicamente aquel carácter sin perder por ello su naturaleza impositiva. "Los derechos aduaneros pueden ser puramente *fiscales* o solamente *protectores*, o bien reunir ambos caracteres", enseña Benvenuto Griziotti, profesor de la Universidad de Pavia, en su obra *"Principios de Ciencia de las Finanzas"*.

«Cuando el doctor De Guzmán Noguera, en su interesante alegato de sustentación del recurso, le da al valor que deben pagar los exportadores de cueros de res en bruto el nombre de *"cuota de exportación"*, y afirma que ella se dirige *"al beneficio y prosperidad de tal industria"*, está enunciando, con toda propiedad, los elementos constitutivos de una figura impositiva suficientemente conocida. Sólo que rehusa darle a dicha cuota su calificación científica, que concuerda, por lo demás, como lo hace notar el coadyuvante de la acción, doctor Iglesias Benoit, con el sentido de la palabra *contribución* en el Diccionario de la Lengua: "Cuota o cantidad que se paga para algún fin, y principalmente la que se impone para las cargas de Estado"; acepción que, en el caso de autos, cobra singular importancia frente a la regla de interpretación consagrada en el artículo 28 del Código Civil.

«El Decreto 244 acusado se dice dictado por el Presidente de la República y su Ministro de Fomento "en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el Decreto 307 de 1949" el cual, a su vez, se dice expedido "en desarrollo del artículo 9º de la Ley 90 de 1948".

«Ahora bien: por el artículo 9º de la Ley 90 de 1948 se establece que las exportaciones distintas de las enumeradas en el ordinal 1º del artículo 4º de la misma Ley (exportaciones de café, banano, cueros de ganado vacuno, plata, platino, joyas u otros artículos elaborados con oro, plata y platino, piedras preciosas, ganado vacuno, carnes, textiles planos y productos de fabricación nacional en cuya elaboración se utilice materia prima extranjera, en proporción mayor del 10%, no podrán au-

torizarse sino cuando para el respectivo producto no exista suficiente consumo nacional y de acuerdo con las normas contenidas en los literales a) y b) de la misma disposición; y que el Gobierno reglamentará las exportaciones, indicando qué productos quedarán sujetos a dicha reglamentación, de conformidad con tales normas. Y por el Decreto 307 de 1949 se dispone que las licencias de exportación de los productos agrícolas, pecuarios y forestales, así como de los artículos manufacturados enumerados en el artículo 1º de dicho Decreto, no requieren autorización previa del Ministerio de Comercio e Industrias (artículo 1º); que el Gobierno podrá modificar la lista de los artículos manufacturados contenida en el mismo artículo 1º, teniendo en cuenta las variaciones que puedan presentarse en relación con la producción y el consumo nacionales (artículo 2º); que los Ministerios de Agricultura y Ganadería y de Comercio e Industrias, por medio de resoluciones semestrales conjuntas, los cupos exportables de ganado y de productos agrícolas y pecuarios, teniendo en cuenta la existencia de sobrantes en su producción, cuya liquidación en el mercado interno haga bajar los precios por debajo de los niveles mínimos que el Gobierno considere como equitativos y remuneradores para el productor y, o que por dificultades o costos excesivos en su transporte no sea conveniente llevar tales productos a otros centros de consumo (artículo 3º); que las licencias de exportación que se otorguen en cumplimiento de las resoluciones a que se refiere este artículo deberán llevar el visto bueno del Ministerio de Comercio e Industrias (parágrafo del artículo 3º); que el Ministerio de Comercio e Industrias autorizará la exportación de excedentes de producción de artículos manufacturados, siempre que los precios de venta en el mercado interno se mantengan a niveles equitativos para el consumidor y se demuestre que la producción destinada a dicho mercado puede abastecer ampliamente las necesidades del consumo (artículo 4º), y que la exportación de artículos sometidos a limitaciones o licencias en los mercados extranjeros, sólo se autorizará por el Ministerio de Comercio e Industrias cuando dicha reexportación no perjudique los intereses de la economía nacional.

«Como se ve, el Gobierno no podía apoyarse en el artículo 9º de la Ley 90 de 1948 para imponer el pago de "la cuota para la defensa de las pieles", pues de su texto en manera alguna se desprende esa facultad, ni menos podía basarse para ello en el Decreto 307 (que tampoco la contiene), dictado en desarrollo del mencionado artículo 9º de aquella Ley.

«Verdad es que por el referido artículo 9º de la Ley 90 de 1948 se le confirieron facultades extraordinarias al Gobierno, en relación con la reglamentación de las exportaciones de determinados productos, pero dentro de esas facultades no quedó comprendida la de imponer tributos o gravámenes, pues hallándose esta materia expresamente reservada por el constituyente al legislador, la autorización sobre el particular habría necesitado ser del mismo modo *expresa*, sin que el intérprete pueda simplemente *subentenderla*, así se la supusiera conveniente a esa reglamentación.

«Podría decirse quizás que, con base en el artículo 121 de la Carta, podía el Gobierno, por hallarse turbado el orden público y en estado de sitio toda la República, imponer el pago de "la cuota para la defensa de las pieles"; pero entonces el Decreto 244 sería, también por este aspecto, inconstitucional, ya que se

firmó únicamente por el Presidente de la República y su Ministro de Fomento, cuando debió haberse expedido, como lo manda el aludido artículo 121, "con la firma de todos los Ministros".»

No aceptó la Sala mayoritaria falladora del recurso la parte final de la ponencia presentada por el Magistrado doctor Estrada, que dice:

«Finalmente, el apoderado del Ministerio considera que las disposiciones del Decreto "forman un todo indivisible porque se trata de un sistema para permitir la libre exportación de cueros", y conceptúa que "mientras no se demande totalmente el Decreto y se pida la suspensión integral de él, no se puede ordenar la suspensión provisional".»

A este particular los Magistrados mayoritarios fijaron en el proveido resolutorio del recurso estos conceptos:

«No comparte la Sala este parecer, porque la inconstitucionalidad o ilegalidad de los actos administrativos, así como su expedición en forma irregular o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere, pueden referirse a la totalidad de aquéllos o sólo a parte de su contenido; y son innumerables los juicios adelantados ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, en todos los tiempos, ya en contencioso de anulación, ya en contencioso de plena jurisdicción, para que determinada providencia se declare nula "en cuanto dispone que... "o" en la parte que dice... "o en esta o aquella de sus disposiciones..."

«La Sala considera acertado el concepto contenido en el último párrafo transcrito de la ponencia del señor Consejero doctor Estrada Monsalve. Empero, observa que ello sólo debe entenderse así cuandoquiera que los actos acusados contengan distintos mandatos independientes y separables entre si. Porque es obvio que cuando una disposición contenga varias ordenaciones, de las cuales unas son subordinantes o condicionantes de otras, y solamente se acusan las primeras, o viceversa, si bien no es autorizado hacer directamente la declaración de suspensión o de anulación de las que no han sido expresamente demandadas, si es procedente y jurídico declarar en orden al fin práctico de la justicia que suspendido o anulado el extremo acusado, el otro, aunque subsista, sólo será como elemento inoperante porque ha desaparecido un punto de apoyo esencial que obró de modo decisivo en la intención del legislador al dictar sus mandatos.

«Y para el caso en estudio debe observarse que estando la libre exportación de pieles condicionada al pago de la cuota establecida en el acto acusado, al suspenderse éste queda inoperante aquélla, es decir, que no puede, por la índole especial del Decreto demandado, suspenderse en la parte que impone la cuota de defensa y considerarse vigente la libre exportación, porque ésta es consecuencia de aquélla.

«El derecho a la libre exportación de las pieles está sujeto a la condición suspensiva del pago de la cuota (artículo 1536 del Código Civil), y es claro que si ésta no se cumple por una u otra razón, o porque es ilegal el tributo, tampoco puede operar aquel derecho.

«La Sala no puede decretar la suspensión integral del artículo 1º del Decreto número 244, de 4 de febrero de 1952, porque ella no ha sido pedida por el demandante, ni por la parte opositora de la demanda. Se limitará a suspender provisionalmente el pa-

go de la cuota, que es la materia sujeta a su decisión, pero debe declarar que por virtud de esa suspensión se hace inoperante la primera parte del artículo, o sea el derecho de los exportadores a la libre exportación de las pieles».

Como resultado de lo anterior, el auto de suspensión provisional proferido por el ponente del negocio quedó vigente con la aclaración que nuevamente se repite:

«CONFIRMASE el auto suplicado, con la aclaración a que se refiere la parte final de la motivación de esta providencia, o sea, que queda INOPERANTE la primera parte del artículo 1º del Decreto número 244 de 1952 de que se trata en este juicio».

Las razones de fondo aducidas en los distintos pasajes transcritos las encuentra válidas el Consejo, y fundándose en ellas habrá de decretar la nulidad solicitada. Siendo el punto sometido al estudio del Consejo un problema esencialmente de derecho, en las providencias sobre suspensión provisional se vio precisado a estudiar el fondo de la cuestión propuesta, y en forma que lo dicho y explicado entonces se toma como motivación para este proveído para justificar la declaración de nulidad propuesta, toda vez que la cuestión *sub-lite* radica en resolver, únicamente, si el Gobierno, por un simple decreto ejecutivo, pudo legalmente crear el impuesto a que alude la disposición parcialmente acusada. Y como el Consejo halla falla la competencia del Gobierno para proveer en la forma en que lo hizo, procede decretar la nulidad del acto.

Como al resolver sobre la suspensión provisional se estudió el problema por todos sus aspectos, de forma y de fondo, estima la Sala que es innecesario presentar conceptos nuevos inclinados a reforzar su tesis, claramente expuesta. Y asi, lo dicho ya es suficiente para acceder a la pertinente súplica de nulidad.

La aclaración suscrita por la mayoría falladora del recurso de súplica, consistente en que la suspensión provisional de la disposición acusada en la parte en que establece la cuota para la defensa de las pieles y subordina su exportación al pago de ella, deja sin efecto o inoperante el derecho a la libre exportación de pieles concedida por la misma disposición en la parte no acusada, no fue aceptada por los Magistrados que salvaron su voto en atención a las razones que exponen en el escrito pertinente consultable al folio 76 del proceso.

A todos los anteriores particulares se explica:

A las determinaciones de la Sala relacionados con la aclaración que hizo, dio lugar el siguiente concepto que corre en el alegato del Ministerio, dirigido entonces a la Sala para sustentar la súplica impetrada:

«Las disposiciones del Decreto acusado, como se ha visto, forman un todo indivisible porque se trata de un sistema para permitir la libre exportación de cueros. Los cuatro artículos que lo componen no pueden desmembrarse para anular la parte de ellos que no convienen y defender los que interesan. La libertad decretada es condicional; el registro de las licencias es también condicional. No cumplida la condición, suspendida ésta o anulada, necesariamente queda sin base la libertad decretada y la orden de registro de licencias como si jamás hubiesen existido, pues de acuerdo con el artículo 1542 del Código Civil, "no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente" ».

Leyendo con debida atención todo el texto de la disposición acusada, se nota, sin ningún esfuerzo, que el Gobierno, por medio del Decreto, resolvió permitir «a partir del 15 de marzo del año de 1952, la libre exportación de cueros de res en bruto, pero siempre que el presunto exportador se allanara a pagar, previamente, el impuesto establecido por el mismo Decreto que optó por llamar "cuota para la defensa de las pieles".». O lo que es lo mismo, invirtiendo los miembros dispositivos de la norma, se entiende que dispuso el Gobierno: el exportador que se allane a pagar el impuesto o cuota señalado por el Decreto, adquiere por este hecho —por el pago del impuesto— el derecho de exportar libremente o sin licencia los cueros de res que a bien tenga. Es decir, subordinó el derecho que concedía al cumplimiento de una condición suspensiva de carácter positivo.

Pero creyó el Ministerio, equivocadamente, que suspendida la disposición en la parte que creó y fijó el impuesto, los comerciantes adquirieron, sin más ni más, el derecho o facultad de exportar libremente cueros de res, en razón de lo dispuesto por el primer miembro o parte de la disposición no acusada, que dice: «Autorízase la libre exportación de cueros de res en bruto».

Cree la Sala que el Ministerio formó al particular concepto equivocado, porque, no puede sostenerse válidamente, seriamente, que suspendido el impuesto y el derecho de cobrarlo, o lo que es lo mismo, colocado el comerciante en imposibilidad legal de sufragarlo, podía sin embargo pretender el ejercicio del derecho condicionado sin el previo pago del impuesto de que habla la disposición como condición para adquirir el derecho de verificar la exportación.

Sucede, entonces, que no siendo posible ni el cobro ni el pago del impuesto por proceder la nulidad de la disposición que lo creó, tiene que entenderse que automáticamente desapareció, no simplemente el derecho sino también la posibilidad de la libre exportación de cueros. Por medio del Decreto le dijo el Gobierno al comerciante: si paga el impuesto que establece el Decreto, puede exportar libremente las pieles que a bien tenga; si no paga el impuesto, no puede exportar libremente tal artículo. De consiguiente, suspendido el derecho de cobrar el impuesto, o lo que es lo mismo, no pudiendo el Estado hacer efectivo el tributo, ningún comerciante podrá presentar el recibo de pago consiguiente; y no pudiéndolo presentar, no podrá entonces verificar la exportación. Era por tanto innecesaria, lo estima asi la Sala, la aclaración de «inoperancia» de que da cuenta el fallo comentado, aclaración que entonces hubo de precisar la Sala, únicamente, con el objeto de desvanecerle al Ministerio los temores que equivocadamente le surgieron al conocer el auto de suspensión provisional proferido por el ponente de este negocio.

Se explica más: la libre exportación de cueros la subordinó el decreto al cumplimiento, por parte del comerciante, de una condición suspensiva de carácter positivo: el pago de un determinado impuesto. Ahora bien: Dispone el Código Civil en su artículo 1536: «La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho». Y enseñan los doctrinantes seguidos por la honorable Corte Suprema de Justicia en repetidos fallos: «con la condición suspensiva se regula el nacimiento de la obligación, esto es, la entrada en vigor del efecto jurídico». Y adelante el Código Civil, en sus artículos 1532 y 1537, reglamenta: «Si la condición suspensiva es, o se hace imposible, se tendrá por fallida», «es condición moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por la ley».

Lógicamente, si el derecho de exportar libremente pieles de res se subordinó al cumplimiento de una condición suspensiva de carácter positivo cuyo cumplimiento se hizo moralmente imposible, desapareció *a fortiori* el derecho sujeto a esa condición, porque, palabras de juridi-

cidad no discutida, «no puede jerecitarse un derecho sujeto a condición suspensiva mientras nose cumpla la condición».

Explicado en los anteriores términos el alcance o efecto de la nulidad del acto acusado parcialmente, sin más consideraciones, procede proveer a la resolutiva de este fallo.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del señor Fiscal colaborador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declárase nulo el Decreto ejecutivo u ordinario expedido por el Presidente de la República y su Ministro de Fomento, distinguido con el número 244 de 1952 (febrero 4), en cuanto establece «la cuota para la defensa de las pieles» de que trata el mismo acto.

Segundo. Habiendo desaparecido el derecho de libre exportación de pieles que el citado Decreto otorgó, por las razones expuestas al respecto en la parte motiva de este fallo, no es el caso de acceder a las demás peticiones impetradas en la demanda con que se inició el presente juicio y, en consecuencia, se niegan.

Daniel Anzola Escobar.

Luis E. García V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HONORABLES CONSEJEROS DOCTORES BAUDILIO GALAN RODRIGUEZ Y EDUARDO PIÑEROS Y PIÑEROS

Los suscritos Consejeros compartimos en su integridad las anteriores consideraciones que sirven de base al Salvamento de Voto del honorable Consejero doctor Anzola y, además, agregamos lo siguiente:

Sostiene la actual mayoría de la Sala que no puede hablarse de condición porque esta es «un acontecimiento futuro e incierto, y allí no hay nada de incierto, sino que es un presupuesto de hecho para la exportación, sin que se pueda concluir que si ese presupuesto resulta nulo, su nulidad impida la aplicación del resto de la ordenación».

Como se ve, los honorables Consejeros Mayoritarios confunden la condición a que está sujeta la exportación de pieles, con el decreto de nulidad del artículo sobre pago de impuesto.

No, la condición es clara: si se paga el impuesto se puede exportar, si no se paga no se puede exportar. El pago del impuesto, es un hecho condicional futuro e incierto del cual depende o no la libre exportación y, el fallo mismo, también es un hecho futuro e incierto, de manera que declarado nulo el precepto creador del tributo, no puede ser libre la exportación del artículo.

Sostener lo contrario es desvirtuar totalmente la intención del Gobierno al dictar la norma que fue, justamente, la de permitir la exportación, siempre y cuando se cubriera la llamada cuota de defensa, para hacerle decir todo lo contrario, que no pagada la cuota si puede efectuarse libremente la exportación.

Eduardo Piñeros y Piñeros, Baudilio Galán Rodríguez—Luis E. García V., Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

(Consejero ponente: doctor Antonio José Prieto).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cincuenta y tres.

Ref.: **Decretos del Gobierno.** Nulidad parcial del Decreto número 530 de 1947, originario del Ministerio del Trabajo. Las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía se deben considerar como anticipos de la liquidación final de dicha prestación por cuanto aquéllas se verifican sin que el contrato de trabajo termine. Se accede a las súplicas de la demanda por cuanto el Gobierno al expedir el acto acusado excedió la facultad reglamentaria.

Actor: Francisco Yezid Triana M.

En escrito presentado en la Secretaría de la Corporación el día 19 de septiembre de 1949, al doctor Francisco Yezid Triana, en ejercicio de la acción pública consagrada en el articulo 66 del Código Contencioso Administrativo, demandó lo siguiente:

«1º La nulidad del articulo 6º del Decreto número 530 de 1947 (febrero 14), expedido por el Presidente de la República y "por el cual se reglamenta el articulo 1º de la Ley 65 de 1946, en armonia con el parágrafo 3º del articulo 13 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los trabajadores particulares".

«2º La suspensión provisional del articulo 6º del Decreto reglamentario número 530 de 1947 (de febrero 14), por cuanto *prima facie* se halla en contradicción flagrante con el parágrafo 3º del articulo 13 de la Ley 6ª de 1945 y articulos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946».

Como hechos fundamentales de la demanda en el escrito de ella el actor relacionó los que a continuación se transcriben:

«a) El señor Presidente de la República expidió con la firma del Ministro del Trabajo, el siguiente acto juridico:

"DECRETO NÚMERO 530 DE 1947 (febrero 14), por el cual se reglamenta el articulo 1º de la Ley 65 de 1946, en armonia con el parágrafo 3º del articulo 13 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los trabajadores particulares" El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones legales, Decreta: . . . Articulo sexto: Las liquidaciones parciales de auxilio de cesantia que se llevaren a efecto de acuerdo con lo dispuesto en el articulo 3º de este Decreto. eximirán a los patronos de toda responsabilidad por los pagos efectuados; tienen carác-

ter exhaustivo y no están sujetas a posterior revisión, salvo cuando se demuestre que hubo error.

. . . . . ".

«b) El parágrafo 3º del articulo 13 de la Ley 6ª de 1945 dice:

"Prohíbese a los patronos efectuar liquidaciones parciales de las cesantías que correspondan a sus trabajadores, aun cuando éstos manifiesten expresamente su conformidad.

Si se liquidaren parcialmente, los patronos perderán las sumas que hayan dado a sus trabajadores por este concepto, sin poder repetir lo pagado.

Sin embargo, para adquirir la casa de habitación o para libertarla de gravámenes, el trabajador tiene derecho a que se le haga la liquidación parcial.

Derógase la Ley 48 de 1942".

«c) La Ley 65 de 1946, en sus articulos 1º y 2º, preceptúa que el auxilio de cesantía para trabajadores oficiales y particulares se causa en relación con todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, y se liquidará de conformidad con las reglas indicadas en el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946.

«d) El Decreto 2567 de 1946, en su articulo 1º, preceptúa:

"El auxilio de cesantía a que tengan derecho los empleados y obreros al servicio de la Nación, los Departamentos y los Municipios, se liquidará de conformidad con el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses, o en todo el tiempo de servicio si éste fuere menor de doce meses".

«e) El Gobierno expidió el Decreto 3424 de 1946, reglamentario del parágrafo 3º, articulo 13 de la Ley 6ª de 1945;

«f) En este Decreto se consagra con claridad el siguiente precepto —en armonía con la ley y la doctrina—: "Artículo 4º... "Parágrafo. Al terminar la relación o contrato de trabajo se revisarán las liquidaciones parciales efectuadas a fin de establecer y pagar, si fuere el caso, la diferencia en favor del trabajador que llegare a arrojar la liquidación final del auxilio de cesantía".

«g) El Congreso de 1946 expidió la Ley 65 en virtud de la cual se amplió el derecho al auxilio de cesantía para trabajadores oficiales y particulares;

«h) La Ley 65 de 1946 no se refiere en forma expresa o tácita a las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía, materia contemplada únicamente en la Ley 6ª de 1945;

«i) El Decreto 0530 de 1947 (febrero 14) se expidió para reglamentar la Ley 65 de 1946 (artículo 1º) en armonía con el parágrafo 3º del articulo 13 de la Ley 6ª de 1945;

«j) El articulo 1º de la Ley 65 de 1946 no fue objeto de reglamentación a pesar de que el Decreto acusado lo exprese, y solamente se le tomó de referencia para violar la norma de la Ley 6ª de 1945, que ya había sido debidamente desarrollada por el Decreto 3424 de 1946;

«k) El acto acusado viola ostensiblemente las Leyes 6ª de 1945 (artículo 13, parágrafo 3º) y 65 de 1946 (articulos 1º y 2º), pues limita y recorta los derechos por tales normas consagrados a favor de los trabajadores».

Como disposiciones violadas por el acto acusado, el actor señaló el articulo 120, numeral 3º, de la Constitución Nacional, el parágrafo 3º

del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, y los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, por cuanto limita y recorta los derechos que tales normas consagran en favor de los trabajadores, ya que el Gobierno, en ejercicio de la autoridad reglamentaria, debe limitarse a desarrollar y a dar vida práctica a la ley, y no puede variar ni en mínima parte la voluntad del legislador.

En providencia de fecha 14 de noviembre de 1949 el Consejero doctor Baudilio Galán Rodríguez admitió la demanda y negó la suspensión provisional solicitada, providencia contra la cual el actor interpuso el recurso de súplica, que fue desatado por la Sala en providencia de fecha 11 de octubre de 1950, en el sentido de confirmar el auto suplicado.

Agotada la tramitación propia del juicio sin que del estudio del expediente se observe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver en el fondo. Es de advertir que en la oportunidad procesal correspondiente el actor se abstuvo de presentar alegato escrito de conclusión.

CONCEPTO FISCAL

Al emitir su concepto de fondo en el presente juicio, el señor Fiscal 2º de la Corporación fue de parecer que debía negarse la petición del libelo, por las consideraciones que a continuación se transcriben:

> «La Fiscalía no encuentra oposición alguna entre el acto acusado y las disposiciones que se dicen violadas por él. Considera, por el contrario, que el artículo acusado es simplemente un desarrollo de la disposición legal, que hace más clara y exacta. No es suficiente que el Decreto agregue unas palabras más a lo dicho por la ley, sino que dichas expresiones envuelvan conceptos que sean contrarios a lo que se trata de ser eficaz, para que exista violación.
>
> Por las razones que el honorable Consejo expresó en las providencias que decidieron tanto la petición de suspensión provisional como el recurso de súplica, que me permito acoger en su totalidad por estar de acuerdo con ellas y considerarlas suficientes para sostener aún en la sentencia definitiva la legalidad del acto acusado, doy el concepto que me corresponde en el sentido de que se NIEGUE la petición del libelo».

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde al Consejo fallar en definitiva la demanda de nulidad promovida por el doctor Triana, y para cumplir esta obligación legal procede a estudiar la materia *sub-júdice* en forma amplia.

El artículo 6º del Decreto 0530 de 1947 dice:

> «Las liquidaciones parciales de auxilio de cesantía que se llevaron a efecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º de este Decreto, eximirán a los patrones de toda responsabilidad por los pagos efectuados; tienen carácter exhaustivo y no están sujetas a posterior revisión, salvo cuando se demuestre que hubo error».

La norma preinserta constituye la materia de la demanda de nulidad, y en relación con tal disposición debe estudiarse la solicitud del actor. No se trata de definir si las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía hechas de conformidad con lo preceptuado por el artículo 13, parágrafo 3º, de la Ley 6ª de 1945 son legales. Se trata de definir el al-

cance de la norma acusada que reglamenta la disposición anteriormente citada sobre la materia a que se refiere la demanda de nulidad.

Para mejor ilustración de la cuestión controvertida conviene reproducir aquí lo dicho por la Sala al resolver el recurso de súplica interpuesto contra el auto que negó la suspensión provisional. Dijo entonces la Sala:

«En el caso, cree el actor, que entre el artículo acusado, 6º del Decreto número 530 de 1947, y el artículo 13, parágrafo 3º, de la Ley 65 de 1946, existe o se observa "una marcada oposición que hace surtir efectos perjudiciales a las disposiciones legales anotadas que se inspiran en el afán de efectivizar un derecho fundamental de los trabajadores". A lo largo de todos los escritos aducidos, anota la Sala, no precisa el actor cuál es el derecho fundamental de los trabajadores que en su sentir resulta vulnerado por las imposiciones reglamentarias del Decreto 0530 de 1947 en su citado artículo 6º.

Para mayor inteligencia se copian las disposiciones del Decreto y lo pertinente de las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946, entre las cuales, dice el doctor, encuentra ostensible y manifiesta oposición.

El parágrafo 3º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945 reza:

"Prohíbese a los patronos efectuar liquidaciones parciales de las cesantías que correspondan a sus trabajadores, aun cuando éstos manifiesten expresamente su conformidad.

Si se liquidaren parcialmente, los patronos perderán las sumas que hayan dado a sus trabajadores por este concepto, sin poder repetir lo pagado.

Sin embargo, para adquirir la casa de habitación o para libertarla de gravámenes, el trabajador tiene derecho a que se le haga la liquidación parcial.

Derógase la Ley 48 de 1942".

Los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, disponen:

«*Artículo 1º* Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállense o no escalafonados en la Carrera Administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1º de enero de 1942 en adelante, cualquiera que sea la causa del retiro.

Parágrafo. Extiéndese este beneficio a los trabajadores de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios en los términos del artículo 22 de la Ley 6ª de 1945, y a los trabajadores particulares, de acuerdo con lo establecido en los artículos 12 y 36 de la misma ley.

«*Artículo 2º* Para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se aplicarán las reglas indicadas en el Decreto número 2567 del 31 de agosto de 1946, y su cómputo se hará teniendo en cuenta no sólo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquiera otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc.».

Y el artículo 6º del precitado Decreto 0350 de 1947 preceptúa:

«Las liquidaciones parciales de auxilio de cesantía que se llevaren a efecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3º de este Decreto, eximirán a los patronos de toda responsabilidad por

los pagos efectuados; tienen carácter exhaustivo y no están sujetos a posterior revisión, salvo cuando se demuestre que hubo error».

Cuanto hace al primer extremo, violación ostensible y flagrante o clara oposición entre el artículo acusado y la Ley 6ª de 1945 —parágrafo 3º del artículo 13—, la Sala falladora del Consejo no la advierte, menos en forma manifiesta y hábil a justificar la medida preventiva que se solicita, la que sólo puede decretarse, como se ha dicho tántas veces, con prudencia y rígida cautela.

Cierto que la Ley 6ª, como norma general, prohibe a los patronos efectuar liquidaciones parciales de las cesantías correspondientes a sus trabajadores, con la prevención de que si así lo hicieren, perderán éstos, los patronos, las sumas que hayan dado por este concepto, sin poder repetir lo pagado; pero no es menos cierto que en el último parágrafo de este mismo articulo dijo el legislador: "Sin embargo, para adquirir la casa de habitación o para libertarla de gravámenes, el trabajador tiene derecho a que se le haga la liquidación parcial. Derógase la Ley 48 de 1942».

La Ley que se comenta, 6ª de 1945, estableció, consiguientemente, como regla general, que no podrían hacerse liquidaciones parciales de cesantía, pero excepcionando, permite que las liquidaciones puedan tener lugar cuando el trabajador va a destinar la suma valor de la liquidación parcial a la compra de casa de habitación o cuando desea libertar su propiedad de gravámenes constituidos sobre ella. Entonces se pregunta: ¿qué fue lo que reglamentó o dispuso el Decreto con su artículo acusado que pueda hallarse en oposición con la ley? Se contesta: nada, absolutamente nada. Dijo el Decreto, simplemente, que las liquidaciones parciales que se hicieren y a las cuales tienen derecho los trabajadores, deben considerarse como definitivas, salvo que al hacerlas se incurriere en error; dijo que las liquidaciones parciales que se cumplieren libres de vicio en su cuantía y pago, tenían carácter exhaustivo, que seria la cesantía en la parte liquidada de carácter definitivo no sujeta, por tanto, a posteriores reducciones o reclamos. En otros términos, dispuso el Decreto que las liquidaciones parciales que en cumplimiento de la Ley citada se hicieren, debían estimarse en esa parte, y hasta ahí, como definitivas y justas, si al hacerlas no se hubiese incurrido en errores, ya fuesen de hecho o de derecho.

Si lo anterior es así, si eso, y no más que eso, fue lo que dispuso el Decreto, no se ve cómo pudo estimarse que el artículo acusado irrogue ofensa al derecho de los trabajadores, ni menos cómo pueda estimarse que tal estatuto puede directa o indirectamente vulnerar normas o dictados legales superiores.

Los trabajadores, dice la Ley que estima el actor en oposición con el Decreto, tienen derecho a que se les liquide cesantía anticipada y por todo el tiempo que hasta el día de la liquidación hayan estado al servicio de sus patronos, siempre y cuando que utilicen su valor a los fines allí previstos; y el Decreto reglamentario de la Ley, en su artículo 6º acusado, al señalar o determinar que las liquidaciones parciales que legalmente se hicieron tornarian a ser definitivas, hasta ahí, se amoldó al rígido dictado de la Ley, comoquiera que dijo simplemente que las liquidaciones parciales que fueren justas, legales y exentas de error deberían considerarse como definitivas o de carácter exhaustivo, como se lee en el texto del Decreto.

Ahora, si las liquidaciones parciales fueren justas, legales, exentas de error, estima el Consejo que al disponer el Decreto que

ellas tuvieran carácter definitivo y que su liquidación no quedaba sujeta a reclamo posterior, no pudo incurrirse en ostensible violación de normas superiores.

Al segundo extremo se observa: los artículos 1º y 2º de la Ley 65 de 1946, que el actor considera en oposición con el artículo acusado, preceptúan que el auxilio de cesantía para trabajadores se causa en relación con todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente que debe liquidarse en conformidad con las reglas indicadas en el Decreto 6567, de 31 de agosto d 1942. Estas disposiciones de la Ley 65 de 1946, como se ve, son normas de continuidad esencialmente sustantiva, como que en ellas se establece que el auxilio de cesantía se causa en relación con todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, y fijan como indice para la liquidación del caso el sueldo devengado en el último año de servicio. Al confrontar estas disposiciones con el artículo acusado, no observa la Sala sentenciadora del Consejo ninguna abierta oposición.

Mas, si quisiera argumentarse que, como de acuerdo con el artículo acusado, las liquidaciones parciales tornan a ser definitivas, y que por ello viene a irrogarse perjuicio al trabajador en caso de que la cesantía al retiro definitivo deba liquidarse teniendo en cuenta los sueldos de los primeros años, ya liquidados parcialmente, que puedan ser sueldos mayores de los que gana el empleado el día de su retiro, por lo que entonces puede resultar la cesantía un tanto reducida, debe contestarse que una cosa es la liquidación parcial cuanto hace al valor liquidado; y otra, los indices de referencias; años anteriores que han de tenerse en cuenta en caso de que por haber mediado cesantía parcial, deba hacerse la final y que corresponda por el resto del servicio prestado por el empleado, computándola hasta el día de su retiro. Será esto, y debe ser motivo de apreciación doctrinal de los encargados de decretar las cesantías, pero no base para fundamentar la tesis de que media oposición entre la ley y decretos citados. Este preciso problema interpretativo de derecho será materia del fallo definitivo que no puede dilucidarse en un simple auto de suspensión provisional; los planteamientos jurídicos del actor hacen entrever que el problema debatido, aunque sencillo, no es de aquellos que permitan su dilucidación mediante el procedimiento breve y directo de la suspensión provisional.

Por estas brevísimas consideraciones, que no dejan de ser bastantes, estima la Sala que el Consejero sustanciador, doctor Galán Rodríguez, estuvo ajustado a derecho cuando conceptuó que en el caso no se estaba en uno de aquellos en que la suspensión provisional resulta procedente».

Como muy bien lo anotó la Sala en la providencia cuya parte pertinente deja transcrita, el problema debatido, aunque sencillo, no es de aquellos que permitan su dilucidación en un simple acto interlocutorio, ya que si se ahonda en el estudio de un problema jurídico, al resolver las suspensiones provisionales de un acto acusado, se corre el riesgo de prejuzgar avanzando conceptos que son materia de la sentencia definitiva.

Evidentemente, del cotejo del acto acusado con las disposiciones que se señalan como violadas por él, se observa que el Decreto 530, al pretender reglamentar el artículo 1º de la Ley 65 de 1946, introdujo un elemento nuevo cual fue el de darles carácter exhaustivo a las liquidacio-

nes hechas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13, parágrafo 3º, de la Ley 6ª de 1945, impidiendo a la vez una posterior revisión a tales liquidaciones. Y si es que la modalidad introducida por el Decreto reglamentario de que se hace mérito puede conducir en la práctica a que se disminuya la cuantía del auxilio de cesantía a que puedan tener derecho los trabajadores al tiempo de su retiro definitivo cuando los sueldos devengados con posterioridad a la liquidación del anticipo hayan sido menores que los devengados en los primeros años de servicio. En la Ley 6ª de 1945, parágrafo 3º, artículo 13, que el demandante señala como violada, no se dice que las liquidaciones parciales de cesantía verificadas con arreglo a aquel estatuto tengan carácter exhaustivo y no estén sujetas a posterior revisión; esto lo agregó el Decreto 0530 de 1947.

Es conveniente aclarar que al hablar de liquidaciones parciales del auxilio de cesantía para dedicarlas a los fines establecidos en la Ley, ésta no dijo que dichas liquidaciones parciales fueran definitivas, y no lo dijo porque lo parcial nunca puede ser definitivo. El propio demandante se encarga de explicar el significado de los vocablos parcial y exhaustivo.

Las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía se deben considerar como anticipos de la liquidación final de dicha prestación, por cuanto aquéllas se verifican sin que el contrato del trabajo termine, y como el auxilio de cesantía se liquida y paga cuando el trabajador deja de prestar sus servicios a la empresa o patrono, en este caso si puede hablarse de liquidación definitiva y total. Si ha habido liquidaciones parciales para los fines que establece la ley, entonces al hacer la liquidación definitiva, las sumas que hayan sido pagadas al trabajador por concepto de liquidaciones parciales deben descontarse del monto de la última, considerándolas como anticipos. Este y no otro es el sentido de la Ley.

El decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar, facilitando su inteligencia y cumplimiento, de parte de la Administración, de los particulares, pero sin introducir, so pretexto de reglamentación, normas nuevas, obligaciones o prohibiciones más allá del contenido intrinseco de la ley. Lo contrario implica una extralimitación de funciones que constituye una clara violación de la voluntad legislativa.

En relación con los trabajadores oficiales, esta Corporación ha tenido oportunidad de sentar jurisprudencia en el sentido de que las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía se consideran como simples anticipos, que deben imputarse a la liquidación definitiva, ya que esta última debe abarcar todo el lapso de servicio del trabajador. (Sentencias recaídas en los juicios instaurados por Abelardo Medina A., Ernesto Cediel Angel y Guillermo Hernández Rodriguez, de que fueron ponentes los Consejeros doctores Múnera, Pineda de Castro y Prieto).

Es cierto que la legislación sobre prestaciones sociales en Colombia está construida sobre una diferenciación constante y nítida entre las prestaciones para los trabajadores particulares y las prestaciones para los trabajadores oficiales. La Ley 6ª de 1945 reglamenta en capítulos diferentes las unas y las otras, y esto se deriva de la apreciación muy justa en derecho, que enfoca a los trabajadores particulares como unidos a sus patronos por un contrato de trabajo y a los trabajadores oficiales como ubicados en una situación legal y reglamentaria, de conformidad con el análisis diferencial de Jèze y de las jurisprudencia francesa. Este criterio recibió consagración positiva en el derecho colombiano en virtud del Decreto 2313 de 1946, el cual dice en su artículo 55: "Las relaciones entre la Administración y los empleados son de derecho público y no hay entre éstos y aquéllos contratos de trabajo". Pero como entre las prestaciones para los trabajadores al servicio del Estado

y los trabajadores particulares existe analogía, y en cuestiones laborales debe primar un criterio de benignidad, ya que las dudas se resuelven a favor del trabajador, hay que concluir que en cuanto a liquidaciones parciales de cesantía se refiere, no existe razón para que los trabajadores particulares estén sometidos a un régimen menos beneficioso con respecto a los trabajadores oficiales.

La violación de las disposiciones señaladas por el demandante en su libelo ha sido consecuencia del exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, por cuanto el Gobierno ha ido más lejos que el legislador al introducir modalidades no contempladas en el estatuto que pretende reglamentar.

Es evidente, como lo anota el demandante, que el Gobierno excedió la facultad reglamentaria al expedir el acto acusado. Por este motivo se debe acceder a lo solicitado por el actor, y, en consecuencia, declararse la nulidad del Decreto número 0530 de 1947 (febrero 14), expedido por el Presidente de la República y con la firma de su Ministro del Trabajo, y "por el cual se reglamenta el artículo 1º de la Ley 65 de 1946, en armonía con el parágrafo 3º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945, en relación con los trabajadores particulares".

Cabe anotar, además, que los Juzgados y Tribunales del Trabajo se han abstenido en varias oportunidades de dar aplicación a la disposición acusada, por considerar que es violadora de la ley que estableció la liquidación parcial del auxilio de cesantía en beneficio de los trabajadores.

FALLO:

Por lo brevemente expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA NULO el artículo 6º del Decreto número 0530, de fecha 14 de febrero de 1947, expedido por el Presidente de la República y su Ministro del Trabajo.

Cúmplase, notifíquese y comuníquese.

Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Rafael Rueda Briceño, Eduardo Piñeros y Piñeros—Luis E. García V., Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

(Consejero ponente: doctor J. U. Múnera).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

El doctor Néstor Pineda, en el carácter de apoderado del señor Fabio Obando B., formuló ante esta corporación, en escrito presentado en la Secretaría, en la fecha 9 de diciembre de 1948, una demanda, en la cual solicitó las siguientes declaraciones:

«Que son inaplicables las disposiciones contenidas en el Decreto ejecutivo número 3494, de fecha 9 de octubre de 1948, que aprueba el Decreto número 290, expedido por la Intendencia Nacional del Meta, con fecha 21 de septiembre del mismo año, y en especial los artículos 1º, 2º y 3º, y consecuencialmente los artículos 4º, 5º y 6º del citado Decreto 290, mientras la Intendencia Nacional del Meta no haya indemnizado plenamente al señor Fabio Obando B. en los perjuicios que se le causan con la aplicación del monopolio que organiza el citado Decreto, perjuicios cuya cuantía se establecerá en el juicio y que desde ahora estimo en más de ciento cincuenta mil pesos.

«*Subsidiariamente* pido se anulen todas las disposiciones de los citados Decretos 3494 de 1948, aprobatorio del Decreto intendencial número 290 del mismo año, y este último Decreto, por ser todas ellas violatorias de los artículos 31, 34 y 39 de la Constitución, y se restablezca el derecho del señor Fabio Obando B. en el ejercicio de la industria a que ha venido dedicado, consistente en la introducción y venta de licores destilados de procedencia nacional, en todo el territorio de la Intendencia del Meta».

La demanda fue admitida y el juicio siguió su curso regular hasta la citación para sentencia, por lo cual espera la decisión definitiva que el Consejo procede a dictar y a cuyo efecto considera:

A pesar de la cita de los artículos 34 y 39 de la Constitución, el argumento de la demanda se redujo al de la inaplicabilidad de los monopolios, establecida en el artículo 31 "antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella (la ley) deban quedar privados de una industria lícita". En efecto, dijo la demanda:

«No se pretende desconocer la facultad que tengan las Intendencias para establecer, como arbitrio rentístico, el monopolio de la introducción y venta de licores destilados; pero es evidente, a la simple lectura del artículo 31 de la Carta, que en este caso el Decreto intendencial número 290 citado "no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de él deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita".

«Precisamente es eso lo que se solicita en la petición principal de esta demanda: que no se aplique el monopolio intendencial mientras no sea indemnizado mi poderdante, por la privación que sufre de ejercer una industria lícita.

«Tan licita es la industria a que ha venido dedicado el señor Obando por largo espacio de tiempo, al organizar con su esfuerzo y constante trabajo la introducción y venta del *Ron Viejo de Caldas* en el territorio de la Intendencia del Meta, que como se ha visto ya, desde tiempo atrás hasta la vigencia del Decreto 290 que implanta y aplica el monopolio, la misma Intendencia autorizaba legalmente esa industria, exigiendo sólo el pago del impuesto de consumo de que se habla en el hecho 2º de esta demanda. Que el señor Obando ha venido ejerciendo esa industria se acredita plenamente con las comunicaciones relacionadas en el hecho 5º, fuera de un cúmulo de pruebas que en su oportunidad se traerán al proceso.

«Resulta, pues, que el señor Obando ha sido lesionado en sus derechos al impedirle la Intendencia Nacional del Meta, por virtud del monopolio que aplican las normas del citado Decreto 290, el ejercicio de la industria a que ha venido dedicando su capital, sus esfuerzos y su trabajo, como es la industria de introducir a la Intendencia y vender en su territorio, con sujeción a las normas hasta ahora vigentes, cantidades cada vez mayores de *Ron Viejo de Caldas*».

El señor Fiscal 1º del Consejo, después de rebatir el concepto avanzado por el Consejero sustanciador al resolver el incidente de suspensión provisional, de que la actividad consistente en la introducción y venta de licores en determinada región, no es propiamente una industria sino una actividad comercial, entró en la materia de fondo y dijo:

«Es oportuno ante todo anotar que el señor Obando B. debía saber sobradamente que su negocio o industria, según el sentido amplio que se acaba de explicar, no podía establecerlo a perpetuidad, pues en cualquier momento, por razones de conveniencia pública y en virtud de innegable facultad constitucional que sus distinguidos apoderados no desconocen, podía la Intendencia declarar el monopolio de esa actividad. Por lo demás, no siendo el señor Obando el directo productor de los licores que llevaba al mercado público en la Intendencia, podía también correr el riesgo de que la Industria Licorera de Caldas no pudiera seguir suministrándoselos, quedando su industria paralizada, sin lugar a reclamación alguna. Por otro aspecto, y por la misma razón de no ser Obando el fabricante del ron de Caldas que vendía en Villavicencio, en realidad su actividad se limitaba al transporte y venta de los productos, de modo que el acto perfectamente legal de la Intendencia de establecer el monopolio en los términos en que lo hizo, no lo imposibilitaba en forma total y definitiva para seguir comerciando, ni lo privaba de los medios de subsistencia —como afirma el apoderado sustituto del señor Obando en su alegato de conclusión—, ya que podía sin mayor dificultad seguir haciéndolo mediante la búsqueda de otros mercados, o cambiando la destinación de los medios de transporte y dedicándolos a otra industria.

«Pero, concretamente, sucede que el Decreto 290, como lo reconoce el honorable Consejo de Estado en la providencia del 15 de noviembre de 1950, visible a folios 58 y 58 vuelto del expediente, "... prevé la manera de no causar perjuicios a quienes venían dedicados a la actividad de la introducción y venta de los lico-

res allí especificados, con el cambio de frente determinado en el artículo 1º de dicho Decreto".

«Efectivamente, el artículo 3º del Decreto 290 dice:

"Las existencias de licores a que se refiere el artículo anterior, que hayan negado el impuesto de consumo de que trata el Decreto número 160 antes aludido, y que se encuentren el primero de octubre próximo venturo en poder de particulares provistos de la correspondiente guía de amparo, podrán seguirse dando en venta al público hasta el día primero de diciembre del año en curso por sus tenedores, y de esta fecha en adelante su expendio solamente podrá efectuarlo el organismo de rentas intendenciales del Meta, para lo cual se faculta ampliamente a la Secretaría de Hacienda, a efecto de que adquiera al precio de venta establecido en la plaza, pero con deducción del impuesto pagado, y que no tiene efecto devolutivo, las cuestiones y las existencias que se hallen amparadas.

«De modo que el acto intendencial no fue algo sorpresivo que de un tajo acabara con una industria privada y redujera poco menos que a la miseria a quienes a ella se dedicaban; fue, al contrario, una disposición previsora que les dejó tres meses para realizar sus existencias, y para el año siguiente facultó a la Secretaría de Hacienda Intendencial para adquirirlas al precio de venta establecido en la plaza, con deducción del impuesto pagado, porque parece apenas natural que en el precio de plaza estén ya calculados los impuestos que se deben pagar».

El Consejo no comparte los conceptos emitidos por el señor Fiscal 1º en los apartes transcritos. No el de que el monopolio sin indemnización se justifique por el hecho de que quienes ejercían la industria de que se trate debían saber que no podían ejercerla a perpetuidad, porque lo mismo podría decirse de todos los monopolios, de modo que lo absurdo sería la previsión del artículo 31 de la Constitución Nacional. Ni tampoco el de que el señor Obando no tuviera derecho a la indemnización por la privación de su industria en virtud del establecimiento del monopolio, por el solo hecho de que también podía ser privado de ella por la propia Industria Licorera de Caldas, ya porque no pudiera o no quisiera seguir suministrándole los licores. Esto querría decir sencillamente que no era la Administración de la Intendencia del Meta la que le había causado el perjuicio, sino otra entidad que podría obrar o no libremente.

Ni tampoco puede entenderse que a virtud de lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto de la Intendencia, el señor Obando no haya sufrido perjuicio alguno. No; la expresada disposición se limitó a demorar algunos días la vigencia del monopolio, y a proveer a la compra de las existencias de licores en poder de los particulares al iniciarse la vigencia del monopolio.

Cosa muy distinta de evitar el perjuicio de la privación del ejercicio de la industria.

Lo que ocurre es que la ley o disposición sobre implantamiento del monopolio, no es nula por el solo hecho de que no se provea al propio tiempo acerca de la indemnización debida a los individuos que van a quedar privados de esa industria. Lo anulable por ser contrario al precepto constitucional sería la disposición sobre vigencia del monopolio antes de la indemnización, o la que declarara que no hay lugar a ésta. Si nada de esto dispone el acto sobre establecimiento del monopolio, lo acusable ante la jurisdicción contencioso-administrativa sería el acto por el cual se pusiera en vigencia el monopolio sin haberse cumplido la indemnización, acusación que puede hacerse, según el caso, conforme

a los artículos 66 y 67 del Código Contencioso Administrativo, o simplemente de acuerdo con el artículo 68 ibidem.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal, NIEGA las peticiones de la demanda del señor Fabio Obando B., a que se contrae el presente fallo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Baudilio Galán Rodríguez, José Urbano Múnera, Daniel Anzola Escobar, Alvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros, José Antonio Prieto. Luis E. Garcia V., Secretario.

DROGUERIAS Y FARMACIAS

PRESTAN UN SERVICIO PARA EL PUBLICO

(Consejero ponente: doctor Baudilio Galán Rodríguez).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

El doctor Alfonso Torres M., con cédula de ciudadanía número 1725065 de Bogotá, y vecino de la misma ciudad, en libelo por el cual corrigió uno, anteriormente presentado, demanda de esta corporación la declaración de nulidad del Decreto ejecutivo número 2169, de 19 de julio de 1949, expedido por el señor Presidente de la República y sus Ministros de Higiene y de Gobierno.

El texto del acto acusado es el siguiente:

«DECRETO NUMERO 2169 DE 1949 (julio 19), por el cual se establece en todo el territorio de la República el servicio de farmacias y droguerías durante la noche y en domingos y días feriados.

«El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones legales, y *Considerando:*

«1º Que es función del Ministerio de Higiene la de dirigir, vigilar y reglamentar la higiene pública y privada en todas sus ramas;

«2º Que es un deber del Estado velar por la salud de los asociados dictando las medidas que estime convenientes para protegerla eficazmente;

«3º Que la falta del servicio continuo en farmacias y droguerías anula la labor asistencial del médico;

«4º Que el servicio continuo de tales establecimientos constituye una necesidad pública, y que en la actualidad, con raras excepciones, no existen establecimientos que atiendan durante las horas de la noche, ni en los domingos o días de fiesta;

«5º Que el ejercicio de las profesiones de médico y farmaceuta constituye una función social, de conformidad con la Ley 67 de 1935, ... *Decreta:*

«Artículo 1º Establécese a partir del 1º de agosto de 1949 el servicio nocturno continuo en días comunes, y diurno y nocturno en domingos y días feriados, para las farmacias y droguerías, en todo el territorio nacional.

«Artículo 2º En las capitales de los Departamentos y en las ciudades de más de cuarenta mil habitantes, el servicio nocturno será prestado por las farmacias y droguerías, por medio de turnos que comenzarán a las 8 p. m. y terminarán a las 8 a. m.

«El servicio diurno para estos establecimientos en los domingos y días feriados será atendido desde las 12 m. hasta las 8 p. m.

«Artículo 3º En Bogotá la Dirección Municipal de Higiene, los Directores Departamentales de Higiene en las demás capitales, y Alcaldes, en asocio de los funcionarios de Higiene en sus respectivos Municipios, establecerán y reglamentarán debidamente los turnos de que trata el artículo anterior, atendiendo las necesidades de los distintos sectores de cada localidad.

«Artículo 4º Las farmacias, durante todo el tiempo que les corresponda prestar este servicio, tendrán un aviso, de preferencia luminoso, que diga: "Farmacia de Turno". Todas las demás fijarán en lugar visible la lista de las que están de turno, con la indicación de las direcciones de ellas, a fin de orientar al público solicitante.

«Artículo 5º En Municipios de menos de cuarenta mil habitantes y mayores de veinte mil, los Alcaldes, en asocio de los funcionarios de Higiene reglamentarán estos servicios, de acuerdo con las necesidades que presenten esas localidades.

«Artículo 6º En las localidades menores de veinte mil habitantes, los propietarios o directores de los establecimientos de que trata este Decreto están obligados, bajo pena de multa de diez a cien pesos ($ 10 a $ 100), a la prestación de los servicios urgentes que solicite el público, sin poder excusarse por la hora.

«Artículo 7º Las autoridades de Policía están en la obligación de velar por el fiel cumplimiento del presente Decreto e informar a las autoridades de Higiene sobre las contravenciones que observen. Asimismo, quedan obligados a prestar el apoyo que necesiten los propietarios de los establecimientos sometidos a turno.

«Parágrafo. En las capitales de los Departamentos, las autoridades de Policía destinarán para cada establecimiento de turno, durante la noche, un Agente encargado de su vigilancia.

«Artículo 8º Los Alcaldes y demás autoridades encargadas de reglamentar el servicio de que trata el presente Decreto, deberán pasar periódicamente a las autoridades de Policía y a la prensa local, lista de los establecimientos sujetos a los turnos respectivos, con el objeto de que la Policía pueda informar al público que solicite su ayuda, la localización de dichos establecimientos.

«Artículo 9º Las contravenciones a lo dispuesto en este Decreto por los propietarios de los establecimientos obligados a la prestación del servicio continuo que se reglamenta, serán sancionadas con multas de cincuenta a quinientos pesos ($ 50 a $ 500), convertibles en arresto en la proporción legal, que serán aplicables a prevención por las autoridades de Higiene, de Policía o las que hagan sus veces. El valor de estas multas se destinará a las campañas de que trata el Decreto número 600 de 1938 y la Resolución número 418 del mismo año. El procedimiento que debe seguirse para la aplicación de estas sanciones será el establecido en el Decreto número 2785 de 1936. Publíquese y cúmplase. Dado en Bogotá a 19 de julio de 1949. MARIANO OSPINA PEREZ. El Ministro de Gobierno, Coronel *Régulo Gaitán*. El Ministro de Higiene, *Jorge Cavelier*»

Admitida la demanda y negada la suspensión provisional, que también fue solicitada, el juicio siguió el curso legal correspondiente; la parte demandante formuló su alegato de fondo; el señor Fiscal también presentó su vista, en la cual manifiesta su opinión en el sentido de que se nieguen las peticiones de la demanda. Oportunamente se citó a las partes para sentencia mediante auto que se halla ejecutoriado. Como no se observa causal que vicie el procedimiento, se procede a fallar.

El actor apoya la demanda en los siguientes hechos:

«1º El señor Presidente de la República, con las firmas de sus Ministros de Gobierno y de Higiene, dictó con fecha 19 de julio de 1949 el Decreto número 2169.

2º El referido Decreto fue publicado en el *Diario Oficial* número 27083, de fecha 4 de septiembre último, y se encuentra vigente.

«3º Dicho Decreto se dictó, so pretexto de reglamentar la Ley 67 de 1935.

«4º La Ley 67 de 1935 se ocupa, únicamente, de reglamentar la profesión médica, y nada dispone en relación con la farmacia.

«5º El Decreto acusado afecta, no a los profesionales farmaceutas, sino a los comerciantes en drogas, en relación con los cuales es todavía más ajena la Ley 67 de 1935.

«6º Los comerciantes en drogas no quedan autorizados, por el hecho de abrir un establecimiento de esa clase, para ejercer la profesión de médico o farmaceuta, ni puede considerárseles como pertenecientes a ninguna de las dos profesiones».

Como normas positivas violadas señala "la Ley 67 de 1935 y los artículos 32 y 76 de la Constitución Nacional".

El concepto de la violación lo expresa asi el libelo:

«La Ley 67 de 1935 no contiene, en todo su articulado, una sola disposición que se refiera directamente a la profesión de farmaceuta y que dé base para reglamentar dicha profesión. Una atenta lectura de la citada Ley convencerá suficientemente que ella se ocupa tan sólo de la profesión médica, y que con mérito en esa Ley sólo se pueden dictar decretos que a la medicina afecten y reglamenten.

«Por otra parte, los comerciantes especializados en el ramo de drogas son aún más ajenos que los farmaceutas al contenido de la precitada Ley, y son ellos, en realidad, los que están sufriendo los efectos de la reglamentación.

«No creo que por existir alguna conexión entre la medicina, la farmacia y la venta de drogas, pueda, al reglamentarse la profesión médica, reglamentar también las actividades de los farmaceutas y las de los droguistas. La necesaria interdependencia que existe entre todas las actividades humanas, que en el fondo están ordenadas a un mismo fin, traeria como consecuencia la inexistencia de límites en la reglamentación de una ley, pues fácil seria ponerla en relación con aspectos y actividades muy disímiles a los en ella tratados. Sin excederme en el ejemplo, con tal interpretación se justificaría, al reglamentar una ley sobre la abogacia, alterar los fundamentos de la organización judicial o imponerles nuevas obligaciones a los funcionarios de este órgano.

«No refiriéndose la Ley 67 de 1935 a los farmaceutas y menos a los comerciantes, el Decreto que al reglamentarla impone a éstos obligaciones no previstas, resulta violatorio del articulo 32 de la Constitución Nacional, pues éste claramente previene que la intervención estatal en la esfera de la iniciativa económica particular, sólo puede realizarse a virtud de mandato legal.

«Y en este orden de ideas, viola también el Decreto el precepto 76 de la Carta Fundamental, por cuanto el Gobierno ha interferido en una zona juridica intervencionista que le está reservada estrictamente al Organo Legislativo».

Respecto de la insinuación que contiene la demanda de que el Decreto acusado excede la potestad reglamentaria al establecer el servicio diurno y nocturno para farmacias y droguerias, en todo el pais,

y señalar normas sobre la manera de prestarlo, cabe recordar ahora algunos conceptos emitidos por esta corporación en providencia de 11 de mayo de 1950, de que fue ponente el suscrito Consejero que redacta la presente ponencia, y en la cual se consideraba también la acusación de un decreto ejecutivo de exceder la potestad reglamentaria. Allí se dijo:

«Es sabido que la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente de la República, no tiene otro objeto que dar vida práctica a los mandatos del legislador, desarrollándolos, concretándolos y precisándolos dentro de las proyecciones lógicas de su contenido sustancial. El reglamento, para que cumpla su finalidad, para que no quede afectado por el vicio de exceso de poder, debe guardar perfecta armonía con la ley que trata de reglamentar; debe ser su prolongación lógica; debe estar virtualmente contenido en ella. En realidad, todas las leyes, salvo disposición en contrario del legislador, pueden aplicarse sin que exista el reglamento. Y puede haber leyes tan claras, tan precisas y concretas en los detalles de sus mandatos, que sería inocuo el reglamento. Pero puede haber, y de hecho hay, otras que se expresan en forma tan genérica y comprensiva al establecer sus ordenaciones que requieren un esfuerzo, una actividad intelectual para su desarrollo adecuado y lógico al llevarlas a la práctica. No otro fue el motivo que tuvo el constituyente para crear la potestad reglamentaria de las leyes que atribuyó al Presidente de la República como a Jefe Supremo de la Administración.

«De lo dicho bien se comprende que sólo puede afirmarse que el acto reglamentario promulgado por el Presidente de la República ha excedido la facultad constitucional, cuando contiene ordenaciones que no guardan armonía ni conexión lógica con los textos legales que trata de desarrollar; cuando crea instituciones pseudo-jurídicas sustancialmente distintas de las que pueden emanar del texto que trata de reglamentar y que solamente podría establecerlas el legislador. Desde luego, no hay que confundirse y tomar como disposiciones distintas y nuevas creaciones aquellas en que el reglamento no hace más que expresar de manera específica conceptos contenidos implícitamente y enunciados en forma genérica en la norma legal reglamentada.

«Corresponde, pues, en el caso de autos, examinar si las disposiciones acusadas, en todo su contenido, o en parte de él, implican creaciones normativas de derecho no implícitas en los textos legales que tratan de desarrollar, y que sólo podían ser expedidas por el legislador, o que no estén virtualmente contenidas en otros textos legales, aunque a ellas no se haya hecho alusión en el Decreto reglamentario. Esto sería lo inductivo de violación del texto constitucional que otorga la facultad reglamentaria de las leyes al Presidente de la República. O bien, debe investigarse asimismo si el reglamento contraría con sus disposiciones algún texto legal de los que se han señalado como quebrantados por aquél».

En el presente caso, en que la primera autoridad política y administrativa de la República, como lo es el Presidente de la misma, ha expedido un reglamento que tiende a asegurar la posibilidad de consecución de medicamentos, a cualquiera hora, se advierte sin dificultad que ese reglamento no es una ordenación desconectada y autónoma sin relación lógica con normas positivas fundamentales, sino por el contrario, que se trata de un estatuto que tiende a dar vida práctica a varios mandatos contenidos en disposiciones básicas no sólo del legislador sino también del constituyente. Y esto no quiere decir otra cosa

sino que el reglamento ejecutivo de que se trata, no excede la potestad reglamentaria que atribuye la Constitución al Presidente de la República.

En efecto, el artículo 16 de la Carta Fundamental establece:

> «Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares».

Así, pues, los particulares tienen deberes para con la sociedad, y las autoridades tienen la función de asegurar el cumplimiento de esos deberes. A su vez, la sociedad, por medio de su Carta Constitucional (artículo 30 de la Constitución Nacional), garantiza la propiedad privada, pero erige esta institución en "una función social que implica obligaciones". También la Constitución —artículo 39— garantiza la libertad de escoger profesión u oficio; pero faculta a la ley para exigir títulos de idoneidad y para reglamentar su ejercicio. Por tanto, las profesiones de preparar y vender, o simplemente de vender medicamentos, no escapan a estas previsiones. Por su parte, la ley —artículo 1º, Ley 67 de 1935— ha erigido el ejercicio de las profesiones como la "de médico, abogado, ingeniero y sus semejantes", entre las cuales, desde luego, deben encontrarse la de farmacéutico y la de vendedor de medicamentos, que debe ser presidida por un farmacéutico responsable, según lo ordena la Ley 84 de 1946, que en el parágrafo de su artículo 2º dice: "La venta de los medicamentos sólo podrá hacerse en farmacias, droguerías, laboratorios o depósitos legalmente establecidos y a cuyo frente se encuentre un farmacéutico responsable". Finalmente, no hay que olvidar que el Decreto acusado que se estudia, no reglamenta la profesión de farmacéutico sino la explotación de la industria de venta de medicamentos, ya se trate de los que deben ser preparados en farmacia mediante fórmula magistral, o de específicos ya elaborados. Vale decir que se trata de servicios para el público, como son los de explotación de farmacias y droguerías; y siendo así que tales servicios por su naturaleza implican una función social, ésta impone deberes para con los asociados, en primer lugar, en la forma de la prestación de tales servicios. Y ya se ha visto que es de cargo de las autoridades asegurar el cumplimiento de tales deberes, lo que desde luego las faculta para expedir los reglamentos adecuados para lograr ese fin. Así, pues, no solamente el reglamento acusado que se estudia no carece de conexión lógica y adecuada con las normas positivas fundamentales de que se ha hecho mérito, sino que él está implícitamente contenido en ellas y no hace otra cosa que darles vida y eficacia prácticas.

De lo dicho se sigue que el Decreto acusado, no solamente no excede la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al Presidente de la República, sino que tampoco viola el artículo 76 de la Constitución, puesto que no invade un campo exclusivamente reservado al legislador, como lo afirma la demanda. Tampoco viola el artículo 32 de la misma Constitución, como asevera el demandante, porque el Decreto no interviene en la explotación de una industria o empresa para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas. Unicamente lo hace para reglamentar la prestación de un servicio establecido para el público, cuya explotación participa del carácter de función social como es el de farmacias y droguerías. Esta cuestión, como aspecto prominente que es de la higiene pública y de interés social manifiesto, es del resorte de la función policiva de las autoridades administrativas, que tienen, como ya se ha expresado, la obligación de asegurar el cumplimiento de los deberes de los particulares para con la sociedad. Y sobra decir que quienes gozan de la protección de la sociedad para explotar el servicio

de farmacias y droguerías que tiene por objeto el tráfico de los elementos destinados a la defensa de la salud corporal de los asociados, tienen también obligaciones inexcusables, como la de prestar a cualquiera hora el servicio de preparar o vender los medicamentos indicados para la defensa de la salud. Mucho menos puede decirse que el Decreto acusado viole la Ley 67 de 1935, porque como ya se ha visto, en él no se reglamenta la profesión de farmacéutico ni la de comerciante en medicamentos, sino la forma de prestar el servicio que al público ofrecen las farmacias y droguerías.

Ya el Consejo, en auto de 29 de marzo de 1950, de que fue ponente el suscrito Consejero que formula la presente ponencia, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la providencia que negó la suspensión provisional del Decreto 198 de 3 de abril de 1949, expedido por el Alcalde Municipal de Cali, por el cual se establece y reglamenta el servicio de boticas de turno, manifestó su pensamiento sobre el punto materia de esta sentencia, y por ello conviene transcribir aquí, para que sirvan a manera de motivación, algunos de los párrafos pertinentes de aquel proveído. Allí se dijo:

«En el presente caso, en el acto acusado no se trata de reglamentación del ejercicio de la profesión o industria de la farmacia como se dice en la demanda, desde luego que no se da ninguna norma sobre la elaboración y análisis de los medicamentos, que es en lo que consiste el ejercicio de la farmacia, según lo define el artículo 2º de la Ley 84 de 1946. Tan sólo se reglamenta la prestación de un servicio —el de boticas de turno— ya establecido por una norma de carácter superior al Decreto acusado como es el artículo 874 del Código de Policía del Departamento del Valle del Cauca, que se expresa así: "El que tenga botica en una población está obligado a vender en ella a cualquier hora de la noche los medicamentos que se soliciten, debiendo presentarse el que despache, a lo más tarde, cinco minutos después de haber llamado a la puerta del establecimiento. Cuando haya más de una botica en una población, la Policía hará que sus dueños se pongan de acuerdo para turnarse en el despacho nocturno anunciando en los periódicos, o por avisos fijados en lugares públicos, la noche en que a cada uno toque el despacho, en la cual mantendrán un farol de vidrios de color sobre la puerta de la botica.

«Parágrafo. Se exceptúan las poblaciones en que la respectiva municipalidad subvencione boticas para el servicio nocturno». Es verdad que las legislaciones locales, como dice la parte actora, deben probarse en juicio cuando se hacen valer fuera del territorio para el cual han sido promulgadas. Pero al respecto, el Consejo de Estado en muchos fallos ha sostenido que cuando los Tribunales transcriben el texto de una disposición local para apoyar sus decisiones, debe aceptarse como auténtico ese texto y que se halla vigente. No así cuando solamente se trata de simples citas. Así, pues, aquí debe partirse de la base de la vigencia del artículo transcrito del Código de Policía del Valle. Por otra parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 5 de junio de 1922, dijo que el servicio nocturno de boticas a toda hora es obligatorio para los que las tengan y pertenece al régimen de policía, y que no es inconstitucional la ordenanza que estatuya la obligación de los propietarios de tales establecimientos, de vender a cualquiera hora de la noche los medicamentos que se soliciten, cinco minutos después de haberse llamado a la puerta de los mismos, y que una prevención de esa naturaleza no es contraria al principio de la libertad de industria, y menos viola el derecho de propiedad. (*Anales* números 113 a 115).

«Así las cosas, hay que concluir que el acto acusado no viola manifiestamente las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 19, 39 y 63 de la Codificación Constitucional que el demandante señala como violadas, desde luego que el Decreto acusado sólo impone la obligación de vender medicamentos a cualquiera hora en los días en que al respectivo establecimiento le ha correspondido el turno. Y es claro que con esto no se le impone una obligación de asistencia pública como lo sostiene la demanda para que pueda considerarse violado el artículo 19 de la Constitución; ni al dueño del establecimiento se le arrebata ni se le menoscaba el derecho de elegir profesión u oficio para que se estime conculcado el artículo 39 de la misma Constitución, como lo afirma la parte demandante; ni se le constituye en empleado público sin señalamiento de funciones para que se pueda hablar de violación de los artículos 63 de la Constitución y 6º del Código de Régimen Político y Municipal...».

«Lo que ocurre es que si bien es cierto, como lo sostiene el demandante, que la explotación de la industria farmacéutica no es un servicio público, no lo es menos que esa actividad comercial, sí implica un servicio para el público, y como tal está sujeto a la vigilancia y reglamentación de las autoridades de Policía. Asimismo, quizá en este ramo de la actividad comercial, más que en otros servicios como los transportes, etc., se manifiesta el aspecto de función social de la propiedad que implica obligaciones correlativas, como lo prevé el artículo 30 de la Codificación Constitucional. Y esas obligaciones en relación con los servicios para el público, desde luego han de traducirse, en primer lugar, en la forma de su prestación.

«Finalmente, por lo que atañe al perjuicio notoriamente grave que se alega como causal para la suspensión provisional del acto acusado, es de observar, en primer término, como ya se dijo, que ese perjuicio no se puede concebir aisladamente del aspecto legal y jurídico, porque el concepto perjuicio debe ser correlativo de violación de derecho, y es sabido que ésta sólo se configura cuando se viola directamente la ley o se abusa del derecho. Y sobra decir que en el caso de autos, por lo menos a primera vista, ni se ha violado la ley directamente ni se ha abusado del derecho.

«Por lo demás, es de tener también en cuenta que en parte alguna del Decreto acusado se ha impuesto a los dueños de farmacias y droguerías la obligación de adquirir determinados productos o medicamentos que implique inversiones extraordinarias, como lo afirma la parte demandante. La única obligación es atender al público cuando solicite la venta de medicamentos, a cualquiera hora, durante los días en que corresponda el turno a los respectivos establecimientos. Es claro que esto puede implicar alguna carga o sacrificio para el dueño del establecimiento, fuera de lo ordinario; pero si se consideran las cargas y sacrificios con que debe contarse al abrazar determinadas profesiones, los de atender al público que solicita la venta de medicamentos en horas extraordinarias, durante ciertos días de turno, no significan gran cosa, y desde luego están compensados con la protección que les brinda la sociedad por medio de los poderes públicos, precisamente para el cumplido ejercicio de la profesión o industria. No es, pues, aceptable el motivo de perjuicio notoriamente grave causado por el acto demandado para fundar en ello la suspensión provisional del mismo».

De todo lo dicho, es perfectamente autorizado concluir, que si el acto acusado no puede ser motejado de extralimitar la potestad reglamen-

taria, ni de infringir directamente los textos legales y constitucionales que la demanda señala como violados, tampoco puede considerarse como afectado de nulidad.

En tal virtud, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 2º de la corporación,

FALLA:

1º NO ES NULO el Decreto ejecutivo número 2169 de 19 de julio de 1949, expedido por el señor Presidente de la República y sus Ministros de Higiene y de Gobierno.

2º SE NIEGAN las peticiones de la demanda.

3º Háganse las comunicaciones a que haya lugar.

Cópiese y notifíquese.

Alvaro Pineda de Castro, Baudilio Galán Rodríguez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, José Urbano Múnera, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto—Luis E. Garcia V., Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

(Consejero ponente: doctor Guillermo Acosta Acosta).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Daniel Rivera Villate, como apoderado de Francisco Restrepo Ochoa, en libelo dirigido al señor Ministro de Guerra, solicitó:

«..... ....»

«2º Que se dicte la correspondiente Resolución Administrativa ordenando el reconocimiento y pago a favor de mi mandante de la cantidad de mil cuatrocientos setenta pesos con treinta y tres centavos ($ 1.470.33), o de la suma que arrojare la liquidación practicada por el Ministerio, que le corresponde por concepto de prima mensual de alojamiento durante el lapso de 13 meses y 11 días, comprendido entre el 21 de octubre de 1950, fecha de su matrimonio, y el 1º de diciembre de 1951, fecha de su retiro efectivo, lapso durante el cual prestó sus servicios en las Fuerzas Militares como profesional civil con el titulo universitario de Odontólogo, y casado».

Como fundamentos de derecho invocó el actor «el articulo 4º, parágrafo 3º, de la Ley 100 de 1946, en armonia con los articulos 73 de la Ley 2ª de 1945, 19 y 20 de la Ley 82 de 1947, 1º del Decreto 3242 de 1950 y 26 y 36 de la Ley 6ª de 1945, y la doctrina reciente del honorable Consejo de Estado, consignada en la sentencia de fecha 28 de septiembre de 1950 sobre aplicación del articulo 4º, parágrafo 3º de la Ley 100 de 1946, que hace extensivos a los profesionales con título universitario el beneficio de la prima mensual de alojamiento».

La solicitud de que se acaba de hacer mérito fue despachada negativamente por el Ministerio de Guerra en Resolución número 1774, de 25 de julio de 1952, contra la cual interpuso oportunamente el interesado el recurso de apelación, y, como se halla cumplida la tramitación de la instancia, procede decidir la cuestión en el fondo.

Sostiene el Ministerio de Guerra, como fundamento de la negativa, lo siguiente:

«En efecto, el Decreto 807 de 1952, por el cual se reglamenta el parágrafo 3º del articulo 4º de la Ley 100 de 1946, y que por consiguiente debe considerarse incorporado en el parágrafo que reglamenta, y vigente desde la misma fecha en que entró a regir dicho parágrafo, establece en su articulo 4º que para causar el derecho al reconocimiento y pago de la prima de alojamiento y gastos escolares es necesario que el profesional preste sus servicios durante 8 horas diarias de trabajo establecidas, sin perjuicio de la situación de disponibilidad que se exige a todo el personal de Oficiales de las Fuerzas Militares. En certificación expedida por el señor Director General de Sanidad Militar, se ex-

presa que el "ex-Odontólogo Francisco Restrepo Ochoa nunca sirvió 8 horas diarias durante su permanencia grupo (sic), por el contrario disfrutó de continuas licencias para atender necesidades de carácter personal..." ».

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su concepto de fondo, hizo el siguiente estudio del caso controvertido para concluir que debe accederse a las súplicas de la demanda.

«Entre las razones de disentimiento expresadas por el recurrente está la de que el doctor Restrepo Ochoa adquirió el derecho a la prestación que reclama por virtud de la Ley 100 de 1946, artículo 4º, en relación con el Decreto 3242 de 1950, el primero de los cuales dispone que los profesionales con título universitario que sirvan al Ministerio de Guerra —Fuerzas Militares— tienen las mismas prestaciones establecidas en dicha Ley para los militares y clases técnicas, entre las cuales se halla la prima de alojamiento, y el Decreto 3242 establece el porcentaje en que debe reconocerse esa prima. De modo que si se retiró en 1951 (el 1º de diciembre de dicho año), desde ese momento se le debian todas las prestaciones entonces vigentes, no pudiéndosele aplicar el Decreto que invoca el Ministerio de Guerra, o sea, el 807 de 1952, que aún no se había dictado, y que impuso condiciones reglamentarias distintas a las contempladas por las normas vigentes cuando el doctor Restrepo Ochoa se retiró del servicio por renuncia aceptada.

«Este solo motivo basta para concluir que el recurrente tiene razón en solicitar la revocatoria de la providencia apelada, porque seria insólito darle al Decreto 807 de 1952 una vigencia retroactiva que no se le ha dado y que respecto a Restrepo Ochoa no podía dársele por existir de por medio derechos adquiridos. Es, como se ve, un punto clarísimo y elemental que no tiene necesidad de dilucidarse con demasiados comentarios, y asi la Fiscalia cree que no hay necesidad de entrar a considerar la inaplicabilidad de dicho Decreto por haber excedido la facultad reglamentaria, que es otro de los motivos que sustentan la apelación; simplemente basta enunciar que un Decreto dictado en 1952 no puede cobijar derechos que se configuraron y se radicaron en una persona con la firmeza de las cosas adquiridas en el año de 1951.

«Por tanto, CONCEPTUO que la Resolución apelada debe revocarse y en su lugar acceder a lo pedido».

El parágrafo 3º del artículo 4º de la Ley 100 de 1946 estatuye lo siguiente:

«Los profesionales con título universitario y las Clases Técnicas que prestan sus servicios en las Fuerzas Militares tendrán derecho a todas las prestaciones sociales establecidas por la presente ley».

El Decreto número 807 de 1952 (marzo 27), «por el cual se reglamenta el parágrafo 3º del artículo 4º de la Ley 100 de 1946, en cuanto hace relación con el reconocimiento de la Prima de Alojamiento y Gastos Escolares, para los profesionales al servicio de las Fuerzas Militares», dispone:

«Artículo 1º Los profesionales con título universitario que hayan sido incorporados al servicio de las Fuerzas Militares, tienen derecho a que se les reconozca y pague la Prima de Alojamiento y Gastos Escolares, de que trata el artículo 4º de la Ley 100 de 1946, el 19 de la Ley 82 de 1947 y el Decreto legislativo número 3242 de 1950.

«Artículo 2º Entiéndese por profesionales con título universitario, para los efectos de reconocimiento y pago de Prima de Alojamiento y Gastos Escolares, los profesionales al servicio de las Fuerzas Militares, titulados, y que ejerzan dentro de ellas las siguientes profesiones:

«Medicina, Odontología, Derecho, Ingeniería, Arquitectura, Química y Veterinaria.

«Artículo 3º Para el reconocimiento y pago de la Prima de Alojamiento y Gastos Escolares, es indispensable que el interesado compruebe que hace vida conyugal y que los hijos legítimos dependen económicamente de él, para efectos de sostenimiento y educación, y que el profesional preste sus servicios por tiempo completo.

«Artículo 4º Para causar el derecho al reconocimiento y pago de la Prima de Alojamiento y Gastos Escolares, que se reglamenta por medio de este Decreto, se considerarán como profesionales de tiempo completo aquellos que presten sus servicios durante las ocho (8) horas de trabajo establecidas, sin perjuicio de la situación de disponibilidad que se exige a todo el personal de Oficiales de las Fuerzas Militares.

«..... ....»

El doctor Rivera Villate, en su alegato presentado en esta instancia, para sustentar el recurso argumenta que el Decreto número 807 de 1952 «en algunos de sus artículos y particularmente en el 4º, que sirve de base a la Resolución 1774, excede la potestad reglamentaria del Gobierno y modifica abiertamente la ley que pretende reglamentar, en forma que su aplicación al caso discutido contraria la doctrina contenida en los artículos 240 del Código de Régimen Político y Municipal y 12 de la Ley 153 de 1887».

Se observa:

En cuanto a los *decretos reglamentarios* que dicta el Organo Ejecutivo del Poder Público, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, el tratadista colombiano, profesor Eustorgio Sarria, trae el siguiente estudio en la segunda edición de su obra *Tratado de Derecho Administrativo* (páginas 44 y 46), que la Sala acoge como fundamento de este fallo:

«Acerca del reglamento, de su alcance y valor jurídico, Duguit expone:

"El poder reglamentario del Jefe del Estado es limitado. No puede por de pronto, establecer, evidentemente, ni una pena ni un impuesto, que no estén previstos en la ley. No puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, no sólo la ley que contempla, sino cualquiera otra ley, toda vez que una disposición de una ley formal no puede ser modificada sino por una ley formal, y el reglamento, aun cuando es un acto legislativo material, es también desde el punto de vista formal un acto en forma de decreto. El reglamento, además, completa la ley, dando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la ley que él contempla. Se halla, pues, en rigor, contenido en la ley a que se refiere. Desarrolla los principios formulados por la ley, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley, tanto por lo que se refiere a las personas como a las cosas. Si, por ejemplo, la ley establece ciertas formalidades exigibles para la validez de un acto, el reglamento determinará la norma según la cual estas formalidades

habrán de cumplirse, pero no puede exigir formalidades nuevas. Si la ley exige ciertas condiciones de capacidad, el reglamento podrá precisar estas condiciones, pero no alterarlas, haciéndolas más o menos severas". *(Manual de Derecho Constitucional,* número 166).

«Los claros y jurídicos conceptos de Duguit han sido aceptados por la jurisprudencia nacional; han servido de fundamento a numerosos e importantes fallos, y hoy en día hacen parte de la doctrina constitucional colombiana. Encajan ellos dentro de la organización política y jurídica del Estado. Los Tribunales, por esta razón quizá, omiten memorar a quien estructuró la más sólida doctrina sobre el Derecho Público.

«El Consejo de Estado, en efecto, ha dicho: el decreto reglamentario debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar. La razón de ser del derecho es la necesidad de hacer eficaz, activa, plenamente operante, la norma de derecho superior, facilitando su inteligencia y cumplimiento de parte de la misma Administración y de los particulares. Todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley, debe desenvolverlo de manera detallada y comprensiva el decreto reglamentario. Pero nada más que eso. De ahí que introducir, so pretexto de reglamentación, normas nuevas, preceptos que no se desprenden, conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos, más allá del contenido intrínseco de la ley, implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones, que constituye una clara violación de la voluntad legislativa, cuya vida se pretende asegurar. (*Anales* número 266).

«Por su parte la Corte Suprema de Justicia agrega: La potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritu de la ley. Aunque a primera vista resulta difícil precisar hasta dónde llega la facultad del legislador para que empiece la del reglamento, esa dificultad desaparece si se tiene en cuenta, conforme a nuestra legislación, los fines de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que es ejecutiva y administrativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu». *(Gaceta Judicial,* 1950).

Ahora bien, si se aplican las doctrinas y principios de que se acaba de hacer mérito y se confrontan los términos del Decreto número 807 de 1952, que sirve de fundamento a la resolución recurrida, con el texto del parágrafo 3º del artículo 4º de la Ley 100 de 1946, que ampara y define la situación jurídica del actor en esta ocurrencia, no se puede menos de llegar a la conclusión de que el Decreto reglamentario atrás transcrito, excede la facultad reglamentaria por cuanto crea una nueva norma, cual es la de que únicamente los profesionales allí determinados, con título universitario, que hagan vida conyugal y cuyos hijos legítimos dependan económicamente de ellos para efectos de sostenimiento y educación, y que presten sus servicios por tiempo completo, o sea durante las ocho horas diarias a que el mismo Decreto se refiere, sin perjuicio de la situación de disponibilidad que se exige a todo el personal de Oficiales de las Fuerzas Militares, tienen derecho al reconocimiento y pago de la prima de alojamiento y gastos escolares de que trata el parágrafo 3º del artículo 4º de la Ley 100 de 1946.

En estas condiciones, la Corporación considera que el Decreto 807 de 1952 no es aplicable al caso de autos porque el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 dispone que «Las órdenes y demás actos ejecutivos del Go-

bierno, expedidos en ejercicio de potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes, ni a doctrina legal más probable».

Por tanto la providencia apelada debe ser revocada en todas sus partes, y en su lugar procede decretar el reconocimiento impetrado, teniendo en cuenta que aparecen plenamente demostrados los siguientes hechos, aducidos por el peticionario como fundamento de sus pretensiones:

a) Que el peticionario Francisco Restrepo Ochoa optó al grado de doctor en Odontología en la correspondiente facultad de la Universidad de Antioquia el dia 17 de marzo de 1947 (folio 8);

b) Que contrajo matrimonio con la señora Georgina Girona, el 21 de octubre de 1950 (folio 9); y

c) Que sirvió a las Fuerzas Militares, como Odontólogo, en dos épocas: del 6 de diciembre de 1947 al 16 de mayo de 1948, y del 1º de agosto de 1948 hasta el 1º de septiembre de 1951, fecha en que fue aceptada la renuncia, previa continuidad de alta por el término de tres meses. Lo cual prolongó su retiro definitivo del servicio en el ramo de Guerra hasta el 1º de diciembre de 1951 (folio 6).

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA en todas sus partes la Resolución apelada de que se hizo mérito en la parte motiva de este fallo, y en su lugar,

RESUELVE:

Ordenar, como en efecto ordena, el reconocimiento y pago a favor del doctor Francisco Restrepo Ochoa y a cargo del Departamento de Control y Ejecución Presupuestal del Ministerio de Guerra, de la suma que le corresponde por concepto de prima mensual de alojamiento durante el lapso de trece (13) meses y once (11) dias, comprendidos entre el veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta, fecha en que contrajo matrimonio por el rito católico, con la señora Georgina Girona, y el primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, fecha de su retiro definitivo del servicio, lapso durante el cual prestó a las Fuerzas Militares sus servicios de Odontólogo, en su carácter de profesional titulado y casado.

Por el Ministerio de Guerra se hará la liquidación de la prestación reconocida, con sujeción a lo dispuesto por el parágrafo 3º del articulo 4º de la Ley 100 de 1946 y disposiciones concordantes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera.—Guillermo Novoa R., Secretario.

ELECTORAL

(Consejero ponente: doctor Eduardo Piñeros y Piñeros).

Consejo de Estado—Sala Plena—Bogotá mayo diez y nueve de mil novecientos cincuenta y tres.

Referencia: Expediente número 19.

Electoral. Unica instancia. Demanda de nulidad de la declaratoria de elección hecha por el honorable Senado de la República para elegir Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, verificada el día 11 de diciembre de 1952.

Demandante: Doctor Juan Uribe Cualla.

Oportunamente y con fecha 19 de diciembre del año próximo pasado, personalmente el doctor Juan Uribe Cualla, ciudadano colombiano, mayor de edad, vecino de esta ciudad y en ella domiciliado, abogado inscrito en esta corporación y con cédula de ciudadanía que fue exibida, y obrando en nombre propio, presentó ante la Secretaría del Consejo la demanda de la referencia, en la cual solicita se hagan las siguientes declaraciones:

«*Primera.* Que es nula la declaratoria de elección que el Senado de la República hizo en su sesión del día jueves 11 de diciembre de 1952 con respecto a los Diputados principales y suplentes a la Asamblea Nacional Constituyente, creada por el Acto Legislativo número 1º de 1952, expedido por el Congreso Nacional el día 4 de diciembre en curso y sancionado por el Gobierno el día 9 del propio mes, elección a que precedió la resolución adoptada por el mismo Senado de la República en su sesión del día martes 9 de diciembre de 1952, que al señalar la fecha para llevarla a cabo, determinó que "El Senado elegirá estos delegados por una sola votación, designando un principal y su respectivo suplente por cada Departamento", y se negó a realizarla por el sistema del cuociente electoral. Esta declaratoria de nulidad comprende tanto el acto preparatorio del Senado que determinó el sistema de la elección por simple mayoría numérica de votos, como la declaratoria de elección hecha por esa corporación con infracción del sistema del cuociente electoral, y comprende por lo mismo y afecta la totalidad de los Diputados principales y suplentes elegidos por el Senado de la República según la lista que sin inscripción previa resultó escrutada y que es la siguiente:

Antioquia.
Principal:
Francisco de Paula Pérez.
Suplente:
Anibal Vallejo Sánchez.

Atlántico.
Principal:
Evaristo Sourdis.
Suplente:
Eduardo Carbonell Insignares.

Bolivar.
Principal:
Eduardo Lemaitre Román.
Suplente:
Gregorio Espinosa.

Boyacá.
Principal:
José María Villarreal.
Suplente:
José María Nieto Rojas.

Cauca.
Principal:
Guillermo León Valencia.
Suplente:
Víctor Quintero.

Córdoba.
Principal:
José Gabriel de la Vega.
Suplente:
Luis Alfonso Lyons.

Cundinamarca.
Principal:
Alvaro Gómez Hurtado.
Suplente:
Mario García y García.

Caldas.
Principal:
Silvio Villegas.
Suplente:
José Jaramillo Montoya.

Chocó.
Principal:
Manuel Mosquera Garcés.
Suplente:
Saulo Sánchez C.

Huila.
Principal:
Luis Ignacio Andrade.
Suplente:
Florentino Martínez Coronado.

Magdalena.
Principal:
Antonio Escobar Camargo.
Suplente:
Lázaro Díaz Granados.

Nariño.
Principal:
José Elías del Hierro.
Suplente:
Efrén Osejo Peña.

Santander del Norte.
Principal:
Gustavo Canal.
Suplente:
Manuel Guzmán Prada.

Santander del Sur.
Principal:
Carlos Vesga Duarte.
Suplente:
Rafael Ortiz González.

Tolima.
Principal:
Angel Antonio Arciniegas.
Suplente:
Carlos Arturo Arango.

Valle.
Principal:
Guillermo Borrero Olano.
Suplente:
Jaime Zapata Ramírez.

«*Segunda.* Que en subsidio de la declaratoria de nulidad impetrada en la anterior solicitud, se declare que es nula la declaratoria de la elección hecha por el Senado de la República en su sesión del día jueves 11 del mes de diciembre de 1952 con respecto a los Diputados principales y suplentes a la Asamblea Nacional Constituyente, creada por el Acto legislativo número 1º de 1952, expedido por el Congreso el día 4 de diciembre en curso y sancionado por el Gobierno el día 9 del mismo mes, a que precedió la resolución adoptada por el mismo Senado de la Repú-

blica en su sesión del día martes 9 de diciembre de 1952, que al señalar la fecha para llevarla a cabo determinó que el Senado eligiera estos delegados por una sola votación, designando un principal y su respectivo suplente por cada Departamento, violó expresamente las reglas contenidas en el Decreto número 1037 de 1951, dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, especialmente las consignadas en el artículo 8º de ese Decreto en relación con sus artículos 3º, 6º y 7º, reglas que estaban en vigor cuando se señaló e hizo la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, por parte del Senado de la República. Esta declaración subsidiaria afecta la totalidad de los Diputados principales y suplentes elegidos por el Senado de la República, según la lista que sin inscripción previa resultó escrutada y que es la misma a mención dada en declaración primera.

«*Tercera.* Que entodo evento y sea cualquiera la decisión del Consejo de Estado en orden a las dos declaraciones anteriores de esta demanda, son nulas las elecciones hechas por el Senado de la República en la sesión del jueves 11 de diciembre de 1952, como Diputados principales a la Asamblea Nacional Constituyente creada por el Acto legislativo número 1º de 1952, y recaídas en los señores doctores Luis Ignacio Andrade, Ministro de Gobierno, por el Departamento del Huila; doctor José Gabriel de la Vega, Ministro de Justicia, por el Departamento de Córdoba, y doctor Manuel Mosquera Garcés, Ministro del Trabajo, por el Departamento del Chocó, por ser ellos inelegibles y tener impedimento para ser elegidos, en conformidad con la disposición del artículo 2º del Acto legislativo ya mencionado, y comoquiera que siendo miembros en ejercicio del Gabinete Ejecutivo a la fecha de la elección como Ministros de Estado en relación con el artículo 108 de la Constiución Nacional, y en consecuencia debe serles cancelada su credencial de Diputados principales a la nombrada Asamblea Nacional Constituyente».

Como hechos fundamentales el demandante expuso:

«1º) El Acto legislativo número 1º de 1952, expedido por el Congreso Nacional, convocó una Asamblea Nacional Constituyente y reguló su funcionamiento.

2º) Conforme el artículo 1º de ese Acto, al Senado de la República le correspondía elegir 16 Diputados principales y sus 16 respectivos suplentes personales, a razón de 1 por cada Departamento.

3º) Correspondía en consecuencia al Senado hacer una elección en que debía votarse por más de dos individuos.

4º) Tal elección debía hacerse por el sistema legal que regía en la República en la fecha en que ella se realizó de acuerdo con el artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910.

5º) La elección de los Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente por parte del Senado de la República, no obstante contraerse a más de dos individuos, no se hizo por el sistema del cuociente electoral, que es el que legalmente estaba en vigor, sino por el de simple mayoría.

6º) El Senado en su sesión del día martes 9 de diciembre pasado al señalar día para esa elección, resolvió hacerla por simple mayoría y se negó a realizarla por el sistema del cuociente electoral.

7º) La elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente se realizó por el Senado en la sesión del jueves 11 de di-

ciembre de 1952, con violación expresa de las normas constitucionales y legales, pues no se aplicó el cuociente electoral.

8º) En esa elección intervinieron 29 Senadores, sin que previamente se hubiera inscrito la lista respectiva de los candidatos principales y suplentes a elegir.

9º) En esa elección no se permitió a 13 Senadores consignar sus votos.

10º) En la misma elección se violaron las normas electorales consignadas en el Decreto ejecutivo número 1037 de 1951 (mayo 13), especialmente las consignadas en los artículos 5º, 6º y 7º, que eran aplicables a ella a mérito del mandato del artículo 8º del mismo Decreto.

11º) En esa elección se eligió por un solo partido la totalidad de los Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente cuya designación competía al Senado de la República, y se adjudicaron la totalidad de las curules, y no la mayoría de ellas.

12º) En esa elección fueron designados Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente por los Departamentos del Huila, Córdoba y Chocó, respectivamente, los Ministros de Gobierno, doctor Luis Ignacio Andrade; de Justicia, doctor José Gabriel de la Vega, y del Trabajo, doctor Manuel Mosquera Garcés, quienes ejercían esos cargos a la fecha de la elección.

13º) El artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1952 estableció que los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente debían reunir las mismas condiciones (sic) calidades que para ser Senador, y según el artículo 108 de la Constitución Nacional, los Ministros del Despacho no pueden ser elegidos Senadores como miembros del Congreso, sino seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

14º) En la elección de los nombrados Ministros del Despacho, que son Senadores titulares en el actual período constitucional, actuaron los siguientes numéricos, que los han reemplazado en el ejercicio de sus funciones senatoriales, por estar formando parte del Gabinete ministerial, los señores Florentino Ramírez Coronado, Senador suplente del Huila, Luis Alfonso Lyons, Senador suplente de Bolívar, y Saulo Sánchez C., quienes a su vez se autoeligieron como Diputados suplentes a la Asamblea Nacional Constituyente por el Huila, Córdoba y Chocó, respectivamente.

15º) En la elección de los Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente actuaron 29 Senadores, que uniformemente votaron por la plancha escrutada sin previa inscripción, en la que figuran entre los elegidos, 9 Senadores votantes como principales, que son los señores Francisco de Paula Pérez, Eduardo Lemaitre Román, Alvaro Gómez Hurtado, Silvio Villegas, Antonio Escobar Camargo, José Elías del Hierro, Carlos Vesga Duarte, Angel Antonio Arciniegas y Guillermo Borrero Olano; y seis Diputados suplentes que lo son los señores José María Nieto Rojas, Luis Alfonso Lyons, Saulo Sánchez, Florentino Ramírez Coronado, Rafael Ortiz González y Jaime Zapata Ramírez.

16º) En esa misma elección aparecen elegidos como Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente los Senadores titulares que no estaban concurriendo a las sesiones ordinarias del Senado de 1952, señores Evaristo Sourdis, José María Villarreal, José Gabriel de la Vega, Manuel Mosquera Garcés, Luis Ignacio Andrade, y recibieron votos de sus suplentes numéricos, señores Alfredo Carbonell, José María Nieto Rojas, Luis Alfonso Lyons, Saulo Sánchez y Florentino Ramírez Coronado».

En cuanto a las disposiciones violadas se expresa así el actor:

«Señalo como disposiciones violadas en la elección que acuso, declaración primera, del artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910 y sus disposiciones constitucionales concordantes, la Ley electoral vigente que consagró el sistema del cuociente electoral, y el artículo 277 del Reglamento del Senado de la República, que tiene fuerza de ley por mandato de la Ley 7ª de 1945.

Indico como disposiciones violadas, declaración segunda de la demanda, el artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910 y sus disposiciones constitucionales concordantes, el Decreto número 1037 de 1951 (mayo 15), especialmente en su artículo 8º en relación con los artículos 5º, 6º y 7º del mismo Decreto y en el citado artículo 277 del Reglamento del Senado de la República que tiene fuerza de ley por mandato de la Ley 7ª de 1945.

Aduzco como disposiciones violadas, declaración tercera de la demanda, el artículo 2º del Acto legislativo número 1º de 1952, y el artículo 108 de la Constitución Nacional y demás disposiciones constitucionales concordantes».

La competencia del Consejo para conocer de esta acción la deduce el demandante del artículo 189 de la Ley 164 (sic) de 1941 y sus concordantes.

La acción que ejercita en la declaración tercera tiene su apoyo en el artículo 202 de la misma ley.

El concepto de violación de las disposiciones está expuesto tanto en la parte petitoria como en los hechos de la demanda.

Por auto de 12 de enero pasado se admitió la demanda y se dispuso:

1º) Fijar el negocio en lista por cinco días;

2º) Durante el término de fijación en lista pueden solicitarse pruebas, ya que el actor en el libelo así lo pidió;

3º) Notificar al señor Agente del Ministerio Público.

En memorial presentado el 22 de enero, el doctor Juan Uribe Cualla pidió se tuvieran y practicaran las siguientes pruebas:

«a) Que se tengan como pruebas los ejemplares autenticados de los *Anales del Congreso* que se adjuntaron al libelo.

«b) Que se libre despacho a la Secretaría General de la Presidencia de la República a fin de que remita copia de los Decretos ejecutivos por los cuales fueron nombrados Ministros del Despacho de las Carteras de Gobierno, Justicia y Trabajo, los doctores Luis Ignacio Andrade, José Gabriel de la Vega y Manuel Mosquera Garcés, respectivamente; y copia del acta de posesión de los mismos Ministros, ante el Excelentísimo señor Designado Encargado de la Presidencia. A tales copias debe agregarse la certificación de que los doctores Andrade, De la Vega y Mosquera Garcés, ejercían los Ministerios a su cargo el día 11 de diciembre de 1952, y los están ejerciendo aún hoy 22 de enero de 1953.

«c) Que se practique una inspección ocular en el archivo del Senado de la República, sobre las boletas que se consignaron en la elección que de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente hizo aquella corporación, por parte de los Senadores que a ella asistieron, con el fin de tomar nota de que los 29 votos que en ella se escrutaron fueron uniformemente dados por la lista de principales y suplentes que se escrutó y fue declarada electa. Se observará además qué Senadores firmaron su voto en tal elec-

ción y las demás circunstancias que fueren pertinentes a solicitud del suscrito demandante o a petición del Fiscal o decisión del honorable señor Consejero ponente.

«e) Que se libre exhorto a los Senadores doctores Francisco de Paula Pérez, Eduardo Lemaitre Román, Alvaro Gómez Hurtado, Silvio Villegas, Antonio Escobar Camargo, José Elias del Hierro, Carlos Vesga Duarte, Angel Antonio Arciniegas y Guillermo Borrero Olano, para que certifiquen que en la elección hecha por el Senado de la República el día 11 de diciembre de 1952, de Diputados a la Asamblea Constituyente, consignaron su voto en ella, incluyendo sus propios nombres como Diputados Principales por los Departamentos de Antioquia, Bolívar, Cundinamarca, Caldas, Magdalena, Nariño, Tolima y Valle, respectivamente.

«f) Que se libre exhorto a los Senadores José María Nieto Rojas, Luis Alfonso Lyons, Saulo Sánchez, Florentino Ramírez Coronado, Rafael Ortiz González y Jaime Zapata Ramírez, para que certifiquen que en la elección hecha por el Senado de la República el día 11 de diciembre de 1952, de Diputados a la Asamblea Constituyente, consignaron su voto en ella, incluyendo sus propios nombres como Diputados suplentes por los Departamentos de Boyacá, Córdoba, Chocó, Huila, Santander del Sur y Valle, respectivamente.

«g) Que se libre exhorto a los Senadores Alfredo Carbonell, Florentino Ramírez Coronado, Luis Alfonso Lyons y Saulo Sánchez para que certifiquen que en la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente hecha por el Senado de la República en la sesión del día 11 de diciembre de 1952, consignaron su voto para principales por los Departamentos del Atlántico, Huila, Córdoba y Chocó, por los doctores Evaristo Sourdis, Luis Ignacio Andrade, José Gabriel de la Vega y Manuel Mosquera Garcés, Senadores principales por los mismos Departamentos y que los exhortados han reemplazado en el Senado como suplentes numéricos por los mismos Departamentos en las sesiones ordinarias del Congreso de 1952.

«h) Que se libre despacho al señor Secretario del Senado para que envíe copia oficial y autenticada de la lista de los Senadores principales y suplentes en el período constitucional de 1951 a 1952, con la certificación de quienes ocuparon sus curules en las sesiones ordinarias del Congreso de 1952, de los que intervinieron con sus votos en la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente en la sesión del día jueves 11 de diciembre de 1952, y de los que no intervinieron en ella. El mismo Secretario del Senado debe enviar un ejemplar autenticado del Reglamento del Senado de la República para su régimen interno editado en la Imprenta Nacional en el año de 1952».

El memorial fue pasado al despacho del Consejero sustanciador el 30 del mismo mes, y en auto de esa fecha se ordenó:

«1) Ténganse como pruebas para ser apreciadas en la sentencia los documentos citados en el ordinal a);

«2) Decrétase la práctica de la inspección ocular solicitada en el ordinal c) del memorial de pruebas.

Señálase la hora de las 10 a. m. del día viernes 6 de febrero próximo para llevar a efecto tal diligencia en el archivo del Senado de la República.

Nómbranse como testigos actuarios a los doctores *José J. Gómez* y *Rafael Ruiz Manrique;*

«3) Líbrese despacho a la Secretaría General de la Presidencia de la República y a la Secretaría del honorable Senado, a fin

de que se envíen al Consejo las copias pedidas en los ordinales b) y h);

«4) Líbrense los exhortos correspondientes a fin de allegar las certificaciones solicitadas en los ordinales e), f) y g) del memorial de pruebas.

«Insértese lo necesario.

«Término probatorio, veinte días».

En memorial de 11 de febrero el actor solicitó:

«En auto de 30 de enero último se señaló la hora de las 10 a. m. del día 6 de febrero para llevar a término la diligencia de inspección ocular que solicité como probanza de mi parte y designó como testigos actuarios para intervenir en ella a los doctores *José J. Gómez* y *Rafael Ruiz Manrique.*

Esta diligencia no pudo llevarse a término por la circunstancia de que el último de los testigos mencionados, doctor *Ruiz Manrique,* desempeña la Magistratura de la Corte Suprema de Justicia en una de sus Salas de Casación Civil.

En razón de lo expuesto pido se designe un nuevo testigo actuario y se señale nuevo día y hora para la celebración de la nombrada diligencia de inspección ocular.

También solicito que el exhorto que se ordenó librar al Senador *Alvaro Gómez Hurtado* se haga llegar a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Italia (Roma), que actualmente aquél desempeña, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, para su debido diligenciamiento».

En auto de 12 de febrero siguiente por el Consejero sustanciador se dijo:

«Señálase las diez de la mañana del día miércoles 18 de febrero próximo para llevar a cabo la práctica de la diligencia de inspección ocular decretada en auto de 30 de enero pasado.

Como efectivamente el doctor Rafael Ruiz Manrique desempeña el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia desde el 6 de los corrientes, según lo comprobó personalmente el suscrito, designase en su reemplazo como testigo actuario para la citada diligencia de inspección ocular al doctor *Manuel Barrera Parra.*

El exhorto que se ordenó librar al Senador *Alvaro Gómez Hurtado* deberá hacerse llegar a la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Italia, en donde se halla actualmente el doctor Gómez Hurtado, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores».

Con fecha 19 de febrero del corriente año el señor Secretario del Consejo informó: «que la inspección ocular decretada por medio del auto anterior no se llevó a efecto porque el auto no se notificó oportunamente».

En auto de 19 de los mismos se dispuso:

«Por no haberse efectuado la diligencia de inspección ocular ordenada en el presente juicio, a virtud de la razón expuesta por el señor Secretario en el informe precedente, se señala la hora de las 10 de la mañana del 27 de los corrientes para que tenga lugar la expresada diligencia».

La inspección ocular se practicó en la fecha últimamente señalada y, asimismo, se practicaron las pruebas esenciales solicitadas.

Dentro del término señalado en auto de 3 de marzo próximo pasado, el demandante no alegó de bien probado, ni en derecho.

Pasado el negocio al señor Agente del Ministerio Público para concepto de fondo, el señor Fiscal Primero de la Corporación, doctor Justo

Franco, con fecha 18 de marzo y dentro del término legal, en lo pertinente se expresó así:

«La Fiscalía Primera del Consejo de Estado procede a rendir concepto de fondo en el presente juicio, previas las consideraciones que a continuación se expresan.

LA DEMANDA

El doctor Juan Uribe Cualla, en su propio nombre y dentro del término señalado por el artículo 209 del Código Contencioso Administrativo, inició ante el honorable Consejo de Estado un juicio electoral de única instancia, encaminado a que esta Corporación haga las siguientes declaraciones: ... (Se omite la transcripción de las declaraciones solicitadas por haberse transcrito anteriormente así como la relación de los hechos fundamento de la acción) ...

PRUEBAS

A la demanda fueron acompañados los siguientes documentos: los números 42 y 44 de los *Anales del Congreso*, correspondientes a los días 10 y 12 de diciembre de 1952, en los cuales aparecen publicadas las actas de las sesiones de los días martes 9 y jueves 11 del mismo mes y año, del Senado de la República; en el primero de esos días señaló el Senado fecha para la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, y el día 11 se realizó tal elección.

Dentro del término de pruebas del juicio no se produjeron exactamente todas las pedidas, pero sí las fundamentales, a saber:

Se obtuvo un ejemplar autenticado del Reglamento del Senado de la República; la certificación del Secretario Principal del Senado sobre los nombres de los ciudadanos que integran la Corporación en el período constitucional de 1951 a 1952, principales y suplentes, con inclusión, además, de la lista de los Senadores que ocuparon curules en la legislatura de 1952; la lista de quienes votaron en la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constutyente en la sesión del 11 de diciembre de 1952, y la lista de quienes en esa misma fecha no votaron por estar ausentes del recinto, así como la nómina de ciudadanos que resultaron elegidos para la Magna Asamblea; copia de los decretos por medio de los cuales el señor Presidente de la República designó algunos de los Ministros de su actual Gabinete, y copia de las actas de posesión de los mismos; certificación del Secretario General de la Presidencia de la República en que consta que los doctores Luis Ignacio Andrade, José Gabriel de la Vega y Manuel Mosquera Garcés, elegidos Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, ejercían el cargo de Ministros del Despacho el día 11 de diciembre de 1952, y, finalmente, aparece en el cuaderno de pruebas del actor el acta original de la inspección ocular que practicó el honorable Consejo de Estado en los archivos del Senado de la República, a solicitud del doctor Uribe Cualla, el 27 de febrero del año en curso, diligencia de capital importancia en este juicio y a la cual se hará detenida alusión más adelante».

CONSIDERACIONES DE LA FISCALIA

Al estudiar la demanda, relacionando los hechos con las disposiciones que se señalan como violadas, se concluye que los car-

gos contra la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, realizada por el Senado de la República el 11 de diciembre de 1952, pueden reducirse a cinco, y enunciarse así:

Primer cargo. Que la mencionada elección ha debido hacerse de conformidad con el sistema electoral vigente a la fecha en que ella se realizó, en obedecimiento al mandato del "artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910"; por tanto, era imperativo aplicar el sistema del cuociente electoral. El Senado resolvió elegir los Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente por simple mayoría, con violación de la Carta Fundamental y de la ley.

Segundo cargo. La elección se hizo sin previa inscripción de listas, y en ella intervinieron solamente veintinueve (29) Senadores, impidiéndosele consignar sus votos a trece (13) miembros de la Corporación.

Tercer cargo. De conformidad con los artículos 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto ejecutivo número 1037 de 1951, no se podía adjudicar la totalidad de las curules de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente a un solo partido político, sino la mayoría de ella; de modo que habiendo el Senado de la República procedido en forma contraria a las normas citadas, las violó ostensiblemente.

Cuarto cargo. En la elección demandada fueron elegidos Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente tres (3) Ministros del Despacho Ejecutivo en ejercicio de sus funciones, lo cual no debía hacerse en manera alguna, por cuanto el Acto legislativo número 1 de 1952 exigió para los Diputados a dicha Asamblea las mismas calidades que son necesarias para ser elegido Senador de la República, y según el artículo 108 de la Carta Fundamental los Ministros del Despacho no pueden ser elegidos Senadores sino después de seis meses de haber hecho dejación de sus cargos.

Quinto cargo. En la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, en la cual sólo participaron veintinueve (29) Senadores y no hubo previa inscripción de listas, resultaron elegidos, ya como principales, ya como suplentes, algunos de los mismos Senadores principales y suplentes que asistieron a la sesión, esto es, se autoeligieron nueve (9) Senadores principales y seis (6) suplentes. Igualmente resultaron elegidos varios Senadores titulares que no estaban concurriendo a las sesiones ordinarias de 1952, por los suplentes que en ellas estaban reemplazándolos.

La Fiscalía se referirá en seguida a cada uno de los cargos puntualizados.

1º Debe anotarse, ante todo, que la cita del actor parece equivocada, porque el artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910 fue sustituído por el artículo 77 del Acto legislativo número 1 de 1945, y actualmente es el artículo 172 de la Codificación Constitucional compilada por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado; el texto de esta disposición, visible a folios 59 y 60 de la edición oficial de 1945, expresa:

"Cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho. (Artículo 77 del Acto legislativo número 1 de 1945)".

La norma transcrita es de una claridad no sólo meridiana sino extraordinaria. Su espíritu no es otro que el de asegurar "la representación proporcional de los partidos", esto es, proteger el derecho de los partidos de minoría a tener representantes suyos

en los cuerpos colegiados de acuerdo con la importancia numérica de sus afiliados, "de sus efectivos electorales", como suele decirse en el peculiar lenguaje en estas materias. Pero se entiende que la aplicación del mandato está sujeta a la circunstancia de hecho de que a una elección popular, o a la realizada en el seno de una corporación pública, y cuando se vote por más de dos individuos, concurra asimismo más de un partido político. Porque cuando concurre solamente *un partido,* la disposición es inaplicable por sustracción de materia; no puede entonces hablarse de *representación proporcional de los partidos.*

Ahora bien: la disposición no ordena que se adopte como sistema exclusivo el del cuociente electoral, en el evento de presentarse la concurrencia a una elección de varios partidos políticos, porque el texto agrega: "... u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos". En otros términos: el sistema del cuociente, para casos como el que se examina, viene a ser facultativo y no obligatorio; lo realmente importante, lo que ordenan la Constitución y la ley, es que los partidos minoritarios no sean privados de la representación que pueda corresponderles.

Casi sobra decir que en la elección demandada no concurrió sino *un solo partido político,* el conservador, y entonces, no era imperativo que se aplicara el sistema del cuociente, considerado como el más perfecto para dar representación a las minorias *de otros partidos.* Se podía emplear para la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente que se realizó el 11 de diciembre de 1952 en el Senado de la República, cualquier sistema electoral que hiciera factible la elección.

Por tanto este cargo no está llamado a prosperar.

2º Es evidente que en la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente realizada por el honorable Senado de la República en la fecha mencionada, no hubo inscripción previa de listas. Sucedió que los veintinueve (29) Senadores presentes en la sesión consignaron sus votos únicamente por los mismos nombres de principales y suplentes, lo cual significa en el fondo que votaron por una sola lista, sin oposición alguna, sin que solicitaran la inscripción de otras listas y sin que se impidiera a nadie participar en la elección, porque esto no se halla demostrado en los autos. La verdad procesal es que en el momento de la elección dejaron de concurrir trece (13) Senadores del *mismo partido* de los votantes, quienes obraron sin discrepancia alguna. No hay la menor constancia de que los trece (13) Senadores que se ausentaron del recinto del Senado en el momento de la elección hubieran reclamado del escrutinio de votos o de la declaratoria de elección de los ciudadanos favorecidos con los votos escrutados. En el acta de inspección ocular practicada por el honorable Consejo de Estado, de que atrás se hizo mención, se lee:

«Acto seguido el Secretario General del Senado de la República puso de presente al personal de la diligencia un sobre en el cual está escrita la siguiente leyenda: "Diciembre 11 de 1952. Papeletas de la elección de miembros para la Asamblea Constituyente". Se leyó la parte pertinente del memorial de pruebas que obra al folio 11 del cuaderno principal. Abierto el sobre que dice contener las papeletas en mención, se constató lo siguiente: "Colombia.—*Senado de la República.*—Secretaría.—Bogotá, —Un ejemplar de las papeletas está en poder del doctor Fidalgo Hermida, quien lo tomó para hacer la copia para el acta—. (Firmado) iniciales LSM". Las veintiocho papeletas son todas iguales y cada una de ellas es del siguiente tenor: "Para

Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, uno por cada Departamento". En seguida se expresa el nombre de cada uno de los diez y seis departamentos y frente a ellos las designaciones de principales y suplentes. El señor Fiscal solicitó que se confrontaran las expresadas papeletas a fin de verificar si todas tienen las mismas características y los mismos nombres de principales y suplentes, como efectivamente se confrontó. Resultando que los veintiocho votos que fueron examinados fueron uniformemente dados por la lista de principales y suplentes que se escrutó y que fue declarada electa según el acta de la sesión del honorable Senado de la República del jueves 11 de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos y que en ejemplar debidamente autenticado obra en el expediente (cuaderno principal). De las papeletas confrontadas las siguientes aparecen firmadas: "*Fafael Ortiz González, Bernardo González Bernal, Miguel Jiménez López, Gerardo Jurado, Angel Antonio Arciniegas, Hernando Navia Varón, Oscar Vergel Pacheco, Jaime Zapata Ramirez, F. Ramírez Coronado, Julio Martin Acevedo Diaz, Alfredo Carbonell, José Elías del Hierro, Antonio Escobar Camargo, Silvio Villegas, José María Nieto Rojas, Carlos Vesga Duarte, Guillermo Borrero Olano, Joaquin Estrada Monsalve, Carlos Antonio Lis, Luis Alfonso Lyons, Eduardo Lemaitre Román, José de J. Navarra, Alvaro Gómez Hurtado, Saulo Sánchez Córdoba, Abel Ramírez H., José Roberto Vásquez, Luis Eduardo Romero y Francisco de Paula Pérez*". El doctor *Alcides Zuluaga Gómez*, Secretario General del honorable Senado de la República, deja la siguiente constancia: "La papeleta faltante contiene el voto del doctor *Jorge Cavelier* y por él está firmada. Es la misma que sirvió de base al doctor Joaquín Fidalgo Hermida, Secretario Auxiliar del honorable Senado, para la confección del acta de la sesión en que fueron elegidos los Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente. Asimismo hago constar que en la referida acta no se dice que haya sido inscrita alguna lista de candidatos a la Constituyente, porque en efecto no hubo tal inscripción. Los honorables Senadores procedieron a la votación entregando cada uno una papeleta firmada en la forma que queda relacionada anteriormente". No siendo más el objeto de la presente diligencia, se firma por los que en ella intervinieron, en la Secretaría General del honorable Senado de la República, en la fecha dicha. El Consejero ponente (fdo.), *Eduardo Piñeros y Piñeros*. Los testigos actuarios (fdos.), *José J. Gómez, Manuel Barrera Parra*. El Fiscal 1º del Consejo de Estado (fdo.), *Justo Franco V.* El demandante (fdo.), *Juan Uribe Cualla*. El Secretario General del honorable Senado de la República (fdo.), *Alcides Zuluaga Gómez*. El Secretario ad-hoc del Consejo de Estado (fdo.), *Luis Eudoro Alfonso Bernal*».

La elección se realizó el once de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos, previo señalamiento del día mediante proposición aprobada en la sesión del día martes nueve (9) del mismo mes y año, según consta en el acta publicada en los *Anales del Congreso* del miércoles 10 de diciembre de 1952, ejemplar autenticado que se acompañó a la demanda. En el momento de la elección había en el recinto del honorable Senado el quórum reglamentario, y la elección se hizo por mayoría absoluta de votos.

Se concluye de lo anterior que tampoco este cargo puede prosperar.

3º En sentir de la Fiscalía, la fuerza aparente de este tercer cargo se desvanece si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

El Decreto legislativo 1037 de 1951 fue expedido para regular especialmente las elecciones populares realizadas el 16 de septiembre de 1951, en las cuales se eligieron Senadores y Representantes al Congreso Nacional; quiso el Gobierno con este Decreto, en vista de la abstención decretada por el partido liberal, con un alto gesto de austeridad republicana, evitar que la totalidad de las curules fueran llenadas por el único partido concurrente a los comicios, o sea, el partido conservador. En cambio el Acto legislativo de 1952 —posterior al Decreto 1037 mencionado— fue dictado por el Congreso para determinar la composición de la Asamblea Nacional Constituyente encargada de la reforma de la Carta Fundamental, próxima a cumplirse, y en ese acto aparecen ya normas distintas encaminadas a darle a la reforma un carácter estrictamente nacional, asegurando la representación del partido liberal, ausente por su propia voluntad de las Cámaras legislativas y que por consiguiente no podía participar en la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente que esas corporaciones hicieran. De ahí que se dispusiera que los ex-Presidentes de la República, liberales y conservadores, formarían parte de la histórica Asamblea; que los seis miembros designados por el señor Presidente de la República pertenecieran por mitad a los dos partidos tradicionales; que igualmente lo fueran los elegidos por la Corte Electoral, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. A los Diputados por los gremios y las universidades no se les quiso asignar carácter político, dada la naturaleza intrínseca de esas agrupaciones, pero a la postre, podían los elegidos por ellas pertenecer a uno u otro partido político.

De donde resulta el espíritu totalmente distinto que inspiró la expedición del Decreto legislativo número 1037 de 1951, por parte del Gobierno, y la del Acto legislativo número 1 de 1952, por parte del Congreso: Con el Decreto del Ejecutivo, como ya se anotó, se quiso evitar que el conservatismo ocupara las curules que de haber concurrido el partido liberal a las elecciones populares de septiembre de 1951, le hubieran correspondido; con el acto legislativo número 1 de 1952, y por lo que respecta a la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente que debía realizar el Congreso, procuró éste la elección de uno (1) por cada Departamento elegido por el Senado de la República y por la Cámara de Representantes, y así se cumplió en la elección demandada que hizo el honorable Senado de la República, y en la elección que a su vez efectuó la Cámara de Representantes. Cosa distinta hubiera sido si el Acto legislativo número 1 de 1952 dispone que se eligieran determinado número de Diputados liberales y conservadores a la Asamblea Nacional Constituyente, por cada Departamento, pues en este evento, coordinando dicho Acto legislativo con el Decreto 1037 de 1951, acaso hubieran sido aplicables las normas de este último estatuto.

Como se ve, este cargo tampoco tiene validez jurídica, en sentir de la Fiscalía.

4º El artículo 2º del Acto legislativo número 1 de 1952 dice a la letra:

"Los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente deben reunir las mismas calidades que para ser Senador, sesionarán al menos seis horas diarias, salvo los días de vacancia civil o religiosa y durante un lapso que no excederá de cuatro meses, el que podrá prorrogarse, en caso necesario y con fundadas razones, por el Excelentísimo señor Presidente de la República. Devengarán los mismos emolumentos que los miembros del Congreso durante sus sesiones".

El artículo 108 de la Constitución estatuye en su primer inciso:

"El Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Consejeros de Estado, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, los Jefes de los Departamentos Administrativos, los Gobernadores y los Secretarios de la Gobernación, no podrán ser elegidos miembros del Congreso sino seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones".

Según ya se anotó en el capítulo de las pruebas, en la elección objeto de la demanda que se estudia resultaron elegidos como miembros de la Asamblea Nacional Constituyente tres (3) Ministros del Despacho Ejecutivo en ejercicio de sus cargos al tiempo de la elección, por lo cual estima el demandante que ésta es nula, por violación de las normas que se acaban de transcribir.

Pero también en el estudio de este otro cargo encuentra la Fiscalía que el punto controvertido es excepcionalmente claro, si se examinan con alguna detención los textos que se pretenden haber sido violados.

El actor en el hecho 1º de la demanda dice textualmente: "El Acto legislativo número 1 de 1952, expedido por el Congreso Nacional, convocó una Asamblea Nacional Constituyente y reguló su funcionamiento". Admite pues el distinguido demandante que se trata de normas especialisimas, totalmente distintas a las que regulan la composición y funcionamiento del Congreso Nacional. De consiguiente, el texto de sus disposiciones debe tomarse en su sentido obvio, ateniéndose a lo que expresamente ordena y nada más.

El artículo 2º del Acto legislativo número 1 de 1952 exige que los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente *"deben reunir las mismas calidades que para ser Senador"*; en cambio el artículo 108 de la Constitución establece una *incompatibilidad*, que es cosa distinta, para que ciertos altos funcionarios del Gobierno puedan ser elegidos como miembros del Congreso, es decir, el legislador de 1952 no encontró obstáculo para que formaran parte de la Asamblea Nacional Constituyente esos altos funcionarios que no pueden ser elegidos miembros del Congreso sino después de seis (6) meses de haber cesado en el ejercicio de sus cargos; distinto es que moralmente los Ministros del Despacho o los demás funcionarios que enumera el artículo 108 de la Constitución estén imposibilitados para el ejercicio simultáneo de su cargos respectivos y de miembros de la Asamblea Nacional Constituyente.

Y que *incompatibilidad* es cosa distinta de *calidad* lo da a entender la misma Carta Fundamental, que habla de esas dos nociones en artículos distintos; de la primera habla en el artículo 108 transcrito, y de calidad de los miembros del Congreso habla en los artículos 94, por lo que respecta a los Senadores, y 100, en cuanto se refiere a los Representantes. De conformidad con la primera norma, "Para ser Senador se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano no suspenso, tener más de treinta años de edad, etc..." Para ser Representante se requiere: "... Ser ciudadano en ejercicio, no haber sido condenado por delito que merezca pena corporal, y tener más de veinticinco años de edad".

Es por lo demás muy ilustrativo y elemental recordar que el Diccionario de la Real Academia trae las siguientes definiciones:

"Calidad. (Del lat. *qualitas, -atis)* —2—. Lo que constituye el estado de una persona, su naturaleza, su edad y demás circunstancias y condiciones que se requieren para entrar en un cargo o jerarquía".

"*Incompatibilidad.* Repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra".

El Constituyente autor del articulo 108 de la Carta encontró *incompatible*, halló repugnancia, en que el Presidente de la República, un Ministro del Despacho, un Magistrado, un Consejero de Estado, el Contralor General, el Procurador General de la Nación, un Gobernador, un Secretario de la Gobernación, un Jefe de Sección Administrativa, fueran elegidos popularmente miembros del Congreso durante el ejercicio de sus cargos o dentro de los seis (6) meses siguientes a la cesación de sus funciones, dadas la naturaleza de esos mismos cargos, de una parte, y las funciones del Congreso, de otra, porque es de suponer que posiciones gubernativas o de carácter jurisdiccional tan preeminentes pueden muy bien ejercer influencia decisiva en el ánimo de los electores y colocar a los demás candidatos en condiciones de inferioridad para ser elegidos, y porque el Congreso va a estudiar y examinar cuestiones administrativas, actos de gobiernos inmediatos, y resolver problemas públicos de actual ocurrencia.

Pero el legislador de 1952 no juzgó que esos altos funcionarios pudieran estar impedidos para formar parte de la Asamblea Nacional Constituyente, porque las funciones de este Cuerpo no son las de examinar problemas actuales de gobierno, actos concretos de administración pública, sino las de legislar por lo alto dictando reglas generales, normas fundamentales de organización jurídica del país, que no descienden a los casos particulares; antes bien, los altos funcionarios de la Administración en todas las Ramás del Poder Público, pueden en una Asamblea Constituyente aportar las luces de su experiencia y versación en los negocios del Estado.

De ahí que el Acto legislativo número 1 de 1952 no hablara de incompatibilidad sino de *calidades* de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, esto es, "Lo que constituye el estado de una persona, su naturaleza, su edad, y demás circunstancias y condiciones que se requieren para entrar en un cargo o jerarquía", según el decir de la Academia.

Parece que lo dicho basta para concluir que este otro cargo no puede prosperar.

5º Salta a la vista que este último y quinto cargo no tiene base legal alguna, por cuanto que no existe disposición que prohiba a los Senadores votar por sus colegas ausentes o presentes, o por si mismos, para formar parte de una corporación pública como la Asamblea Nacional Constituyente, ni el Acto legislativo número 1 de 1952 establece al respecto incompatibilidades. Por lo demás, el articulo 279 del Reglamento del Senado de la República, al decir que "ningún Senador podrá votar por otro..." se refiere a que ningún Senador podrá dar su voto en representación de otro, como sucede, por ejemplo, en una asamblea de accionistas de una sociedad comercial.

Es de suponer que este quinto cargo fue formulado más bien como una simple constancia o critica del demandante, pues desde el punto de vista juridico actos de tal naturaleza no constituyen motivos de nulidad y acaso no resulte pertinente plantearlos en un debate estrictamente legal. Se trata aqui solamente de estudiar si la elección acusada transgredió normas positivas sin entrar a analizar la razón intima que pudieran haber tenido los electores para consignar sus votos, ni escudriñar el significado de éstos.

CONCLUSION

"De todo lo anterior se concluye que en la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, realizada por el Senado de la República el dia 11 de diciembre de 1952, no hubo violación de normas sustantivas ni reglamentarias y que por consiguiente las solicitudes de la demanda de que se ha hecho mérito DEBEN NEGARSE».

Con fecha 23 de marzo último se pidió informe al señor Secretario sobre si había en curso otras demandas que debieran ser falladas en una sola sentencia, conforme al artículo 229 del Código de lo Contencioso Administrativo, y el estado en que se encontraran.

Con fecha 24 de marzo, el señor Secretario informó «que en la actualidad no existen otros juicios de la misma naturaleza del presente que deban ser fallados en una misma sentencia. Existe sí un juicio de que es actor el doctor *Juan Uribe Cualla* contra la elección de Delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente hecha por la honorable Cámara de Representantes».

Como según el informe anterior los juicios que cursan en el Consejo se refieren a elecciones verificadas por entidades públicas diferentes como lo son el honorable Senado de la República y la honorable Cámara de Representantes, que debian ser tramitados por cuenta separada y fallados en diversas sentencias y no en una sola, se citó a las partes para recibir sentencia en el presente negocio por auto de fecha 24 de marzo último, el cual se halla ejecutoriado.

Debe, en consecuencia, dictarse el fallo correspondiente, que le ponga fin al presente negocio, ya que está puntualmente cumplida su tramitación, y no se observa causal de nulidad que invalide el procedimiento.

Para ello se hacen las siguientes *Consideraciones del Consejo:*

I.—ANTECEDENTES.

El artículo 218 de la Constitución Nacional establece que «ella sólo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el Gobierno para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido y aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada Cámara...»

Al instalarse las sesiones del Congreso de 1951, el Excelentísimo señor Presidente de la República, doctor Laureano Gómez, envió al Parlamento un mensaje en que se analizan los últimos acontecimientos de la vida colombiana y se recaba la necesidad de emprender una reforma de las instituciones nacionales sobre los lineamientos generales que en el mismo mensaje se esbozan.

Concretamente sobre el punto de vista del procedimiento para la reforma de la Constitución, el Excelentísimo doctor Gómez se expresa así:

«El Gobierno os propone, señores Congresistas, la convocatoria de una Asamblea Constituyente que revitalice el contenido doctrinario de la Carta, que dé actualidad a sus preceptos, que elimine las incoherencias funcionales reveladas por el uso, y que adopte jubilosamente, anticipándose a todos los presagios, las innovaciones características destinadas a imprimir la fisonomía propia de esta nueva época de la historia colombiana.

Esta Constituyente debe ser excelsa por la selección de sus miembros, ecuánime por la mesura de sus disposiciones, eficaz por la agilidad de sus deliberaciones. En ella todos los colombianos deben encontrar su representación genuina, libre del rigorismo artificial que exigen los partidos, *por encima de los sistemas de proporcionalidad a los que el hombre contemporáneo se empeña en subordinar sus actuaciones públicas.*

Los procedimientos deben ser siempre dignos de los objetivos. Con razón se ha dicho que las formas constitucionales, cuando entrañan variaciones considerables del texto de la Carta, suelen ser impropiamente estudiadas por el Congreso, por ser éste un Cuerpo numeroso preocupado por muy diversos objetivos y cuyos reglamentos imponen sistemas de discusión lentos e inarticulados. Un mismo principio constitucional ha de ser discutido y aprobado ocho o más veces por gentes que simultáneamente tienen a su cuidado la tarea legislativa y *llevan una representación política.* La indispensable coherencia de toda reforma constitucional resulta imposible obtener en un proceso tan dilatado e impropio.

Y si, además, se pretende instaurar las bases para una nueva y duradera normalidad, ¿por qué evitar los procedimientos extraordinarios que precisamente servian para señalar al pueblo la importancia de aquello que se pretende alcanzar?

Y por añadidura el Gobierno estima que, en los actuales momentos, conviene a la tranquilidad pública la participación de todos los partidos en la discusión de estos graves problemas del Estado, y que la Constituyente brinda la ocasión de invitar al adversario para que patrióticamente colabore en una misión que sólo busca garantizar a los colombianos un futuro de paz y de progreso. Como todos vosotros comprendéis, una reforma constitucional realizada no podria satisfacer este sincero y cordial propósito de la actual Administración.

La convocatoria de una Constituyente mediante un acto legislativo es procedimiento extraordinario que no rompe la continuidad jurídica de la Nación, y que tiene antecedentes en nuestra historia constitucional...

En toda organización republicana son indispensables los partidos politicos y la consulta periódica de la opinión pública. Pero no todo en la vida civil puede caer bajo la acción de la politica o del criterio de partido».

El Congreso atendió la iniciativa del Excelentisimo señor Presidente Titular, y fue así como las Cámaras la acogieron, procediendo a elaborar los correspondientes proyectos, de los cuales los más interesantes fueron los propuestos por los honorables Senadores Juan Uribe Cualla y Jesús Maria Arias, consistentes en reformar el artículo 218 de la Constitución Nacional, señalando al propio tiempo la manera como deberia quedar integrada la Asamblea Nacional Constituyente, proyectos que fueron presentados por sus autores a la consideración del honorable Senado de la República, con fechas 8 y 9 de noviembre de 1951.

En sesión de 4 de noviembre de 1951 la Comisión Primera de Estudios Constitucionales del honorable Senado de la República, por unanimidad aprobó en primer debate el «Proyecto de Acto Legislativo sobre convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y regulación de su funcionamiento», proyecto que, luégo de sufrir el proceso señalado en el artículo 218 de la Carta Fundamental, se convirtió en el Acto legislativo número 1 de 1952, cuyo texto es el siguiente:

«ACTO LEGISLATIVO NUMERO 1 DE 1952
(diciembre 9)

sobre convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y regulación de su funcionamiento.

El Congreso de Colombia

Decreta:

Artículo 1º La próxima reforma de la Constitución se hará por una Asamblea Nacional Constituyente, compuesta de los siguientes Diputados con sus respectivos suplentes personales:

a) De a uno por cada Departamento, elegidos por el Senado de la República;
b) De a uno por cada Departamento, elegidos por la Cámara de Representantes;
c) Los ciudadanos que hayan ejercido el Poder Ejecutivo como titulares, Designados o encargados, únicos que no tendrán suplentes;
d) De seis miembros designados por el Excelentísimo señor Presidente de la República, pertenecientes, por mitad, a los dos partidos tradicionales de Colombia;
e) De cuatro miembros elegidos por la Corte Electoral pertenecientes, por mitad, a los dos partidos políticos de que habla el ordinal d);
f) De dos ex-Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, elegidos por ésta y pertenecientes a los dos partidos políticos de que habla el ordinal d);
g) De dos ex-Consejeros de Estado, elegidos por el Consejo de Estado en la forma prevista en el ordinal d);
h) De diez miembros, representantes cada uno de las siguientes entidades y elegidos por ellas en la forma que él Gobierno reglamente:

Sociedad de Agricultores de Colombia;
Asociación Colombiana de Ganaderos;
Asociación Bancaria;
Asociación Nacional de Industriales;
Federación Nacional de Cafeteros;
Federación Nacional de Comerciantes;
Federación Nacional de Cooperativas;
Organismos Nacionales de Sindicatos;
La prensa hablada y escrita del país; y
Las Universidades o Institutos docentes de enseñanza profesional, autorizados por la ley para expedir títulos académicos, representados conjuntamente por sus Rectores o Directores, para elegir el delegatario que les corresponda.

Artículo 2º Los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente deben reunir las mismas calidades que para ser Senador, sesionarán al menos seis horas diarias, salvo los días de vacancia civil o religiosa y durante un lapso que no excederá de cuatro meses, el que podrá prorrogarse, en caso necesario y con fundadas razones, por el Excelentísimo señor Presidente de la República. Devengarán los mismos emolumentos que los miembros del Congreso durante sus sesiones.

Artículo 3º La Asamblea Nacional Constituyente funcionará en la capital de la República, desde la fecha que el Gobierno señale

dentro de los sesenta días a partir del receso ordinario del Congreso. Este eligirá el personal que le corresponde, antes de terminar sus sesiones, y el resto se designará dentro de los treinta días siguientes.

Artículo 4º La Asamblea se instalará en la misma forma que las Cámaras Legislativas, tendrá los mismos dignatarios, personal de secretaría y reglamento interno, que el Senado de la República, y se distribuirá en las Comisiones que estime necesarias para la mayor eficacia de sus labores.

Artículo 5º La Asamblea podrá deliberar con la tercera parte de sus miembros, pero no podrá tomar decisión alguna sin la concurrencia mínima de la mayoría absoluta de los miembros que la integran.

Artículo 6º Podrán concurrir con voz o iniciativa a la Asamblea Nacional Constituyente los funcionarios a que se refieren los artículos 83 y 84 de la Constitución Nacional, y deberán concurrir cuando la Asamblea o sus Comisiones los citen para que den informes o participen en debates especiales.

Artículo 7º La Asamblea Nacional, por el hecho de ser exclusivamente constituyente, no tendrá las funciones legislativas adscritas al Congreso, y éste continuará cumpliéndolas en la forma que ordena la Constitución. Dicha Constituyente no podrá modificar el período constitucional en curso, del Presidente de la República, del Designado y del Congreso Nacional, salvo en lo referente a la Cámara de Representantes, cuyo período puede ampliar, haciéndolo igual al del Senado de la República.

Artículo 8º Los Diputados suplentes actuarán sólo en ausencia temporal o definitiva de los principales.

Artículo 9º Este Acto legislativo regirá desde su sanción y modifica transitoriamente el artículo 218 de la Constitución Nacional.

Dado en Bogotá a cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

El Presidente del Senado,

José Elías del Hierro

El Presidente de la Cámara de Representantes,

Eliseo Arango

El Secretario del Senado,

Alcides Zuluaga Gómez

El Secretario de la Cámara de Representantes,

Jesús Gómez Salazar

República de Colombia.—Gobierno Nacional.

Bogotá, 9 de diciembre de 1952.

Publíquese y ejecútese.

ROBERTO URDANETA ARBELAEZ

El Ministro de Gobierno,

Luis Ignacio Andrade».

Posteriormente, el Gobierno, por medio del Decreto número 0029 de 1953, reglamentó el Acto legislativo número 1 de 1952.

II.—LAS PETICIONES DE LA DEMANDA.

Contiene ésta una petición principal, consistente en solicitar se declare la nulidad de la declaratoria de elección por haberse negado el Senado a realizarla por el sistema del cuociente electoral y comprende tanto el acto preparatorio del Senado que determinó el sistema de elección por simple mayoría numérica de votos, como la declaratoria de elección hecha por la Corporación, con infracción del sistema del cuociente electoral, y comprende y afecta la totalidad de los Diputados principales y suplentes elegidos por el Senado según la lista que sin inscripción previa resultó escrutada.

Una petición subsidiaria consistente en la solicitud de nulidad de la declaratoria de elección hecha por el Senado de la República por violación de las reglas contenidas en el Decreto legislativo 1037 de 1951, especialmente las consagradas en el artículo 8º en relación con los 3º, 6º y 7º del expresado Decreto, reglas que estaban en vigor cuando se señaló e hizo la elección de Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente por el Senado de la República.

Otra petición consistente en que, en todo evento y sea cualquiera la decisión que el Consejo de Estado adopte respecto de las declaraciones anteriores, son nulas las elecciones hechas por el Senado, recaídas en los doctores Luis Ignacio Andrade, Ministro de Gobierno, por el Departamento del Huila; José Gabriel de la Vega, Ministro de Justicia, por el Departamento de Córdoba y Manuel Mosquera Garcés, Ministro del Trabajo, por el Departamento del Chocó, por ser ellos inelegibles y tener impedimentos para ser elegidos, en conformidad con la disposición del artículo 2º del Acto legislativo número 1 de 1952 en relación con el artículo 108 de la Constitución Nacional, comoquiera que siendo Ministros del Despacho a la fecha de la elección no podían ser elegidos.

III.—APLICABILIDAD DEL CUOCIENTE ELECTORAL

Dispone el artículo 172 de la Constitución Política en vigor:

> «172. Cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema de cuociente electoral u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho».

Esta disposición fue desarrollada por la Ley 39 de 1946 que estableció el sistema del cuociente electoral, exclusivamente «cuando se tratara de elegir más de dos ciudadanos», señalando la manera como había de procederse.

Según el artículo 1º del Acto legislativo número 1 de 1952, «La próxima reforma de la Constitución se hará por una Asamblea Nacional Constituyente, compuesta de los siguientes Diputados con sus respectivos suplentes personales:

a) De uno por cada Departamento, elegidos por el Senado de la República;

b) De uno por cada Departamento, elegidos por la Cámara de Representantes;

. . . . . .

Al decir la norma constitucional transcrita: «uno por cada Departamento», está indicando claramente, que no se iba a votar «por más de dos individuos»: para cada Departamento, y que si la elección se hacía por una sola lista, como se hizo, o Departamento por Departamento y votando por papeletas aparte para cada sección, como hubiera podido hacerse, en nada se modifica la composición unitaria de un Diputado

representante seccional elegido por el Senado y otro por la Cámara de Representantes, para cada Departamento.

Basta leer el texto del Acto legislativo número 1 de 1952 para concluir que la representación política de los partidos se asignó en el mismo Acto, llamando a los ciudadanos «que hayan ejercido el Poder Ejecutivo como titulares, Designados o encargados»; disponiendo que de los «seis miembros designados por el Excelentísimo señor Presidente de la República» pertenecieran «*por mitad a los dos partidos tradicionales de Colombia*»; que de los cuatro miembros elegidos por la Corte Electoral, se guardara la misma proporción; e igualmente se hiciera así con los que fueran designados por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, representación que debía ser forzosa. En la elección de los demás Diputados, es decir, en los elegidos por el Senado, la Cámara y las entidades gremiales, la representación política podía existir o no existir, es decir, que era voluntaria para el Senado, la Cámara y las agremiaciones, dar o no dar esa representación.

Es de advertir que según el espíritu del numeral h) del artículo 1º del Acto legislativo de 1952, la representación es para los gremios principales del país y no para los partidos políticos y que la elección está condicionada a la representación gremial y no a la política, la cual sería meramente circunstancial, e igual cosa sucede con los elegidos por el Senado y la Cámara en que se buscó la representación seccional de los Departamentos en que está dividido el país y no la representación política.

Esta interpretación del Consejo se encuentra reforzada con las respectivas exposiciones de motivos, y con los discursos de eminentes miembros del Senado de la República pronunciados en el curso de las deliberaciones.

En primer lugar el Excelentísimo señor Presidente Titular, doctor Gómez, al expresar su deseo muy justo y democrático de que «en los actuales momentos conviene a la tranquilidad pública la participación de todos los partidos en la discusión de estos graves problemas del Estado y que la Constituyente brinda la ocasión de invitar al adversario para que patrióticamente colabore en una misión que sólo busca garantizar a los colombianos un futuro de paz y de progreso», está expresando su voluntad de que esa participación sea regulada en forma generosa, pero no imperativa y estrictamente proporcional, en la escogencia del personal que habría de integrar la Constituyente.

En la exposición de motivos al proyecto presentado por el honorable Senador Jesús María Arias, se expresan los siguientes conceptos:

> «Yo considero que en el seno del Congreso hay excelentes juristas y constitucionalistas, cuya autoridad, serenidad y ponderación son garantía de éxito al abocar la reforma, y por eso él elige la mitad de los Diputados constituyentes que inclusive no tienen que ser todos de su seno, para que pueda aprovechar las figuras más autorizadas que no hacen parte de él.
>
> Debe haber suplentes personales, porque bién puede suceder que algunos principales no puedan concurrir y no es conveniente que se desintegre el personal previsto en el Acto legislativo.
>
> También parece conveniente que los demás órganos o ramas del Poder tengan en la Asamblea Constituyente, una representación, por tratarse de un acto o reforma que se espera transcendental y decisiva para el futuro nacional; por eso el Jefe del Organo Ejecutivo designará dos Diputados, y otros tantos la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que son las más altas autoridades del Organo Jurisdiccional y las que actúan frecuentemente en presencia de asuntos constitucionales, la una como supremo guardián de la Constitución y el otro en el control de los actos gubernamentales.

De otra parte, cualquiera comprende que los eximios ciudadanos que han ejercido el Poder Ejecutivo representan la más alta autoridad y firme experiencia, no sólo como tales, sino como figuras de primer orden en el desarrollo de los problemas nacionales. A no presentárseles inconvenientes insalvables, ningún patriota podrá concebir que ellos nieguen su concurso para una obra que se estima de vital importancia en los destinos de la República que ellos gobernaron.

Y al lado de aquellas fuerzas que pudieran tener alguna inspiración política, aparecerán también las fuerzas de la inteligencia, de la economía, de los problemas sociales, etc., representadas por organismos respetables que le darán mayor vitalidad a la reforma y un carácter más nacional, si se quiere, como el proyecto lo contempla, pues los agricultores y ganaderos representan la riqueza productiva, los industriales la de transformación, los comerciantes la de distribución, etc.

No podía faltar la prensa, cuyo papel en la vida nacional es imponderable, y las más altas entidades docentes que modelan el espíritu ciudadano y son fortalezas de la cultura nacional.

Además, el proyecto contempla la manera de instalarse y funcionar la gran Asamblea Constituyente, como organismo transitorio, pero el más importante que pueda contribuir a implantar normas de prolongada estabilidad nacional».

En la exposición de motivos del proyecto de que fue autor el honorable Senador Juan Uribe Cualla, se lee:

«En el proyecto se contempla la reunión de una Asamblea que será exclusivamente constituyente, y no tendrá por lo tanto funciones legislativas, tal como lo desea el Jefe del Estado. El número de los constituyentes está limitado a 63, así: 45 nombrados por el actual Congreso, 15 designados por el partido de oposición, que serán legítimos y auténticos voceros suyos, y 3 ex-Presidentes de Colombia que han ejercido el mando por votación popular, y que pertenecen a distintas colectividades políticas.

La designación de delegados por el Congreso se justifica, ya que esta entidad tiene el poder constituyente y es la entidad que tiene un genuino e indiscutible carácter popular. Además se contempla que los delegados que las Cámaras designen, reunidas al efecto en Congreso pleno, lo sean a razón de tres por cada Departamento.

En cuanto a la representación del partido adversario, que el Presidente Gómez desea patrióticamente tenga en la discusión de los altos problemas del Estado, con vías a mantener y fortalecer la tranquilidad pública, su participación se garantiza plenamente, tanto al dar a los ex-Presidentes el carácter de delegados a la Asamblea, como al confiar a sus legítimos voceros en la Corte Electoral la libre escogencia de sus personeros. Para garantizar la selección del personal se señala como calidad indispensable para ser Diputado a la Asamblea Constituyente, la misma que hoy consagra nuestra Carta para ser elegido Senador de la República».

Es bien sabido que los dos proyectos presentados se refundieron en uno solo que los modificó y complementó, y que vino a ser aprobado finalmente por el Congreso de la República.

Al sustentar el honorable Senador Arias el proyecto que habría de ser el Acto legislativo número 1 de 1952, se expresó así:

«El artículo 1º dice lo siguiente: "La próxima reforma de la Constitución se hará por una Asamblea Nacional Constituyente, compuesta de los siguientes Diputados, con sus respectivos suplentes". Es la próxima reforma que es lo que hoy clama la opinión del país; y en eso es en lo que todos estamos de acuerdo, porque está inclusive en la conciencia nacional, mayormente de nosotros, la urgencia o necesidad inaplazable de abogar por la reforma de la Constitución.

a) De a uno por cada Departamento, elegido por el Senado de la República; y

b) De a uno por cada Departamento, elegido por la Cámara de Representantes; se quiere que tanto el Senado como la Cámara seleccionen un grupo de Constituyentes o Diputados; y esos sean o no del seno de la misma, quienes puedan actuar porque aqui no obliga bajo otro aspecto. *Lo que si obliga es que al elegir ese uno se atienda a cada Departamento para que todas las secciones del país tengan una representación general, y tenga el proyecto un carácter nacional.*

Total que se eligirán 30 o 32, si es que llega pronto, como esperamos, sancionado el proyecto de ley "por el cual se crea el Departamento de Córdoba". Serian, pues, 30 o 32.

c) Los ciudadanos que hayan ejercido el Poder Ejecutivo como titulares, designados o encargados, únicos que no tendrán suplentes, se consideró la máxima trascendencia que se les diera la posibilidad a los prominentes hombres públicos que han desempeñado el cargo de Presidentes o encargados, y que son 7; actualmente seis ex-Presidentes y el que hoy ejerce como encargado del Poder Ejecutivo; puede que en ese momento haya regresado de Palacio y entonces éntre como Constituyente; podrán ser siete (7). Pensamos, pues, que alli se les daba ocasión a quienes han conocido a través de su administración, de sus largos estudios, etc., nuestro Derecho Público, y puedan intervenir con suma eficacia y con gran autoridad dentro de la Constituyente; ese es el objeto de ese numeral.

d) De seis miembros designados por el Excelentisimo señor Presidente de la República, pertenecientes por mitad a los dos partidos tradicionales de Colombia. *Se ha querido y es de suma conveniencia que el partido conservador y el partido liberal, que son prácticamente los dos partidos principales entre nosotros, puedan concurrir por lo alto; no tanto en la forma numérica sino cualitativa a aportar sus conocimientos en la Asamblea Constituyente.* Entonces el señor Presidente elegirá tres elementos del partido liberal, tres del partido conservador; se puede presumir casi de derecho que él hará esa designación en lo más alto que tenga el país.

e) De cuatro miembros elegidos por la Corte Electoral, pertenecientes de *por mitad a los partidos políticos de que se habla en el ordinal d).* La misma situación: es una corporación inclusive de origen casi político, podemos decirlo, porque están representados los dos partidos tradicionales, por virtud de la Ley 89 de 1948; y ella hará una selección también de prominentes figuras de los dos partidos; en esas condiciones seguramente que pueden concurrir, y concurrir a hacer parte de la dirección de la Constituyente.

De dos ex-Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, elegidos por ésta y pertenecientes a los partidos politicos de que habla el ordinal d). La misma forma, si dentro de la separación de los poderes tenemos el Organo Judicial o Jurisdiccional; parece de alta conveniencia que la Corte Suprema de Justicia elija unos

De otra parte, cualquiera comprende que los eximios ciudadanos que han ejercido el Poder Ejecutivo representan la más alta autoridad y firme experiencia, no sólo como tales, sino como figuras de primer orden en el desarrollo de los problemas nacionales. A no presentárseles inconvenientes insalvables, ningún patriota podrá concebir que ellos nieguen su concurso para una obra que se estima de vital importancia en los destinos de la República que ellos gobernaron.

Y al lado de aquellas fuerzas que pudieran tener alguna inspiración política, aparecerán también las fuerzas de la inteligencia, de la economía, de los problemas sociales, etc., representadas por organismos respetables que le darán mayor vitalidad a la reforma y un carácter más nacional, si se quiere, como el proyecto lo contempla, pues los agricultores y ganaderos representan la riqueza productiva, los industriales la de transformación, los comerciantes la de distribución, etc.

No podía faltar la prensa, cuyo papel en la vida nacional es imponderable, y las más altas entidades docentes que modelan el espíritu ciudadano y son fortalezas de la cultura nacional.

Además, el proyecto contempla la manera de instalarse y funcionar la gran Asamblea Constituyente, como organismo transitorio, pero el más importante que pueda contribuir a implantar normas de prolongada estabilidad nacional».

En la exposición de motivos del proyecto de que fue autor el honorable Senador Juan Uribe Cualla, se lee:

«En el proyecto se contempla la reunión de una Asamblea que será exclusivamente constituyente, y no tendrá por lo tanto funciones legislativas, tal como lo desea el Jefe del Estado. El número de los constituyentes está limitado a 63, así: 45 nombrados por el actual Congreso, 15 designados por el partido de oposición, que serán legítimos y auténticos voceros suyos, y 3 ex-Presidentes de Colombia que han ejercido el mando por votación popular, y que pertenecen a distintas colectividades políticas.

La designación de delegados por el Congreso se justifica, ya que esta entidad tiene el poder constituyente y es la entidad que tiene un genuino e indiscutible carácter popular. Además se contempla que los delegados que las Cámaras designen, reunidas al efecto en Congreso pleno, lo sean a razón de tres por cada Departamento.

En cuanto a la representación del partido adversario, que el Presidente Gómez desea patrióticamente tenga en la discusión de los altos problemas del Estado, con vías a mantener y fortalecer la tranquilidad pública, su participación se garantiza plenamente, tanto al dar a los ex-Presidentes el carácter de delegados a la Asamblea, como al confiar a sus legítimos voceros en la Corte Electoral la libre escogencia de sus personeros. Para garantizar la selección del personal se señala como calidad indispensable para ser Diputado a la Asamblea Constituyente, la misma que hoy consagra nuestra Carta para ser elegido Senador de la República».

Es bien sabido que los dos proyectos presentados se refundieron en uno solo que los modificó y complementó, y que vino a ser aprobado finalmente por el Congreso de la República.

Al sustentar el honorable Senador Arias el proyecto que habría de ser el Acto legislativo número 1 de 1952, se expresó así:

«El artículo 1º dice lo siguiente: "La próxima reforma de la Constitución se hará por una Asamblea Nacional Constituyente, compuesta de los siguientes Diputados, con sus respectivos suplentes". Es la próxima reforma que es lo que hoy clama la opinión del país; y en eso es en lo que todos estamos de acuerdo, porque está inclusive en la conciencia nacional, mayormente de nosotros, la urgencia o necesidad inaplazable de abogar por la reforma de la Constitución.

a) De a uno por cada Departamento, elegido por el Senado de la República; y

b) De a uno por cada Departamento, elegido por la Cámara de Representantes; se quiere que tanto el Senado como la Cámara seleccionen un grupo de Constituyentes o Diputados; y esos sean o no del seno de la misma, quienes puedan actuar porque aquí no obliga bajo otro aspecto. *Lo que sí obliga es que al elegir ese uno se atienda a cada Departamento para que todas las secciones del país tengan una representación general, y tenga el proyecto un carácter nacional.*

Total que se eligirán 30 o 32, si es que llega pronto, como esperamos, sancionado el proyecto de ley "por el cual se crea el Departamento de Córdoba". Serían, pues, 30 o 32.

c) Los ciudadanos que hayan ejercido el Poder Ejecutivo como titulares, designados o encargados, únicos que no tendrán suplentes, se consideró la máxima trascendencia que se les diera la posibilidad a los prominentes hombres públicos que han desempeñado el cargo de Presidentes o encargados, y que son 7; actualmente seis ex-Presidentes y el que hoy ejerce como encargado del Poder Ejecutivo; puede que en ese momento haya regresado de Palacio y entonces éntre como Constituyente; podrán ser siete (7). Pensamos, pues, que allí se les daba ocasión a quienes han conocido a través de su administración, de sus largos estudios, etc., nuestro Derecho Público, y puedan intervenir con suma eficacia y con gran autoridad dentro de la Constituyente; ese es el objeto de ese numeral.

d) De seis miembros designados por el Excelentísimo señor Presidente de la República, pertenecientes por mitad a los dos partidos tradicionales de Colombia. *Se ha querido y es de suma conveniencia que el partido conservador y el partido liberal, que son prácticamente los dos partidos principales entre nosotros, puedan concurrir por lo alto; no tanto en la forma numérica sino cualitativa a aportar sus conocimientos en la Asamblea Constituyente.* Entonces el señor Presidente elegirá tres elementos del partido liberal, tres del partido conservador; se puede presumir casi de derecho que él hará esa designación en lo más alto que tenga el país.

e) De cuatro miembros elegidos por la Corte Electoral, pertenecientes de *por mitad a los partidos políticos de que se habla en el ordinal d).* La misma situación: es una corporación inclusive de origen casi político, podemos decirlo, porque están representados los dos partidos tradicionales, por virtud de la Ley 89 de 1948; y ella hará una selección también de prominentes figuras de los dos partidos; en esas condiciones seguramente que pueden concurrir, y concurrir a hacer parte de la dirección de la Constituyente.

De dos ex-Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, elegidos por ésta y pertenecientes a los partidos políticos de que habla el ordinal d). La misma forma, si dentro de la separación de los poderes tenemos el Organo Judicial o Jurisdiccional; parece de alta conveniencia que la Corte Suprema de Justicia elija unos

de los ex-Magistrados de la misma, de aquellos que tánto han tenido que intervenir en el estudio de los problemas constitucionales; porque ellos deciden sobre la efectividad de los proyectos de ley, o sobre la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la ley que se haya dictado y son conocedores a fondo de estos problemas institucionales.

De dos ex-Magistrados o ex-Consejeros de Estado. Eso por el Consejo de Estado y vista en el ordinal d), la misma razón. El Consejo de Estado, que ha tenido en su seno elementos tan preponderantes y que han intervenido en la decisión de distintos problemas de Derecho Administrativo, vale decir del Derecho Público, tanto en la constitucionalidad como en la legalidad de los actos del Gobierno, etc., podrá elegir por lo alto, al par que la Corte, y entonces vamos obteniendo un personal muy selecto que es la aspiración suprema del Góbierno, y debe ser la misma del Congreso.

De diez miembros representantes cada uno de las siguientes entidades, y elegidos por èllas, en la forma que el Gobierno reglamente.

Como decia enantes, el pensamiento que inspiró a la Comisión al formar este organismo, *es que puedan tener representación todos los sectores del pais, para darle toda la fuerza que es de aspirar tenga una reforma constitucional;* y esas diez entidades, muy conocidas, muy respetables, de gran influencia en la vida económica, social e inclusive intelectual del pais, son las siguientes: Sociedad de Agricultores de Colombia, entidad creada por la ley, bien organizada, que funciona hace 81 años en el pais; Asociación Colombiana de Ganaderos, de más reciente creación pero que también representa, como la de Agricultores, una de las fuerzas económicas más poderosas del pais, porque no podemos olvidar que la agricultura en si y la ganaderia son las fuentes primordiales de la economía nacional; y nos conviene bien que ellas estén representadas en una Asamblea Constitucional.

Asociación Bancaria, que es otra entidad que funciona regularmente bajo estatutos oficiales, que representa también un gran factor de la vida económica del pais; Asociación Nacional de Industriales, la Andi, que de igual manera es un factor de gran fuerza económica e industrial en el país; Federación Nacional de Cafeteros: cuánto hace que funciona esta entidad bien organizada, representativa de uno de los gremios más meritorios de Colombia.

Federación Nacional de Comerciantes. El comercio es otra de las grandes industrias que operan en cualquier país, que entre nosotros ya hay una organización muy conocida, o sea Fenalco, que puede por conducto de uno de los hombres más conocedores de estas materias, representar el comercio de Colombia en la Constituyente, en la forma que el Gobierno reglamente. No olvidemos que para acordar el representante de cada una de estas entidades, el Gobierno hará la reglamentación correspondiente.

Federación Nacional de Cooperativas. El movimiento cooperativo del país va tomando mucha fuerza, debe tomarla mayor cada día, y ahí encontramos la clase media y especialmente la clase consumidora; le conviene mucho que esté representada en este organismo, que ha de cooperar para la reforma constitucional.

Organismos Nacionales de Sindicatos. El sindicalismo, de igual manera se consideró que debiera estar representado en la forma que el Gobierno reglamente. Ahi tenemos varias organizaciones: CTC, UTC, etc., fuera de organismos departamentales, y el Go-

bierno verá la forma más práctica de reglamentar la manera de elegir ese miembro de los Sindicatos.

La prensa hablada y escrita del país. También se consideró de suma importancia, de gran trascendencia, que la prensa estuviera representada. Hay organismos ya que funcionan regularmente tanto en la prensa hablada como en la escrita. El Gobierno reglamentará la manera de elegir el representante de ella, con seguridad que concurrirá a la Asamblea.

Por último, las Universidades o institutos docentes de enseñanza profesional, autorizados por la ley para extender títulos académicos, representados conjuntamente por sus rectores o directores, para elegir el delegatario que les corresponda. No entran desde luego todas las Universidades del país, de enseñanza secundaria, etc., sino simplemente las profesionales, y que a su vez estén autorizadas por la ley para extender títulos académicos, y el Gobierno reglamentará la manera de hacer la elección del representante de estas entidades; es decir, a la Universidad en género se le da la representación. Son los diez organismos que pueden estar, según este proyecto, representados en la Constituyente.

63 Diputados, 62 o en todo caso de 61 a 63.

El punto más trascendental, honorables Senadores, en cuanto a la manera de formar la Constituyente, se relaciona con este artículo; no contiene otra cosa el artículo, sino que es bastante estudiado, consultado y tal corresponde a la vez al pensamiento o al deseo del Gobierno de que la reforma se aboque aprovechando como instrumento de ella, no directamente el Congreso, sino la Asamblea Nacional Constituyente. Luégo diré algunas pocas frases para sustentar el pensamiento que inspiró a la Comisión o que la orientó en este sentido».

En la misma oportunidad el honorable Senador Serna dijo:

«Tornado nuevamente al proyecto, para reafirmar la tesis del Senador Arias, encuentro en él muchas ventajas, pues no se inspira sólo en un criterio técnico, ni político, ni científico, sino que todo lo combina. El proyecto autoriza al Congreso para que elija algunos Diputados, y como esta corporación es predominantemente política, queda escogida la representación de este matiz en la Constituyente. La Corte elige dos e igualmente el Consejo de Estado. Es el aporte científico en la diputación, y aunque el número es pequeño, ello no importa. Yo no soy de los que se aferran a la preidea de que sólo los científicos llevan luz a las cuestiones. Ocurre frecuentemente que los pensadores se distancian del realismo y se lanzan a volar por los cerros de la Ubeda, asediados por concepciones fantásticas, y cuando menos se lo figuran se estrellan contra la roca de la vida. En cambio, el que espontáneamente surge, como va surgiendo un tubérculo del fondo de la tierra, tiene una visión de las cosas más objetiva y pragmática. De manera que es conveniente que en la Asamblea actúen no sólo los Quijotes del idealismo, sino los Sanchos Panzas de las Insulas Baratarias, quienes se asoman a la realidad con un criterio objetivo y hasta sensato. Necesario es asimismo acudir a las fuerzas corporativas, pero no en exceso, porque el profesionalismo tiene también sus desperfectos. El hombre unilateral se acostumbra a verlo todo a través de esa visual exclusivista; el poeta todo quiere verlo en función imaginativa; el jurista, borracho de incisos y parágrafos, a todas horas pretende reducir los problemas a fórmulas de derecho; para el historiador, la corriente del tiempo sólo se le presenta como fábula o historia. Por eso es preferi-

ble que a la Convención concurran inteligencias que reflejen la realidad en todos sus matices».

Igualmente, el honorable Senador Caicedo Ayerbe expresó:

«La fórmula de integración que es el trasunto de largas conversaciones, que tiene como origen el pensamiento del Senador Uribe Cualla y las fórmulas propuestas por el Senador Arias, no es, como lo han dicho ciertos voceros de la prensa liberal, una especie de cerco sectario limitado, donde estamos asignándole anticipadamente una cuota irrita al partido liberal. *Ni siquiera,* señores Senadores, *se ha fijado la proporcionalidad de los partidos.* Ayer quedó muy claramente establecido que *aquella proporción sólo fue señalada en el mínimo pero no ha sido señalada en el máximo.* Lo que el doctor Carlos Lleras Restrepo anunció en su discurso del Cali carece de verdad, y me parece un malhadado síntoma obstruccionista. Porque lo que se busca es sencillamente una representación cualitativa de las fuerzas tradicionales de Colombia. Qué podría dar de bondadoso fruto una Constituyente hecha de diversas maneras si aquí están precisamente consultadas las fuerzas vivas del país, aquí están los elementos de la política que señala la Corte Suprema Electoral, los tres poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Al mismo tiempo los organismos económicos más definidos. Y, en fin, la Nación en su todo, en su loca asimetría, como pueblo, amorfamente y grandemente entendida. Porque la escogencia de los constituyentes que hará el Congreso correspondería a un sentido eminentemente nacional».

De aquí se deduce que el Acto legislativo número 1 de 1952 no se guió en la composición de la Asamblea Nacional Constituyente, exclusivamente, con un criterio de representación de los partidos políticos, sino que, concediéndose esa representación, se dio especial y mayor importancia a otros factores encaminados a obtener una reforma más técnica, más acorde con las necesidades económicas, seccionales, gremiales y culturales del país, a preferencia de una representación netamente política. «Y no la política, en su noble sentido de ciencia, que permite la ordenación de la comunidad al bien común, sino en el dudoso concepto de ser siempre el resultado numérico de una agregación artificial y caprichosa de voluntades», como lo expresó el Excelentísimo señor Presidente, doctor Laureano Gómez, en su célebre mensaje al Congreso de 1951, considerado como punto de partida de la Reforma Constitucional proyectada.

Resulta, por tanto, improcedente tachar la elección hecha por el honorable Senado de la República para la escogencia de los diez y seis Diputados, uno por cada Departamento, como violadora de las normas que regulan el sistema del cuociente electoral y de las demás que lo desarrollan y complementan, pues éste, como se ha demostrado, es inaplicable, ya por razón de los textos mismos que lo establecen y reglamentan, ya por el espíritu que informó la reforma constitucional.

Si, por consiguiente, en el acto reformatorio de la Constitución «sobre convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y regulación de su funcionamiento», se cambió el sistema de representación meramente política de los partidos, para darle cabida a una representación plural que, sin rechazar una relativa participación política, la daba a las secciones del país; a las corporaciones; a la Universidad; a la prensa, etc., no son aplicables las normas que regulan la representación política de los partidos, ya que debe tenerse en cuenta que el Acto legislativo de 1952, por ser reforma constitucional, es ley reformatoria de la legislación preexistente (artículo 9º de la Ley 153 de 1887), en cuanto hace a la representación de los partidos en la integración de la Asamblea Na-

cional Constituyente que por el mismo Acto se crea, lo cual quiere decir que no son aplicables respecto de ella, las leyes y decretos que establecen el cuociente electoral y las normas que lo desarrollan en alguna forma.

Lo dicho basta para considerar que las peticiones primera y segunda de la demanda no pueden prosperar.

IV.—LA ELECCION DE LOS MINISTROS

Estima el demandante que la elección de los doctores Luis Ignacio Andrade, Ministro de Gobierno; José Gabriel de la Vega, Ministro de Justicia; y Manuel Mosquera Garcés, Ministro del Trabajo, como Diputados principales a la Asamblea Nacional Constituyente, por los Departamentos del Huila, Córdoba y Chocó, respectivamente, viola el articulo 2º del Acto legislativo número 1 de 1952, en relación con el articulo 108 de la Constitución Nacional y que por tal razón debe cancelárseles la credencial correspondiente.

El articulo 2º citado dice así:

> «*Articulo segundo.* Los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente deben reunir las mismas calidades que para ser Senador...».

El articulo 108 de la Carta prevé el que los Ministros del Despacho y otros funcionarios no pueden ser elegidos miembros del Congreso sino seis meses después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones.

Como fácilmente se advierte, y lo anota el señor Fiscal, el demandante confunde la calidad o condición personal que debe tener un ciudadano para ser elegido, con la incompatibilidad para una elección.

El articulo 2º del Acto legislativo habla de calidades de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, que deben ser las mismas de los Senadores, y el articulo 108 de incompatibilidad para ser elegidos miembros del Congreso. Las incompatibilidades como disposiciones de carácter prohibitivo deben interpretarse en sentido restringido y no es posible aplicarlas por analogia.

Los miembros de la Constituyente, ni son miembros del Congreso ya que tal Corporación, como lo dice el articulo 7º, es exclusivamente constituyente y «no tendrá las funciones legislativas adscritas al Congreso, y éste continuará cumpliéndolas en la forma que ordene la Constitución», como lo propuso juiciosamente el propio honorable Senador Uribe Cualla; ni el Acto legislativo, en parte alguna estableció incompatibilidades para ser elegido miembro de la Constituyente.

De ahi que no se vea la razón por la cual se vaya a extender el benéfico sistema de restricciones o incompatibilidades para elegir miembros del Congreso a los Ministros quienes no serian, como Diputados a la Constituyente, miembros del Congreso, ni tendrian funciones legislativas, según disposición expresa del Acto de Reforma Constitucional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala Plena, oido el concepto de su Fiscal colaborador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifiquese, comuniquese y archivese.

Manuel A. Dangond Daza, Eduardo Piñeros y Piñeros, Guillermo Acosta Acosta, Daniel Anzola Escobar, Baudilio Galán Rodríguez, Ildefonso Méndez, José Urbano Múnera, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño, Ignacio Reyes Posada, Con-Juez.—*Luis E. Garcia V.,* Secretario.

ELECTORAL

(Consejero ponente: doctor Antonio José Prieto).

Consejo de Estado—Consejo Pleno—Bogotá, mayo quince de mil novecientos cincuenta y dos.

Referencia: Juicio electoral de nulidad del Acuerdo número 034, de 23 de octubre de 1951, incorporado en el Acta número 48 de la misma fecha, levantada en la honorable Corte Electoral, en la parte en que aquel Acuerdo declara las vacantes de las curules pertenecientes a la lista de minoría, «y no la declaratoria de elección de los Senadores y Representantes de la mayoría ni la expedición de las respectivas credenciales a éstos», por la circunscripción electoral de Tunja; y para que los ciudadanos inscritos en esa circunscripción como candidatos al Senado y a la Cámara de Representantes por el liberalismo (Movimiento Popular), o sea la lista para lo primero, encabezada, como principales, por los señores Enrique Pinzón Saavedra y Eduardo Bonitto Vega, y para lo segundo, la encabezada, como principal, por el señor Juan de la Cruz Guerra Galindo, con sus respectivos suplentes una y otra lista.

El juicio entraña el ejercicio de la acción pública y fue promovido por el abogado colombiano titulado e inscrito, y en su carácter de afiliado al partido conservador, doctor Eduardo Echeverri Villegas, de la vecindad de Bogotá.

En el Derecho, el pleito electoral se contrae a sustentar que en las elecciones sucedidas, la representación proporcional de los partidos que exige la Constitución quedó fijada por el Decreto-ley 1037 de 1951, que estableció que ni la mayoría del Senado ni la de la Cámara podrá superar la mitad más una de las curules, y que ese Decreto en esta forma desarrolló el principio de la proporcionalidad; que otra disposición del mismo Decreto, «que autoriza la vacancia de las curules, en nada tiene que ver con el desarrollo de la Constitución, sino que le es contraria a su letra y a su espíritu», porque la Constitución garantiza la representación mínima de las parcialidades territoriales o Departamentos, representación ésta que encaja perfectamente dentro del sistema partidista establecido en la misma Carta Fundamental.

Que en la elección de que se trata sólo concurrieron dos partidos: el conservador y el liberal (Movimiento Popular), los cuales en su orden inscribieron, cada uno, listas de mayoría y listas de minoría, y que de conformidad a la congruencia jurídica que se debe buscar entre los artículos 172, 99 y 93 de la Constitución Nacional, los nombres inscritos para Senadores y Representantes a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Tunja, fueron legalmente electos y deben escrutarse, para satisfacer los mandatos constitucionales de que los habitantes de las sec-

ciones departamentales queden representados en el Congreso y éste quede total y debidamente integrado.

Toda vez que se encuentra agotada la tramitación que le es propia al juicio electoral anteriormente memorado y que no se registra la ocurrencia de causal legal alguna que invalide la actuación, se entra a decidir el presente negocio electoral promovido en única instancia ante esta Corporación en tiempo oportuno y en forma legal.

Para ello se hacen las consideraciones previas siguientes:

LA DEMANDA

Por libelo fechado el 26 de octubre de 1951 y representado personalmente por su signatario ante el Oficial Mayor de la Secretaria del Consejo de Estado, el abogado inscrito y titulado doctor Eduardo Echeverri Villegas, diciéndose mayor y vecino de la ciudad de Bogotá, ocurrió en ejercicio de la acción pública que establece la ley para suplicar lo siguiente:

> «Con fundamento en los hechos que dejo relatados, yo Eduardo Echeverri Villegas, de las condiciones civiles anotadas y obrando en la calidad dicha, demando ante el honorable Consejo de Estado la *nulidad* del Acuerdo número 034 de 23 de octubre de 1951, incorporado en el Acta número 48 de la misma fecha, levantada en la honorable Corte Electoral, y que como consecuencia de esa nulidad se declare lo siguiente:
>
> a) Que los ciudadanos inscritos en la Circunscripción Electoral de Tunja como candidatos al Senado y a la Cámara de Representantes por el liberalismo (Movimiento Popular), y que son los mismos que reproduje arriba, fueron legalmente electos en los comicios verificados el dia 16 de septiembre de 1951.
>
> b) Que como consecuencia lógica de la declaración anterior, el honorable Consejo de Estado expida las correspondientes credenciales a los ciudadanos electos.
>
> Es entendido, y ello se desprende de las peticiones, que la nulidad solicitada sólo se refiere a aquella parte del Acuerdo número 034 que declara las vacantes de las curules pertenecientes a la lista de minoria, y no la declaratoria de elección de los Senadores y Representantes de la mayoria, ni la expedición de las respectivas credenciales a éstos».

El actor adujo como hechos fundamentales de su anterior demanda, los siguientes:

> «*Primero.* El dia dieciséis de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno se ejercitó en el pais el derecho de sufragio para elegir Senadores y Representantes al Congreso.
>
> *Segundo.* Como consecuencia de la elección, la honorable Corte Electoral verificó los escrutinios, hizo la declaratoria de elección, y declaró vacantes las curules de la minoria. Asimismo ordenó expedir las credenciales a los Senadores y Representantes electos por el partido mayoritario que concurrió a la elección. Acuerdo número 034 de octubre 23 de 1951, de la honorable Corte, cuya copia auténtica, inserta en el Acta número 48 de la misma fecha, acompaño a esta demanda.
>
> *Tercero.* De la lectura del Acuerdo mencionado se desprende que la honorable Corte Electoral se abstuvo de escrutar los votos

correspondientes al partido minoritario que concurrió a la elección con el nombre "Partido Liberal.—Movimiento Popular".

Cuarto. Se desprende asimismo de la lectura del Acuerdo, que la honorable Corte declaró "vacantes las curules correspondientes a los partidos de minoria por la Circunscripción Electoral de Tunja". Este es el Acuerdo 034 arriba referido.

Quinto. El partido liberal —Movimiento Popular— concurrió a las urnas en la Circunscripción Electoral de Tunja, con lista compuesta por los señores Enrique Pinzón Saavedra y Eduardo Bonitto Vega, para Senadores, y Juan de la Cruz Guerra Galindo, Leopoldo Guarin Salcedo, Guillermo Wilches Carreño, Hernando Martinez Pedraza, Alejandro Leaño Forero y Neftali Morales Vega para Representantes. La lista inscrita tiene sus respectivos suplentes.

Sexto. No habiéndose presentado en la circunscripción electoral de Tunja sino dos listas, la de mayoria que fue escrutada en su totalidad, y la de minoria que no fue escrutada y que es la que acabo de reproducir en el hecho anterior, la honorable Corte Electoral tenia la obligación de escrutar y declarar la elección de los miembros de la lista minoritaria.

Séptimo. La honorable Corte Electoral no sólo se abstuvo de escrutar y declarar electos a los candidatos de la minoria, sino que declaró la vacancia de las curules correspondientes.

Octavo. La abstención de escrutar y la declaración de vacancia de las curules correspondientes a la minoria —la lista inscrita por el partido liberal, Movimiento Popular— es violatoria de la Constitución Nacional y entraña errónea aplicación de la ley».

En relación con el fundamento en derecho, el demandante dijo:

«Articulo 172 de la Constitución Nacional, que asegura la representación proporcional de los partidos. Establece este articulo que la ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho. La ley ha cumplido ese cometido, y de las diversas disposiciones que han desarrollado ese principio, es preciso extraer, con acertado criterio, el verdadero pensamiento del constituyente, establecido en esta disposición y en las que más adelante citaré.

Articulo 93 de la Constitución Nacional. En mi sentir, lo establecido por esta disposición armoniza cabalmente con el mandato del articulo 172, como tendré oportunidad de demostrarlo, siempre que se apliquen con sano criterio hermenéutico las disposiciones legales que han venido a desarrollarlos.

Articulo 99 de la Constitución Nacional, que establece para la Cámara lo que el 93 de la misma Carta estatuye para el Senado de la República».

PRUEBA DOCUMENTAL

A la demanda se acompañaron los documentos siguientes:

a) En los 17 folios que encabezan el expediente, la copia auténtica del Acta número 48 de la Corte Electoral correspondiente a la sesión del dia 23 de octubre de 1951, contentiva de los escrutinios de los votos emitidos en la Circunscripción Electoral de Ibagué y el escrutinio de los votos emitidos en la Circunscripción Electoral de Tunja (folios 12 a 17), y contentiva también del Acuerdo número 034 de octubre 23 de 1951, por el cual se hizo la declaratoria de elección de Senadores y Representantes al Congreso por la misma Circunscripción Electoral de Tunja, y en relación a las elecciones populares sucedidas el 16 de septiembre de 1951. Esta copia está expedida por el Secretario General de la Registraduria Nacional del Estado Civil de Bogotá.

b) Con nota de presentación personal del Secretario Privado de la misma Registraduría Nacional del Estado Civil, en catorce folios, del 18 al 31 del informativo, en copia aunque con las firmas autógrafas de los memorialistas Eduardo Bonitto y otros, que dirigieron al Presidente y demás Miembros de la Corte Electoral con fecha de su presentación, 17 de octubre de 1951.

c) En 17 folios que comprenden del 32 al 48 del informativo, la copia auténtica del «Acta de escrutinio de los votos emitidos en la Circunscripción Electoral de Tunja, en las elecciones para Senadores y Representantes al Congreso Nacional, efectuada el 16 de septiembre de 1951».

d) En un folio el «Acta de inscripción de listas de candidatos por el partido liberal para el Senado y Cámara de Representantes al Congreso Nacional, por la Circunscripción Electoral de Boyacá, para el periodo constitucional actual», contentiva de la inscripción que en la ciudad de Tunja, capital del Departamento de Boyacá, y ante el Alcalde de allí, hicieron el 10 de septiembre de 1951 a la hora de las 4 p. m., los señores Enrique Pinzón Saavedra, Eduardo Bonitto Vega y otros de los candidatos que inscribieron como pertenecientes al partido liberal de Colombia, tanto para el Senado como para la Cámara de Representantes, y para el periodo constitucional «que debió iniciarse el 20 de julio de 1951». Dicho documento aparece con las firmas autógrafas del Alcalde, su Secretario y del personal inscriptor. (Folio 65 del informativo).

Del anterior documento aparece que solamente se inscribieron dos renglones de principales con sus respectivos suplentes como candidatos para el Senado por el partido liberal, y que para la Cámara sólo se inscribieron por el mismo partido seis renglones de principales con sus correspondientes suplentes.

A la demanda acompañó su autor por anticipado el alegato de fondo que obra a folios 50, 51, 52 y 53 del expediente, y en el cual manifestó dar por reproducidos en ese escrito los argumentos expuestos por los señores Guerra Galindo, Tito Escobar Motta, doctor Enrique Pinzón Saavedra, al memorial presentado ante la honorable Corte Electoral y que es el relacionado anteriormente en el numeral b).

Es de advertir que el abogado titulado e inscrito, Alfonso Isaza Moreno, por escrito visible al folio 67, manifestó hacerse parte coadyuvante en la demanda electoral cuya discriminación se viene haciendo, y que por auto de 26 de noviembre de 1951 el Consejo le reconoció tal carácter.

En la forma anterior deja la Sala puntualizadas las partes o piezas integrantes del expediente.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. CLASE DE ACCION INCOADA. PERSONERIA SUSTANTIVA DE LA PARTE ACTORA.

Por estar privativamente atribuido al Consejo de Estado para conocer en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, Senadores y Representantes a la Cámara (artículo 189 de la Ley 167 de 1941) y en especial a la Sala Plena del mismo el conocimiento «de todos los asuntos electorales que, de acuerdo con las leyes vigentes, sean de la competencia de éste» (artículo 23 del Decreto-ley número 2046 de 17 de junio de 1950) que modificó los artículos 11 y 12 del Decreto-ley 4120 de 1949, legalmente esta Sala Plena si es competente para conocer del presente negocio electoral.

Como el actor ha demandado en nombre propio y en ejercicio de la acción pública o de nulidad, lo que está concedido por el artículo 201 del Código de lo Contencioso Administrativo o Ley 167 de 1941, que permite a cualquier particular ocurrir en demanda directa por la vía juris-

diccional contra los actos y decisiones de las corporaciones electorales para los fines indicados por la misma disposición, uno de los cuales es el a que se contrae la demanda que se estudia, es indudable que los dos presupuestos procesales que se destacan de la competencia y la personería sustantiva del demandante se cumplen y por lo tanto, y por haber sido incoada la demanda dentro del término legal señalado por el artículo 209 del mismo Código de Procedimiento Administrativo, no hay obstáculo legal alguno para pronunciar el presente fallo de fondo en relación con lo planteado por la demanda, y de consiguiente a ello se procede:

¿Qué hechos acredita la prueba documental presentada?

Acredita lo siguiente:

1º Que el día 23 de octubre de 1951, en la ciudad de Bogotá se reunió la honorable Corte Electoral en sesión extraordinaria y procedió a verificar el escrutinio de los votos emitidos en la Circunscripción Electoral de Tunja, y que hecho el cómputo total de los votos emitidos en los 111 Municipios de la dicha Circunscripción, para Senadores y Representantes al Congreso, según el recuento parcial practicado por los delegados de la Corte, de común acuerdo, y sin que se hubiera presentado reclamo alguno al respecto, aquel cómputo dio el siguiente resultado:

Para Senadores: por la lista conservadora que encabeza el doctor Miguel Jiménez López, 112.818 votos.

Por la lista liberal popular que encabeza el señor Enrique Pinzón Saavedra, 112 votos.

> «Como la Circunscripción Electoral de Tunja elige 6 Senadores, se le asigna la mayoría de las curules, o sea 4 curules, a la lista que encabeza el señor Miguel Jiménez López».
>
> «Los votos emitidos por la lista conservadora fueron, en total, 112.818 los que divididos por cuatro que es el número de curules de la mayoria, dan un cuociente de 28.204 votos. El medio cuociente es de 14.102 votos.
>
> «Como los votos emitidos por la lista liberal popular fueron más de 70 veces inferiores al medio cuociente, según lo hicieron constar los Delegados de la Corte Electoral, y no ha podido verificar esta Corporación, se declaran vacantes las curules de los partidos de minoría, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto 1037 de 1951», dijo la Corte.

Para Representantes:

Aparece que la Corte Electoral computó el mismo número total de votos a favor de la lista conservadora a la que se le adjudicó la mayoría, o sean siete curules, con fundamento en que la Circunscripción elige trece Representantes; y que por la lista liberal popular se computaron en total 112 votos. Se obtuvo un cuociente de 16.116 votos y un medio cuociente de 8.058 votos.

Tanto para el escrutinio de Senadores como para el de Representantes la Corte declaró que por cuanto los sufragios emitidos por las listas del partido liberal popular no obtuvieron votos en cantidad superior al medio cuociente, la Corte declaró vacantes las curules de los partidos minoritarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 1037 de 1951. (Artículo 3º del Acuerdo número 034 de octubre 23 de 1951).

De la prueba anterior se entresaca que el partido liberal popular concurrió a las urnas en tan ínfima cantidad de sufragantes que por no haber recogido sino un número ínfimo de votos inferior al medio cuociente que se dedujo tanto en el escrutinio para Senadores como para Representantes al Congreso, la Corte Electoral ante tal realidad y aplicando la ley orgánica sobre la materia, decidió declarar vacantes las curules de ambas Cámaras correspondientes al llamado partido o partidos de minoría.

EL LITIGIO ANTE LA LEY Y LA CONSTITUCIÓN

El actor como se ha visto al narrar la demanda y al destacar los fundamentos de ella en el terreno de la juridicidad, ha propugnado porque se desate el litigio teniendo en cuenta determinados preceptos de orden constitucional, principalmente.

No es superfluo poner de manifiesto anticipadamente cómo lo que se ha convenido en llamar la ley fundamental o superley o ley de leyes o la Constitución Nacional de un país, que para el caso en Colombia es una Constitución republicana, fundada en el sistema y el mandato representativo del pueblo, por medio de sus electores y con base en el sufragio popular restringido, porque sólo opera para el sexo masculino o sea un sistema de Gobierno, políticamente considerado como republicano y asentado en la existencia y el funcionamiento del parlamento, la Carta o la Constitución es el estatuto que comprende en su estructuración dos órbitas: la llamada dogmática y la orgánica.

La primera que comprende un sistema más que de preceptos, de principios de orden abstracto, que preconizan la esencia, la medula del sistema republicano en su base y en su finalidad y en relación con la personalidad humana, parte esa dogmática que en definitiva se concreta a estatuir un régimen de garantías jurídicas o de exigencias que se estiman esenciales para la realización de una vida digna del hombre, o sea que entraña un sistema de limitaciones a la acción del poder público. En nuestra Constitución esta parte como lo anota el publicista de derecho constitucional colombiano, doctor Tascón, está representada por el título tercero que trata de los derechos civiles y garantías sociales.

Y la otra parte o la orgánica es la que trata de la organización y funcionamiento del Estado, y de sus Gobernantes, pero está estratificada también por preceptos normativos abstractos que en la práctica para tener un cumplido efecto exigen o necesitan que sean desarrollados por leyes. De tal manera, que es frecuente el caso de que hecha una autorización por la Constitución o proclamado un principio frente a una necesidad social, la ley que la ha de desenvolver no se dicta o se ha dictado restringida o timidamente sin que colme el anhelo del constituyente.

Tal ha pasado y pasa en lo relativo al Ramo Electoral, porque los principios constitucionales que proclaman la representación proporcional de los partidos han originado una legislación deficiente mútila y hasta inoperante.

La Sala examina el caso planteado del litigio a la luz de las disposiciones constitucionales invocadas por el actor como favorables para que su causa se decida conforme a sus pretensiones.

Tres disposiciones ha invocado el actor, de orden constitucional. Son los artículos 172, 93 y 99.

Artículo 172 o 77 del Acto legislativo número 1º de 1945 (este Acto legislativo según la edición oficial de leyes de ese año, aparece que el artículo 77 se refiere es al artículo 173 de la Constitución y no al 172 —como aparece en la edición de Constitución Nacional y Código de lo Contencioso—, de Carlos H. Pareja).

> «Cuando se vote por más de dos individuos en elección popular o en una corporación pública, se empleará el sistema del cuociente electoral u otro cualquiera que asegure la representación proporcional de los partidos. La ley determinará la manera de hacer efectivo este derecho».

Es decir, que la disposición constitucional transcrita preconizó, proclamó, estatuyó el principio de organización electoral, de la representación proporcional de los partidos, en forma abstracta, y para su cumplido efecto prescribió que el legislador determinaría la manera de hacer efectivo tal derecho.

Y el legislador procedió a hacerlo, dictando la Ley 39 de 1946, ley ésta por la cual se estableció el sistema del cuociente electoral, en la forma que detalla su artículo 1º

El artículo 172 de la Constitución Nacional o 77 del Acto legislativo número 1º de 1945, dio la facultad al legislador para que al expedir la ley que diera cumplido efecto del derecho que otorgó a los partidos políticos de su representación proporcional, cuando se tratara de elecciones populares como las que se hacen para elegir miembros del Congreso, adoptara el sistema del cuociente electoral «u otro cualquiera». Es decir, que el legislador de 1946 pudo no haber adoptado el sistema del cuociente electoral sino otro distinto, que en su parecer, hubiera estimado que realizaba el pensamiento del constituyente, de asegurar la representación proporcional de los partidos. Es decir, para hablar con más cabalidad el constituyente de 1945 dejó al arbitrio del legislador que empleara el sistema que mejor le pareciera en orden a garantizar para los partidos políticos el derecho que les confirió de «La representación proporcional», pero una vez adoptado determinado sistema, no quedaba ni podía quedar al arbitrio de ningún escrutador oficial el emplear en todos los casos o en uno determinado siquiera el sistema que mejor le apeteciera, porque desde que el legislador proveyó a una ley en desarrollo del precepto constitucional de que se trata, ya no quedaba para emplear en su aplicación sino el sistema que la ley hubiera preconizado.

Los anteriores distingos se hacen en consideración a que los señores abogados, muy distinguidos por cierto, que propugnan la demanda que se falla, parece que estiman que se puede emplear como sistema para elegir, en elecciones como de las que se trata, arbitrariamente, cualquier sistema con tal de asegurar la representación proporcional de los partidos.

El sistema del cuociente electoral implantado por la Ley 39 de 1946 descarta la posibilidad para cualquier partido concurrente en las elecciones populares, a urnas, de ser elegido o de dársele representación, si sus listas inscritas no hubieren alcanzado votos en cantidad por lo menos igual a la mitad del cuociente electoral que las mismas votaciones de todos los partidos concurrentes lo determinen; esto como principio general. Y cuando la concurrencia de partidos antagónicos a los que en un momento dado sustentan al Gobierno u ostentan el rótulo de «partidos de Gobierno», son tenidos como partidos de oposición, o que siendo tenidos como representativos de una misma designación o color político dado, operan con cierta independencia para buscar una representación proporcional a su causa, entonces viene o puede venir el proceso de las acumulaciones previstas y reglas por los incisos 2º y 3º del artículo 1º de la Ley 39 de 1946, casos en los cuales ese artículo reconocía un derecho de representación de los partidos en los comicios públicos, de un mínimum hasta de medio cuociente.

Es decir, que aun en el peor de los casos posibles, un partido político cualquiera podía obtener una representación mínima proporcional a sus votos emitidos igual al medio cuociente que se pudiera deducir.

Esto constituía en líneas generales el sistema electoral que regía hasta cuando se dictó el Decreto-ley número 1037 de 15 de mayo de 1951, cuyo estudio frente al caso en litigio se hace más adelante.

ARTICULO 93 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

Esta disposición se ha invocado concernientemente a la que preceptúa el inciso 2º, que dice:

> «En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres Senadores, ni menos de los que hoy elige».

La disposición anterior no estatuyó que en el caso de no elegirse el número de Senadores mínimo que estableció fuera nula la elección, ni que para que la representación senatorial que estatuye, para su validez tenía que representar todas las fuerzas políticas del país que se disputen la opinión pública, tanto las representativas del Gobierno como las antagónicas o de oposición. Y este mismo comentario se puede extender al inciso 2º del artículo 99 de la Carta, que dice:

> «En ningún caso habrá Departamento que elija menos de tres Representantes, ni un número menor de los que hoy elige».

Al preceptuar el inciso primero del artículo 93 citado y el inciso primero del referido artículo 99, que para el caso de elección de Senadores se necesita que el Senado y la Cámara se compongan de determinado número de miembros —uno por cada ciento noventa mil habitantes, habida consideración de la población de la República, en tratándose del Senado y uno por cada noventa mil habitantes, en tratándose de la Cámara de Representantes—, no hicieron tales disposiciones sino fijar las cuotas máximas a que pueden aspirar los partidos políticos para emitir sus votos y lanzar sus planchas de candidatos a la par que fijar para toda la República, con base en el censo general de ella, el número total de miembros de que se ha de componer el Congreso Nacional en sus dos Cámaras sin que se pueda afirmar que el espíritu de las disposiciones sea el de que sea inválida la elección, porque uno de los partidos que sufraguen en un momento dado, en competencia con otros, absorba todas las plazas o curules porque ponga de manifiesto mayorías aplastantes, o porque suceda el mismo fenómeno a causa de que el partido o partidos antagónicos, por causas que las disposiciones no prevén, se abstenga de votar.

En suma, los preceptos de los artículos 93 y 99 de la Constitución Nacional, al estatuir un mínimo de tres Senadores y de tres Representantes para cada Departamento, o sea un número impar, fue con el objeto de asegurar la representación proporcional de los partidos cuando éstos la busquen por medio del sufragio, de un lado, y de otro, al estatuir un máximo sobre la base de la población total de la República y con fundamento en los censos nacionales y el aumento demográfico, fue el de que la representación electoral tuviera elasticidad y acomodación de acuerdo con este último factor, y con fundamento también en la división política y territorial en Departamentos.

En consecuencia, no se halla asidero alguno en las disposiciones que se dejan estudiadas para pretender como pretende la demanda que se falla que la sección geográfica, territorial y política del Departamento de Boyacá, por no haberse escrutado los candidatos o listas del partido del Movimiento Popular Liberal, aunque su votación por lo escasa no lo permitió, quede sin representación, constitucionalmente considerada ésta, porque tanto para el Senado como para la Cámara de Representantes el escrutinio y elección de las listas de Senadores y Representantes del partido de Gobierno o conservador, satisfacen el número o cuota que para la sección de Boyacá exigen los artículos 93 y 99 de la Constitución Nacional.

EL LITIGIO FRENTE AL DECRETO-LEY NUMERO 1037 DE MAYO 15 DE 1951

Es de advertir que en el considerando tercero de este Decreto-ley se partió de la base de que el sistema electoral vigente permite que los cuerpos colegiados de elección popular queden integrados por fuerzas políticas de un solo partido, por abstenerse de concurrir a los comicios total o parcialmente los demás, y esto es evidente y cuadra con las disquisiciones precedentes que se han hecho en relación a las disposiciones

constitucionales que proclaman la representación proporcional de los partidos.

El artículo 5º que es el pertinente a fijar la norma para la elección y correspondiente escrutinio en las elecciones de Senadores y de Representantes a la Cámara, sucedidas el 16 de septiembre de 1951, reza:

> «Artículo 5º En los escrutinios de las próximas elecciones de Senadores y Representantes se determinará en primer lugar el número de sufragios correspondientes a cada uno de los distintos partidos a nombre de los cuales se hayan inscrito listas, y se asignará la mayoría de las curules al partido que hubiere obtenido el mayor número de sufragios. El resto de las curules se adjudicará exclusivamente entre partidos distintos del que haya obtenido la mayoría, a razón de una curul por cada vez que los sufragios obtenidos por cada uno de esos partidos cubra el número de votos con que resulte elegido cada miembro de la mayoría, determinado ese número mediante la división del total de los votos consignados a favor del partido mayoritario por el número de curules asignadas a éste.
>
> «Si los votos obtenidos por cada uno de los partidos distintos de aquel a que corresponda la mayoría no alcanzaren a cubrir el cuociente con que saliere elegido cada miembro de la mayoría, se asignará una curul a cada partido que haya alcanzado un número de sufragios superior a la mitad de dicho cuociente.
>
> «Las curules que no alcancen a proveerse de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, quedarán vacantes.
>
> «Cuando se incluya el nombre de cualquiera de los partidos tradicionales de Colombia en la inscripción de una lista, ésta se considerará como perteneciente a tal partido tradicional, aun en el caso de que se acompañe con otras designaciones».

Es decir, que el artículo transcrito, que es el cardinal del Decreto-ley 1037, en sus lineamientos generales reproduce el principio del cuociente y del medio cuociente para darles representación proporcional a los partidos que sufraguen, principios éstos de la Ley 39 de 1946, con la variante como norma nueva, de que los que no alcanzaren a obtener tales guarismos no alcanzan ninguna representación, pero que elegidos los candidatos del partido que lograre la mayoría, quedarán vacantes las curules que les debieran corresponder a los partidos distintos que por no haber votado totalmente, o parcialmente pero por debajo de aquellos índices de cuociente y medio cuociente, se manifestaron como abstencionistas en un ciento por ciento o menos por debajo del medio cuociente.

Es decir, que el Decreto-ley 1037 introduce a la legislación electoral el factor nuevo de prever la abstención de los partidos contrarios al partido de Gobierno, en el sentido de dejar vacantes *un cupo dado de curules en el Congreso*, pero en forma deficiente el anhelo manifestado por la disposición de que el partido concurrente a las urnas no absorbiera en su totalidad todas las curules, porque la disposición quinta anterior no provee, como no proveen las demás del Decreto-ley, a que las curules quedantes como vacantes fueran motivo, verbigracia, de que los partidos abstencionistas fueran a nuevas elecciones en busca de la oportunidad de que se les adjudicaran, y desaparecer así esa situación de un parlamento incompleto con curules vacantes.

En todo caso, el alcance del Decreto-ley 1037 no ha sido el de retrotraer la legislación electoral al punto en que por haber estado en vigencia el Acto legislativo número 8 de 13 de abril de 1905, que por haber instituido el derecho de representación de las minorías para las elecciones populares y para las que tuvieran por objeto constituir corporaciones públicas, fue el punto de partida de la representación proporcio-

nal de los partidos, reforma esa Constitucional que originó primeramente el sistema electoral del voto incompleto, en cuyo régimen cualquier número de sufragios que se cosechara en una elección dada, podía dar lugar y dio lugar en varias ocasiones de su vigencia a la representación minoritaria; pero ese régimen fue modificado luégo por no satisfacer y porque no era idóneo para moralizar a los partidos y para combatir la abstención a que solia entregarse el partido tradicional de oposición o liberalismo, y porque tampoco este partido aceptaba que su condición fuera perpetuamente la de un partido minoritario, y por haberse abogado por sus dirigentes, durante lustros, una reacción favorable legislativa, se preconizó el sistema del cuociente electoral, el cual por primera vez y en forma muy deficiente se instituyó por medio de la Ley 31 de 1929, articulo 4º, posteriormente por la Ley 7ª de 1932, articulo 1º, que trató de introducir un avance, y por último tal anhelo y tal desiderátum quedaron cristalizados en la Ley 39 de 1946, con sustentáculo en la Reforma Constitucional atrás memorada del Acto legislativo número 1º de 1945, que por su articulo 77 dejó estratificada en la Carta el principio electoral del sistema del cuociente electoral u otro que asegure la representación proporcional de los partidos.

No es tampoco el caso de entrar a considerar la Sala si es competente para por via de excepción averiguar si existe o no incompatibilidad entre la Constitución y el Decreto-ley 1037, y dentro de la órbita del articulo 215 de la Carta, en cuanto al aspecto de novedad introducido por tal Decreto-ley en la legislación electoral de dejar vacantes curules del Congreso ante el caso de abstención electoral de partidos distintos al partido de Gobierno, porque tal cuestión no roza con el problema planteado en la demanda, y porque en el supuesto de que lo hubiera sido y de que la inconstitucionalidad apareciera configurada, el fallo sería inoperante para que los anhelos de los demandantes pudieran cristalizar en que se pudieran escrutar y elegir los candidatos inscritos por la lista del Movimiento Popular Liberal, en la Circunscripción Electoral de Tunja, como candidatos al Senado y a la Cámara de Representantes, con sólo haber obtenido ciento dieciocho votos frente a los 112.118 votos que recogió el partido conservador en esa Circunscripción, porque tal aspecto supuesto de inconstitucionalidad no alteraría en forma alguna el principio esencial de que la elección y el escrutinio tienen que tener por base fundamental el proceso numérico del cuociente electoral y del medio cuociente, porque los guarismos numéricos de este proceso no quedarían corregidos para darle evasión exitosa a la demanda mediante la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto-ley por el aspecto que se deja señalado.

ABSTENCION ELECTORAL

Al plenario del juicio no se allegó prueba alguna concreta a demostrar la causa de la abstención: o porque ésta no hubiera sido espontánea por parte de los afiliados al «Movimiento Popular Liberal» porque hubiera habido, verbigracia, algo así como una fuerza mayor producida por coacción de otros dirigentes politicos del mismo partido liberal: o porque el ambiente propicio se hubiera desvanecido por coacción oficial o por falta de garantias de Gobierno en fin, por algo similar, que hubiera permitido explicar y demostrar que la abstención no había sido espontánea sino impuesta por la fuerza de factores extraños a la voluntad de los presuntos sufragantes con carácter configurativa de una fuerza mayor.

En paises politicamente tan involucionados como Colombia, es palpable la ausencia de un ordenamiento legal de los partidos politicos para su surgimiento, su organización y su funcionamiento y la finalidad que deben cumplir como fuerzas cívicas, devotas del régimen institucional de-

mocrático y consagradas exclusivamente al servicio público, al bien social y en aras del engrandecimiento patrio.

En tales condiciones de ausencia legislativa es bien explicable que la abstención electoral no sea tenida en cuenta aún por la legislación electoral colombiana, como sucede ya en otros países de la misma o menor travesía histórica de Colombia, en los que el avance de sus instituciones políticas han ido hasta calificar la abstención electoral como un pecado antidemocrático y político de tal naturaleza que se le sanciona con la disolución del partido, cuando incurren en la abstención cierto número de veces, consecutivamente o no, y durante cierto lapso.

En los partidos políticos, la abstención puede ser índice de indiferencia, de crisis interna u obedecer a móviles mezquinos. Pero puede ocurrir también, como lo anotan publicistas ilustres, «Que la falta de garantías por la descomposición política de un país, en un momento histórico dado, justifique suficientemente la abstención de un partido como tal, aunque no la de sus afiliados individualmente», casos en los cuales sí no se justifica ninguna sanción.

Si el sufragio es, en cuanto a su ejercicio, una función pública y como que entraña un deber, una carga, debe tenérsele como irrenunciable y de obligación legal y moral al elector.

Ya se dijo, y se repite, cómo los demandantes no allegaron prueba alguna tendiente a demostrar el porqué de la abstención, si ésta fue impuesta o no por causas extrañas a los afiliados del Movimiento Popular Liberal, pero en todo caso la abstención manifestada en los comicios del 16 de septiembre de 1951 entraña un índice de descomposición política y pudo ella haber sido impuesta como resultado, esa descomposición, por intereses mezquinos.

En los países políticamente avanzados, a la par que existe el ordenamiento legal antes apuntado, se registra una agitación cultural cívica sobre los partidos, desarrollada por sus mismos dirigentes, y se registra también fuera de la ley reglamentaria la educación cívica de los partidos en forma tan grande, que se llega hasta proveerlos de la formación cuidadosa, y selectiva y provocada, no al azar, de la formación de los dirigentes políticos.

Tales sucesos provechosos se registran en los países democráticos sajones, Estados Unidos y la Gran Bretaña.

Al respecto refiriéndose al partido conservador inglés, que como es sabido es un partido eminentemente tradicional, Emile Veysset decía:

> «El partido conservador sabe elegir y respetar a sus jefes. No da su confianza al primer llegado o al dispensador de fondos. Sabe reclutar su élite política. Tiene sus escuelas de oradores y sus colegios de propagandistas. Escudriña en todas las clases de la sociedad para encontrar futuros dirigentes. No basta tener dinero y relaciones para ser entronizado en un puesto de comando».

En cambio los partidos democráticos de los países hispánicos, en el hemisferio americano, no han afrontado aún este problema: la formación de sus dirigentes.

Es urgente la expedición de un estatuto que provea el ordenamiento legal de los partidos y a la formación de una conciencia cívica y elevadamente moral de sus afiliados, entre cuya educación debe jugar preponderante papel la preocupación de la formación de grandes caracteres para entresacar de ahí la formación de grandes dirigentes políticos, desinteresados, altruistas y patriotas.

Es suficiente todo lo anterior para concluir que la demanda no puede prosperar y sus súplicas deben negarse.

FALLO:

Con fundamento en las dilucidaciones anteriores, el Consejo de Estado en Sala Plena y oído el concepto de su Fiscal y de acuerdo con él en parte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA las súplicas de la demanda atrás mencionada.

Cópiese, háganse las comunicaciones del caso, notifíquese y archívese el expediente.

Jesús Estrada Monsalve, Antonio José Prieto, Daniel Anzola Escobar, Baudilio Galán Rodríguez, Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera, Pedro Gómez Parra, Alvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros.—Luis E. García V., Secretario.

ELECTORALES

(Consejero ponente: doctor Antonio José Prieto).

Consejo de Estado—Consejo Pleno—Bogotá, julio diez de mil novecientos cincuenta y uno.

Referencia: Juicio electoral de nulidad o de rectificación de los escrutinios para Concejeros Municipales, verificados en Armenia en los días 14 y 15 del mes de junio de 1949, a fin de que se escrute como Concejal el nombre del señor Julio Jaramillo, como principal, y el señor Jaime Botero, como suplente, quienes integraron el segundo renglón de la lista liberal encabezada por Antonio Ocampo, en lugar de los señores Alberto Echeverry y Julio Trujillo, quienes fueron escrutados como principal y suplente para el octavo renglón de la lista liberal encabezada por el doctor Jorge Uribe Márquez.

En el derecho, el pleito electoral se contrae a sustentar que en el escrutinio no se supo aplicar o se aplicó equivocadamente la acumulación o arrastre, de que tratan los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 1º de la Ley 39 de 1946, y a corregir esta equivocación.

En el presente caso el Consejo de Estado reafirma la doctrina jurisprudencial sentada por sus sentencias de 29 de agosto y 5 de septiembre de 1947, al mismo tiempo que formula la tesis de que siendo los partidos políticos, conforme a las concepciones doctrinales modernas de los más avanzados y eminentes profesores americanos de Derecho Público, instrumentos al servicio de la democracia y el Estado democrático, donde éste rige, los principios de la representación proporcional de los partidos hace juego con el de la cohesión de éstos en función electoral, y esta armonía es la que se debe buscar en la acertada aplicación de la mentada ley del arrastre.

Desde luego que no se encuentra la ocurrencia de causal legal alguna que invalide la actuación, se entra a decidir el presente negocio electoral venido a esta Superioridad por apelación interpuesta solamente por la parte impugnadora del fallo de primera instancia pronunciado por el Tribunal Administrativo de Manizales con fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, y toda vez que se ha agotado el trámite propio a la secuela de la segunda instancia.

Para ello se hacen las consideraciones previas siguientes:

LA DEMANDA:

Oportunamente y por libelo fechado el 22 de junio de 1949, el abogado inscrito doctor José de la Pava, diciéndose mayor y vecino de Armenia ocurrió ante el Presidente del Tribunal Seccional Administrativo de Ma-

uizales y con fundamento en el articulo 201 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 41 de la Constitución Nacional (sic), para en su propio nombre suplicar lo siguiente:

«Demando la nulidad de los escrutinios para Concejeros Municipales verificados en Armenia en los días catorce (14) y quince (15) del presente mes, por la Junta Escrutadora designada por el honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, integrada por los señores doctor Horacio Botero Isaza, señor J. Enrique Duque y doctor Luis Eduardo Leal, quien actuó como Secretario en su calidad de Registrador Municipal del Estado Civil en Armenia.

Que en consecuencia de la declaratoria anterior, se ordene la verificación de nuevos escrutinios, para que se escrute como Concejal el nombre del señor Julio Jaramillo, como principal, y el señor Jaime Botero, como suplente, quienes integran el segundo renglón de la lista liberal encabezada por el señor Antonio Ocampo, la cual fue inscrita legalmente para las elecciones del cinco de junio, por el Corregimiento de La Tebaida, en lugar de los señores Alberto Echeverri y Julio Trujillo, quienes fueron escrutados como principal y suplente para el octavo renglón de la lista encabezada por el doctor Jorge Uribe Márquez, en el acto cuya nulidad solicito».

El actor adujo como hechos fundamentales de su anterior demanda los que la Sala sintéticamente resume así:

1º El 29 de mayo de 1949 se inscribieron legalmente para las elecciones de Concejeros Municipales en Armenia, que se verificaron el 5 de junio de ese mismo año, una lista conservadora cuyo renglón de principales encabezó Vicente Giraldo G. con sus correlativos suplentes que encabezó Melio Martínez Márquez; y tres listas liberales, de principales y suplentes, que respectivamente encabezaron para la primera Jorge Uribe Márquez y el suplente Manuel J. Vargas; para la segunda, Jorge Ossa y el suplente Vicente Yepes López; para la tercera, especial del Corregimiento de La Tebaida, Antonio Ocampo y el suplente William Gallo; y la lista comunista de Dario Carrillo y el suplente Pedro Nel Oviedo.

2º El electorado sufragó por las anteriores planchas de candidatos de los diversos partidos.

3º El 14 de junio de 1949 la Junta Escrutadora para Armenia, designada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en desarrollo de lo previsto en el artículo 12 de la Ley 89 de 1948, integrado por el doctor Ignacio Botero Isaza, el señor Enrique Duque y el doctor Luis Eduardo Leal, Secretario éste de la Junta, en su calidad de Registrador Municipal del Estado Civil, inició el escrutinio, para lo cual revisó los paquetes de los pliegos de los 90 jurados de votación que funcionaron en Armenia y en el Corregimiento de La Tebaida, así como las actas de los escrutinios verificados por cada uno de tales jurados.

4º Abiertos y revisados los paquetes de los registros de la votación y los demás documentos, y hecho el recuento de los votos emitidos por cada lista, la Junta Escrutadora procedió al cómputo total de los votos válidos, en la forma que se expresa en la demanda.

5º Con base en los expresados resultados, la junta escrutadora declaró electos principales y suplentes, en la forma que allí mismo se determina, a los ciudadanos correspondientes.

6º Para llegar a esta conclusión la Junta Escrutadora verificó las operaciones aritméticas que la demanda relata y a la cual el presente fallo se refiere, especialmente más adelante, en capítulo especial.

El numeral séptimo, del capítulo de los hechos fundamentales de la demanda, muy extensamente se contrae a precisar con la discriminación consiguiente por qué el actor estima que la Junta Escrutadora en las ope-

raciones aritméticas que verificó para deducir los nombres de principales y suplentes como Concejeros correspondientes al conservatismo y al liberalismo, y en las operaciones que verificó para declarar elegidos los nombres que de Concejeros liberales declaró electos, incurrió en errores tales que determinaron el que se hubiera asignado al liberalismo en la lista encabezada por Jorge Uribe Márquez, mediante una acumulación equivocada y una interpretación errónea en la aplicación de la Ley 39 de 1947, con detrimento de la lista liberal encabezada por Antonio Ocampo, por el Corregimiento de La Tebaida. o sea que en tal numeral se puntualiza lo que constituye la esencia del litigio en el hecho, en lo fundamental en esta materia, y fija al propio tiempo la finalidad de la acción instaurada.

Para fundamentar la demanda en el derecho el actor señaló como violados los artículos 172 de la Constitución Nacional; 1º de la Ley 29 de 1946; 204 y 207 del Código Contencioso Administrativo y demás disposiciones concordantes.

PRUEBA DOCUMENTAL

A la demanda se acompañaron los documentos que obran de folios 1 a 6 del cuaderno único del informativo.

Tales documentos son:

La certificación del Alcalde Municipal de Armenia que detalla las listas que para las elecciones del 5 de junio de 1949, de Concejeros Municipales, se incribieron en esa Alcaldia; y que los postulados se posesionaron legalmente de sus respectivas postulaciones.

Copia del Acta número 1 «Correspondiente a los actos verificados por la Comisión Escrutadora en la Registraduria Municipal del Estado Civil de Armenia (Caldas)», y que sucedieron el 14 de junio de 1949.

Presentada y admitida legalmente la demanda e impulsado su desarrollo normal de tramitación, el señor Alberto Echeverri, uno de los Concejeros liberales elegidos, apoderó al abogado Hernando Palacio Lozano para que impugnara la demanda, y se hizo parte, pues, como impugnador.

El apoderado del impugnador manifestó sus puntos de vista de impugnación de la demanda, en escrito presentado el 22 de julio de 1949, y que es el que obra de folios 20 a 23.

Como ninguna de las partes hubiera solicitado practicación de pruebas, el juicio no se abrió a prueba, pero se fijó término para que las partes alegaran por escrito, lo cual asi hicieron, y entre ellas el señor Fiscal Primero del Tribunal *a-quo*, quien de paso, se advierte, se pronunció favorablemente a las peticiones de la demanda.

Finalmente el Tribunal pronunció el fallo de primera instancia, de fecha 27 de agosto de 1949, en sentido favorable a la demanda, el cual luégo de haber sido notificado legalmente fue apelado, como ya se dijo, por la parte impugnadora exclusivamente, y la apelación se concedió, previa comprobación que se hizo con la certificación expedida por el Jefe de la Sección de Contabilidad y Revisión Municipal de la Contraloria General del Departamento de Caldas, con la cual se acreditó que el presupuesto inicial o sea el acuerdo que lo contiene, expedido por el Concejo Municipal de Armenia, para la vigencia fiscal del 1º de enero de 1949 al 31 de diciembre del mismo año, asciende a la cantidad de 2.979.406 pesos, siete (0.07) centavos, o sea que por pasar de $ 300.000 el presupuesto municipal, el negocio electoral admite segunda instancia (articulo 191 del Código Contencioso Administrativo, inciso 2º).

QUE RESOLVIO EL TRIBUNAL

La sentencia que se revisa resolvió:

«1º Rectifíquense los escrutinios a que dice el fallo, a fin de que una vez hechas las adjudicaciones por cuociente, se adjudiquen los puestos que faltaron por proveer, teniendo en cuenta lo dicho en la parte motiva de esta sentencia sin acumular los residuos que alcancen o pasen del medio cuociente.

2º Para verificar por este Tribunal la rectificación ordenada, señálase la hora de las nueve a. m. del tercer día hábil siguiente a la ejecutoria de esta sentencia.

3º En debida oportunidad se nombrarán los escrutadores; y

4º Verificada dicha rectificación, se expedirán a quienes corresponda, las respectivas credenciales, quedando de hecho canceladas las que por efectos de la misma sean inválidas».

Lo anterior fue resuelto por unanimidad de Magistrados y con el concepto favorable anticipado del Fiscal.

Durante la segunda instancia el apelante emitió sustentar el recurso.

ESENCIA DEL LITIGIO

Las listas inscritas y por las cuales se votó, fueron de quince renglones la conservadora, de catorce la liberal de Uribe Márquez, de diez la liberal de Jorge Ossa, de tres la liberal del Corregimiento de Tebaida y de cinco la comunista encabezada por Darío Carrillo.

Así lo comprueba la certificación del Alcalde Municipal de Armenia, folio 1 del informativo.

Conforme al Acta número 1, expedida por el Registrador del Estado Civil de Armenia y que contiene el escrutinio, verificado por la comisión respectiva, folios 2 vuelto a 6, el cómputo total de los votos válidos arrojó el siguiente resultado:

Lista liberal de Uribe Márquez	5.896	
Lista liberal de Antonio Ocampo	1.381	- (La de La Tebaida).
Lista liberal de Jorge Ossa	1.284	
Lista comunista de Dario Carrillo	48	
Lista conservadora de Vicente Giraldo ..	4.247	

COMO PROCEDIO LA COMISION ESCRUTADORA

La misma Acta o comprobante indicado acredita que la Comisión Escrutadora el día 14 de junio del año de 1949, a la hora de las 2 p. m., realizó la operación aritmética que la Sala falladora pasa a indicar, y conforme a la cual se verificó el escrutinio y se declararon electos Concejeros principales y suplentes a los ciudadanos allí indicados, y para el período constitucional de 1949 a 1951.

Los votos válidos anteriormente indicados, recogidos por las listas de Uribe Márquez, Ocampo, Ossa, Carrillo y Giraldo se totalizaron o sumaron, lo cual arrojó el guarismo de 12.856. Como el número total de miembros que constituye el Concejo Municipal de Armenia, y el cual se trató de elegir, es de quince (15), aquel guarismo se dividió por este número y la operación arroja el cuociente de 857 con un sobrante de una unidad.

Como la lista liberal de Uribe Márquez fue la que recogió el mayor número de votos, su total de 5.896 se dividió por el cuociente 857. Esta operación da un cuociente de seis con un residuo de 754.

La lista conservadora de Giraldo, que en seguida a la anterior recogió el mayor número de votos o un total de 4.247, se dividió por el cuociente dicho, y da un cuociente de 4 con un residuo de 819.

La lista liberal de Ocampo, con su total de 1.381, al ser dividida por el cuociente da un cuociente de 1 con un residuo de 524.

La lista liberal de Ossa, con su total de 1.284, al ser dividido por el cuociente, da un cuociente de 1 con un residuo de 427; y finalmente la lista comunista de Carrillo por un infimo total de 48 votos quedó en absoluto descartada.

Conforme a las operaciones anteriores les correspondieron y les fueron adjudicados en su orden, en la primera etapa del proceso escrutador, las siguientes curules o sillas para el Cabildo Municipal, así:

Para la lista liberal de Uribe Márquez seis renglones de principales y suplentes en el orden de la lista inscrita y votada, que indiscutiblemente le corresponde por adjudicación de cuociente; cuatro renglones de principales y suplentes para la lista conservadora de Vicente Giraldo; un renglón de principal y suplente para la lista liberal de Ocampo; por cuociente un renglón de principal y suplente para la lista liberal de Ossa. Quedaron escrutados y elegidos en esta primera etapa doce principales y doce Concejales suplentes. Para las tres curules restantes, para proveerlas, se procedió en la segunda etapa del proceso escrutador, en la siguiente forma:

Como se observó anteriormente, las operaciones conducentes a averiguar qué cuocientes y residuos se obtenían para cada una de las cuatro listas indicadas, los residuos obtenidos son estos:

Para la lista de Uribe Márquez	754 votos
Para la lista conservadora de Giraldo	819 votos
Para la lista liberal de Ocampo	524 votos
Para la lista liberal de Ossa	427 votos.

En vista de que el mayor residuo lo constituye el guarismo de 819, correspondiente a la lista conservadora de Giraldo, la comisión escrutadora le adjudicó a esta lista un Concejal más. Es decir, que con esta última operación quedaron provistos trece curules o elegidos trece Concejales.

Para determinar o proveer las otras dos sillas, ¿qué procedimiento adoptó la Comisión Escrutadora?

El acta lo indica en la transcripción que pasa a hacerse:

> «En seguida los demás residuos se excluyeron del escrutinio para acumularlos en la lista encabezada por el doctor Jorge Uribe Márquez, del mismo partido, que alcanzó mayor número de votos. De tal acumulación se obtuvo un total de 1.705 votos, y de ahí que a esta lista se le hubieran adjudicado los dos Concejeros restantes».

Es decir, que a la lista liberal de Uribe Márquez se le adjudicaron ocho (8) curules así: seis por cuociente y dos más por las dos de 754 votos para la misma lista de Uribe Márquez, de 524 para la de Ocampo y de 427 para la de Ossa.

Es de observar, que en la operación anterior no se preocupó la Comisión Escrutadora por averiguar cuál era el medio cuociente para obtenerlo, y que el acta de escrutinio en ninguna de sus partes menciona que tal cosa se hubiera hecho, y como la acumulación indicada no se compadece con el espíritu de la Ley 39 de 1947, porque en la computatación y adjudicación correspondiente que contiene la segunda etapa del proceso escrutador, no se tuvo en cuenta para nada tal medio cuociente, para conforme a él haberse dado valor a los residuos en el juego que a éstos se les dio, en forma equivocada, como más adelante se demuestra, es obvio que queda descartado y en forma muy comprensible en qué consistió el error perpetrado por la Comisión Escrutadora y que en este error es donde reside la esencia y el porqué del litigio.

NORMAS JURIDICAS ESTRICTAS A LAS CUALES DEBIO CEÑIRSE LA COMISION ESCRUTADORA EN LA SEGUNDA ETAPA DEL PROCESO ELECTORAL, DETALLADO ANTERIORMENTE Y FRENTE A LOS RESIDUOS QUE SE DEDUJERON EN LA PRIMERA ETAPA DE ADJUDICACIONES POR CUOCIENTES

Huelga decir que las adjudicaciones que se hicieron para las tres listas liberales y para la única conservadora de doce casillas, mediante la primera y simple operación de dividir los totales de votos de cada una de las listas por el cuociente hallado o guarismo de 857, no merece ningún reparo, por encontrarse perfectamente ajustadas a la técnica de la ley electoral y a la precisión matemática.

Si dicha operación dejó como *residuos* los siguientes guarismos:

Para la lista conservadora de Vicente Giraldo ..	819 votos
Para la lista liberal de Uribe Márquez	754 votos
Para la lista liberal de Ocampo	524 votos
Para la lista liberal de Ossa	427 votos

la segunda operación del proceso electoral tenía que verificarse así:

1º Hallar el medio cuociente, para lo cual basta dividir el cuociente 857 por dos, lo que da como tal el guarismo de 428½; y como el residuo que más se acerca al cuociente, siendo mayor que el medio cuociente, es el deducido para la lista conservadora de Giraldo de 819 votos, forzosamente había que adjudicarle una casilla más a esta lista, por determinante del medio cuociente.

Dado que en el orden descendente de los cuatro residuos preindicados, el de mayor cantidad es el de la lista de Uribe Márquez, con 754 votos, guarismo este superior al medio cuociente, es innegable que a esta lista le correspondía y le corresponde la adjudicación de otra curul edilicia por ser el residuo mayor al medio cuociente, o sea por contenerse éste en él; y como en la lista liberal de Ocampo su residuo es también mayor que el medio cuociente, y arroja en el mismo orden descendente con su guarismo de 524 votos un número mayor al de la lista liberal de Ossa, cuyo residuo de 427 votos es inferior al medio cuociente, ineludiblemente a la lista liberal de Ocampo le correspondía y le corresponde la adjudicación de otra curul más.

Es decir, que las tres curules por proveer que quedaron luégo de hecha la adjudicación por los cuocientes, entre las cuatro listas que por razón de las cantidades de votos que obtuvieron, superiores al cuociente entero, pudieron entrar a la rueda primera o juego de adjudicación determinada por éste, se han debido y se deben adjudicar en la forma cuya discriminación antecede, o sea:

Para la lista conservadora de Giraldo, que es la del residuo más alto, una curul más.

Para la lista liberal de Uribe Márquez, cuyo residuo sigue en votos a la anterior, una curul más.

Y para la lista liberal de Ocampo, cuyo residuo sigue inmediatamente en orden descendente a la de Uribe Márquez, una curul más.

El Tribunal *a-quo*, en la parte última de la motivación de su fallo, afirma que para hallar a cuáles listas deben adjudicarse las últimas curules, la operación por hacer debe ser la de acumular el residuo de la lista de Uribe Márquez al residuo de la lista liberal de Ossa; y que una vez restando de ese total de acumulación al cuociente entero se debe adjudicar el segundo renglón a la lista liberal de Ocampo, porque hecha aquella resta, el residuo quedante en favor de la lista de Uribe Márquez es menor al residuo de la lista de Ocampo, lo que en operación aritmética se traduce así:

Residuo de la lista liberal de Uribe Márquez	754
Acumulación del residuo de la lista liberal de Ossa	427
Total por acumulación	1.181
Deducción juego cuociente entero, que da un puesto más a esa lista de Uribe Márquez	857
Residuo quedante	324

que por inferior al de la lista de Ocampo (524 votos), desplaza a favor de éste el otro renglón.

El Consejo no acepta la motivación anterior del Tribunal Administrativo por las razones que se exponen más adelante en el capitulo de que se trata, al alcance jurídico verdadero de la Ley 39 de 1947, en relación con la materia que trata el presente fallo.

JURIDICIDAD Y NORMAS LEGALES MEDIANTE LAS CUALES SE DESATA EL LITIGIO

El esquema esbozado anteriormente, conforme el cual debe procederse en la rectificación, de conformidad a las súplicas de la demanda y por encontrarse que éstas son justas y valederas dentro de la ley, son, de una parte el articulo 172 de la Constitución Nacional, que impone que todo acto de escrutinio debe asegurar la representación proporcional de los partidos, y de otra, la aplicación de la Ley 39 de 1946, que impone emplear el sistema del cuociente electoral, cuando se trata de toda elección popular y en las que deben hacer las corporaciones públicas cuando se trata de elegir más de dos ciudadanos y especialmente para dar aplicación estricta a lo que preceptúan los incisos 2º 3º y 4º de articulo 1º de esta ley, en casos como el que registra el pleito electoral que se falla, de reflejar la modalidad de reflexiones internas de los partidos que intervinieron en la elección, en orden a respetar y a hacer respetar el medio cuociente o medios cuocientes residuales, y para saberse cuándo es que los simples residuos de listas varias de una misma filiación politica pueden o no acumularse, frente a los medios cuocientes o medios cuocientes residuales.

Al Consejo, desde el pronunciamiento de su fallo, de fecha 29 de agosto de 1947, de la que fue ponente el doctor Jesús Estrada Monsalve, actual Consejero, estudió tales normas legales para su estricta aplicación y profundizó sobre la materia de entonces. Otros fallos, como el de fecha 5 de septiembre de ese mismo año, cuya ponencia fue del actual Consejero, doctor Pedro Gómez Parra, han venido reafirmando la juridicidad y la doctrina jurisprudencial que normalmente dedujo el primero de los fallos citados, respecto a la interpretación y alcance de la Ley 39 de 1946, en su aplicación justa y exacta para hacer operantes al aludido precepto constitucional.

Desde entonces quedó fijado que el riguroso orden de las cinco operaciones o momentos del acto del escrutinio, según el espiritu de los mentados incisos 2º, 3º y 4º del articulo 1º de la Ley 39 de 1946, son las indicadas en aquel fallo del 29 de agosto de 1947, e indicadas por los numerales A) a F).

Las reglas contenidas en los numerales A), B) y D) que en el presente fallo denominamos la primera etapa del proceso electoral, se contraen a indicar el procedimiento para obtener el cuociente electoral y para obtener las adjudicaciones que correspondan a las listas electorales con aplicación del mismo cuociente y por razón de éste.

El numeral C) determina la regla conforme a la cual deben quedar excluidos del escrutinio, en forma absoluta, las listas cuyos votos válidos no alcanzaron a la mitad del cuociente.

En el escrutinio del pleito que se falla, las operaciones que contemplan los cuatro numerales A), B), C) y D), no merecen reparo alguno, y en puridad de verdad jurídica, el pleito se contrae o tiene relaciones con las normas a que se refieren los numerales E) y F), o sea a las operaciones aritméticas que constituyen la segunda etapa del proceso escrutador a que estos dos numerales se refieren.

Ley 29 de 1946. «Artículo 1º En toda elección popular y en las que deben hacer las corporaciones públicas, cuando se trate de elegir más de dos ciudadanos, se empleará el sistema del cuociente electoral en la forma siguiente:

«El total de votos válidos obtenidos en la Circunscripción Electoral en la corporación pública que hace la elección, se divide por el número de individuos que deben elegirse, y el resultado es el cuociente electoral.

«Las listas cuyos votos válidos no hubieren alcanzado una cantidad por lo menos igual a la mitad de dicho cuociente, se excluirán del escrutinio, pero sus votos se acumularán a la del mismo partido que hubiere alcanzado mayor número, aun cuando hayan sido inscritas con distintos calificativos.

«Cumplida la acumulación, cada una de las listas tendría derecho a tantos puestos tantas veces cupiere el cuociente en el total de sus votos, y si hecha la adjudicación respectiva quedaren uno o más puestos por proveer, entonces se adjudicarán a los residuos en orden descendente, previa la acumulación al mayor de los pertenecientes a las listas del mismo partido.

«En la adjudicación de los puestos que correspondan a cada lista se atenderá el orden de colocación de los nombres que en ella figure, y que cuando se trate de elección popular debe ser el mismo de la regularmente inscrita. En todo empate decidirá la suerte».

Cabe observar con respecto al procedimiento sugerido por el Tribunal de primera instancia, atrás explicado y que el Consejo rechaza, que la disposición anterior la contraría, aunque la práctica dé el mismo resultado, porque el cuociente entero no tiene aplicación sino una vez, dentro de un mismo proceso electoral o escrutinio, y que agotado, no puede repetirse, porque en la segunda etapa sólo cuentan los medios cuocientes y los residuos, y en lo presupuesto por el Tribunal se hace una acumulación para jugar nuevamente el cuociente entero, lo cual vendría a condicionarse al procedimiento que estableció la Ley 67 de 1937, en el cual así contaban dos cuocientes, el propiamente dicho, y otro resultado llamado nuevo cuociente, deducido de las acumulaciones que se hacían de las listas que pasaban del medio cuociente. En cambio, en la aplicación de la Ley 39 de 1946 no hay sino un solo cuociente completo y el medio cuociente cuya característica es la de tener un valor propio para determinar la segunda adjudicación, luégo de haberse hecho la primera por medio del cuociente entero.

Puede suceder que eventualmente ocurra una tercera adjudicación, la cual tendrá lugar, cuando adjudicados los puestos por el cuociente o por el medio cuociente, según los casos, no se hubieran aún provisto todas las sillas, según así lo discrimina con mucho acierto la citada sentencia de 29 de agosto de 1947.

Pero como en el caso de autos, con las dos adjudicaciones que se hacen por el cuociente entero y por el medio cuociente, quedan agotadas las listas y las casillas por proveer, puesto que éstas no eran dieciséis o más sino quince, tres únicamente las listas liberales y conservadora sólo una.

Al respecto es oportuno rememorar lo que el Consejo dijo en el repetido fallo de 29 de agosto de 1947, en relación con los medios cuocientes residuales:

«La imposibilidad aritmética de asimilar *cualitativamente* los medios cuocientes a residuos, no impide que los segundos jueguen *cuantitativamente* en competencia con los primeros, de partido a partido, cuando así lo requiere el escrutinio para hacer efectiva la representación proporcional de los partidos».

Y más adelante, al hablar de las acumulaciones, se dijo:

«Quiere esto decir que los medios cuocientes, originales o residuales, son, en la Ley 39, entidades independientes que ni se excluyen del escrutinio ni son acumulables».

De todo lo anterior se desprende que, como tesis general, para que sea posible la acumulación de sufragios, es menester que cuando se trate de aplicar el cuociente entero o el medio cuociente, en uno o en otro caso, los votos recogidos por las listas varias de cada partido, cuando éstos se han dividido, sean inferiores, o al cuociente entero o al medio cuociente.

QUE FINALIDAD PERSIGUIO EL LEGISLADOR AL EXPEDIR LA LEY 39 DE 1946. SU FUNDAMENTO.

El artículo 45 del Acto legislativo número 3 de 1910, que establecía que en toda elección en que se votaba por más de dos individuos, aquélla sería por el sistema del voto incompleto o del cuociente electoral, o del voto acumulativo, u otro cualquiera que asegurara la representación proporcional de los partidos, fue sustituido por el 77 del Acto legislativo número 1 de 1945, que es hoy el 172 de la compilación actual de la Constitución Nacional, en cuya reforma última, imperativamente y de modo categórico se estableció el sistema del cuociente electoral, a fin de asegurar la representación proporcional de los partidos, en las elecciones populares, y en las que hagan las corporaciones públicas.

Antes de esta última reforma y en ordenamiento a aquella de 1910, entre otras leyes rigió la 67 de 1937, que estableció el sistema por primera vez del cuociente electoral por su artículo 1º, pero que por no haber cumplido en la práctica a cabalidad la aspiración republicana de que se alcanzara la representación proporcional de los partidos, siempre que operara, sus reglas fueron sustituidas por las que hoy rigen, contenidas en el artículo 1º de la Ley 39 de 1946.

El fundamento de esta ley obedeció a la inquietud y al propio tiempo aspiración manifestada por el legislador en la exposición de motivos, de sus autores, tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado. Aquélla no fue otra sino la de reaccionar contra el sistema imperante estatuido por la Ley 67 de 1937, que en la práctica quebraba la voluntad del constituyente de asegurar la proporcionalidad y la representación de las diversas colectividades partidistas, porque el sistema del cuociente no funcionaba perfectamente, lo cual ocasionaba, como dijeron en la exposición de motivos ante la Cámara los ponentes de la Ley 39 de 1946, el abuso de un crudo «fulanismo», en que las desmedidas ambiciones personales militaban contra la organización de los partidos políticos; y esta otra cristalizó el deseo de restablecer «el necesario equilibrio entre la libertad de elegir y la supervivencia del partido por el cual se elige o en cuyo favor se quiere ejercer el valor del sufragio», es decir, que en síntesis, la Ley 39 de 1946 quiso corregir las imperfecciones del estatuto legal de 1947, que en concepto del legislador de 1946 minaba la moral orgánica de los partidos, o sea que trató de reprimir sus anarquías sin dejar de reconocer un mínimum de libertad para los electores en la escogencia de los candidatos y para sobre esta base ejercer aquéllos la función del sufragio.

Armonizar, pues, la protección de los partidos en su organización y la libertad de los ciudadanos afiliados a los partidos, para elegir y para votar dentro del funcionamiento de éstos, fue el propósito, la finalidad esencial que se propuso el legislador de 1946 al expedir el estatuto de la Ley 39, y este ha sido el criterio de juridicidad con que ha procedido, con que ha querido esforzarse el Consejo de Estado, en las varias ocasiones en que le ha tocado interpretarlo y aplicarlo.

SIGNIFICACION DE LOS PARTIDOS POLITICOS Y SU IMPORTANCIA DENTRO DE LAS CONCEPCIONES MODERNAS DEL **DERECHO POLITICO Y DEL DERECHO PUBLICO AMERICANO Y EUROPEO**

Los tratadistas modernos de Derecho Politico y de Derecho Público, de los más importantes Estados Americanos, desde los de la República Sajona hasta los de la Argentina, y también los europeos viven preocupados por el inmenso influjo que los partidos politicos han adquirido y adquieren crecientemente, como órganos estatales y como instrumentos al través de los cuales se realizan y funcionan los gobiernos, por lo cual los constitucionalistas cambian y abogan porque en los textos constitucionales y legales se dé asidero a principios categóricos que velen por la sana organización de los partidos politicos, que compelen y garanticen su función civica y auténticamente democrática, en todo momento.

El constitucionalista argentino José Nicolás Matienzo, desde 1926, en sus lecciones de Derecho Constitucional clamaba por la sana y republicana organización de los partidos, al decir:

> «No hay gobierno republicano posible, si la libertad de sufragio no empieza a ser ejercitada por los ciudadanos dentro de las agrupaciones politicas. Es menester comenzar por el principio: organizar republicanamente los partidos, para organizar republicanamente la nación. No hay que pedir peras al olmo, pues nadie da lo que no tiene. Si hemos de querer peras, habrá que buscar perales; si queremos tener libertad electoral, la obtendremos con partidos que la practiquen ellos en su mismo seno».

Al respecto Linares Quintana dice: «No se ve con qué autoridad una agrupación civica podria criticar procedimientos antidemocráticos de las autoridades, cuando ella misma se haya viciado por el fraude, la demagogia o el despotismo».

Y glosando la frase de Clemenceau de que «la democracia es tanto más perfecta cuanto menos imperfectos son los organismos que la encarnan e interpretan», agrega, «podriamos decir que la democracia es tanto más perfecta cuanto más perfectos son los partidos politicos. Y la perfección dentro de la relatividad de las cosas humanas, solamente puede conseguirse en la órbita politica, con agrupaciones civicas democráticamente organizadas... Los gobiernos reflejan los aciertos y los errores de los partidos politicos, de aqui la enorme responsabilidad que asumen éstos en la vida democrática». (*Los Partidos Politicos, instrumentos de gobierno,* obra de Linares Quintana).

Desde cuando en octubre de 1641, en Inglaterra, al reunirse el Parlamento Largo, nuevamente surgieron los dos grandes partidos que desde ese instante, históricamente, estaban predestinados a modo de dos grandes palancas de ese glorioso pais, para ocupar alternativamente el Gobierno británico, y desde cuando Jorge Wáshington, como Presidente de la República norteamericana, inquieto y alarmado, advertia el surgimiento de los partidos politicos norteamericanos, como la aparición de una desgracia nacional, según asi lo dio a entender el jurisconsulto Juan Gerardo Bluntschli, avanzadamente y con todo acierto, que dicen: «Un par-

tido, la palabra (parte) misma le indica, es siempre una fracción de un todo. No representa entonces más que el sentimiento de una parte de la nación y no debe jamás identificarse con el Estado bajo pena de ser culpable de orgullo y de usurpación. Puede combatir los otros partidos; no puede ignorarlos ni esforzarse en abatirlos o hacerlos desaparecer, un partido no puede subsistir solo; es la existencia de un partido opuesto lo que le da el ser y la vida». Entendía, finalmente, que los partidos no son una institución de derecho público sino de la política; ni miembros del organismo del Estado sino grupos sociales, en los cuales cada uno entra y sale libremente, y en los que algunas opiniones o algunas tendencias unen a los miembros para una acción política común. Son el producto y la expresión de distintas corrientes del espíritu público, que mueve la vida nacional dentro del círculo de las leyes».

Desde esos tiempos a hoy, muchas son las transformaciones ingentes que ha sufrido el mundo en general, en su marcha de vicisitudes hacia el progreso, y muchos los cambios psicológicos que han mutado la mentalidad de los pueblos y de sus estadistas. En contacto a que los constituyentes de Filadelfia, impregnados de horror a los partidos políticos, no aludieran a éstos en la Constitución que expidieron en 1787 para la gran República de Norteamérica, y que se han mantenido en las 48 Constituciones de los 48 Estados Federales de la misma; en contraste a la misma corriente de ideas que manifestara John Adams, el 6 de agosto de 1812, y bajo el influjo de lo que enantes manifestara Wáshington, cuando escribiera a Samuel B. Malcolm: «Hay dos tiranos en la vida humana, que dominan en tòdas las naciones, entre indios y negros, tártaros y árabes, indúes y chinos, griegos y romanos, británicos y galos, tanto como en nuestro sencillos, jóvenes y queridos Estados Unidos de América. Estos dos tiranos son: facción y partido».

El Presidente de la Confederación Argentina, el General De Jueto José de Urquiza, en su mensaje del 22 de octubre de 1894, proclamó: «Hay otro síntoma de alto precio que no puedo dejar de mencionar y fortalecer. Los argentinos, envueltos en prolongadas turbaciones y frecuentes tempestades, se han visto arrastrados por diferentes caminos. No nombraré los partidos ni seguiré el giro de las diversas fracciones que las han dividido. Pero lo que hace al caso decir que cada fracción ha traído su desgracia, cada partido su catástrofe. Unos adhirieron a esta causa opuesta por los mismos e idénticos motivos. Así las pasiones preocupan los ánimos. Así el supremo mal, que es el derramamiento de sangre en disturbios civiles, debe reconocerse por honor a la humanidad, que casi siempre tiene lugar con la intención de hacer el bien. Lo anterior es como una especie de lamentación inquietante y relativa a un mal general de aflicción para todos los paises ibero-americanos, mal que se podría llamar de los partidos políticos, de su vicioso y anormal funcionamiento como elementos estatales, desgraciadamente aun conturba a muchos de estos países acusando un retraso en el desenvolvimiento de su civilización, de su mentalidad y de su moral, y frente al pueblo sajón de Norteamérica».

Cobra hoy relieve perenne el grande interés que en pro de los partidos políticos de este último pàis citado, y como una rectificación a tiempos pasados, manifestaran estadistas modernos del tipo de Drover Cleveland, quien al aceptar la candidatura a la presidencia de la gran democracia norteamericana, decía el 18 de agosto de 1884: «Los partidos son la consecuencia necesaria de nuestras instituciones»; del Presidente Coolidge, quien expresara su celo de «tener organizaciones partidarias si debemos tener un Gobierno efectivo y eficiente»; de Herbert Hoover, quien señalara que la «Democracia práctica requiere el Gobierno de dos partidos»; y finalmente, y de modo más reciente, el líder mundial de la gran guerra de 1939, el Presidente Franklin Delano Roosevelt, quien, el 8 de enero de 1940, dijo: «Creo en la organización partidaria pero solamente en

proporción a su lugar adecuado en el Gobierno. Creo que la organización partidaria —la existencia al menos de dos partidos efectivamente opuestos— es una parte pura y necesaria de nuestros sistemas norteamericanos; y que organizados nacionalmente, por Estados y por localidades, los partidos son buenos instrumentos para el fin de presentar y explicar los problemas, de mejorar la calidad de los candidatos a los cargos públicos».

La escala anterior de conceptos, de estadistas y publicistas, corresponde a la escala evolutiva ascendente de la preponderancia del desarrollo y de la inmensa importancia de los partidos politicos dentro de la dinámica de los Estados típicamente republicanos y democráticos y que, aunque en su surgimiento en tales Estados, extraconstitucionalmente, sorprende que en el pais más tildadamente caracteristico de la democracia en el mundo, que son los Estados Unidos de Norteamérica, esa evolución está jalonada desde las prevenciones y aun amargas advertencias del funtlador de esa República, en su famoso discurso de despedida de Wáshington, sobre los partidos politicos, a hoy en que sus últimos presidentes, sus constitucionalistas y publicistas más modernos y famosos como William F. Willoughby, en *The Government of Modern States*, y Charles E. Merrian y Harold Foote Gosnell, en *The American Party System*, en 1936 y 1933, en su orden, sustentaran como culminación de esa evolución de doctrina politica, lo siguiente:

> «Los partidos politicos han llegado, cada dia más, a erigirse en los medios por los cuales son formuladas las políticas públicas y los programas legislativos, y se han convertido así, en verdaderos órganos de Gobierno».
>
> «El partido puede ser considerado como una parte del Gobierno mismo».

Y en la famosa República austral de la Argentina, la evolución del Derecho Politico, al menos teórica e idealmente, pareció concretarse en los esfuerzos que se hicieron en el año de 1944 para dotar a ese país de un Estatuto Orgánico de los Partidos Politicos, para que sometidos éstos a un régimen legal, a la par que se garantizara su existencia y normal funcionamiento, se produjera el equilibrio de la Nación, y en la manifestación de tal aspiración, los publicistas argentinos, comentando el articulo 1º de tal estatuto, estereotiparon los siguientes:

«Los partidos politicos constituyen verdaderos instrumentos de Gobierno», concepto éste que es congruente y complementario de lo que ya antes habia dicho José Manuel Estrada, en su obra *Politica Liberal bajo la tiranía de Rosas, en 1942*, «la ausencia total de partidos es el cretinismo de los pueblos».

PARTIDO Y FACCION. MONOPOLIO DIRECTIVO Y MONOPOLIO ELECTORAL. COINCIDENCIA ENTRE WASHINGTON Y BOLIVAR EN LA ANIMADVERSION A LAS FACCIONES Y AL FUNCIONAMIENTO ANTIPATRIOTICO DE LOS PARTIDOS POLITICOS.

Rastreando el origen del aniversario de los constituyentes de Filadelfia y de Jorge Wáshington, se encuentra en la posibilidad permanente y susceptible, de que los partidos politicos dejen de funcionar normal y plenamente con todo el vigor de su fuerza y pensamientos elevadamente nacionales, de sus grandes núcleos de afiliados y de opinión porque de ellos se apoderen los llamados comandos directivos o grupos pequeños audaces para dominarlos despóticamente, uniéndolos a sus caprichos, a sus deseos de dominio personal, a su afán de lucro, a sus ambiciones mezquinas, porque entonces se da asidero a lo que se ha llamado la facción, a la oligarquia con su cortejo de anarquias y de odios sectarios.

El Presidente de la Gran Colombia, el Libertador Simón Bolívar, en dos ocasiones manifestó también y con qué dejo de amargura y de dura decepción, su prevención contra tal proceder de las fracciones partidistas, y en especial de los facciosos, cuando en 1812, desde Cartagena de Indias dirigió un mensaje a los ciudadanos de la Nueva Granada y a raíz de los desastres consumados en Venezuela:

> «Las elecciones populares hechas por los rústicos del campo, y por los intrigantes moradores de las ciudades, añaden un obstáculo más a la práctica de la federación entre nosotros: porque los unos son tan ignorantes que hacen sus votaciones maquinalmente, y los otros, tan ambiciosos que todo lo convierten en facción; por lo que jamás se vio en Venezuela una votación libre, y acertada, lo que ponía el Gobierno en manos de hombres ya desafectos a la causa, ya inaptos, ya inmorales. El espíritu de partido decidía en todo, y por consiguiente, nos desorganizó más de lo que las circunstancias hicieron. Nuestra división, y no las armas españolas, nos tornó a la esclavitud».

Y más tarde, presa de decepción todavía más angustiosa, exclamó:

> «No hay fe en América, ni entre los hombres ni entre las naciones. Los tratados son papeles; las constituciones, libros; *las elecciones, combates;* la libertad, anarquía, y la vida un tormento». (Subraya el Consejo).
>
> «... Oigamos el grito de la patria, los magistrados y los ciudadanos, las provincias y los ejércitos, para que formando todos un cuerpo impenetrable *a la violencia de los partidos,* rodeemos a la Representación Nacional, con la virtud, la fuerza y las luces de Colombia». (Subraya el Consejo).

Pero cabe observar que frente a las prevenciones, a las advertencias y aun a las decepciones que sobre los partidos políticos manifestaran antaño los dos grandes próceres, los dos grandes fundadores en el Norte y en el Sur del Continente Americano, el uno de la República Sajona y el otro de cinco Repúblicas hispánicas, que hoy por hoy, ante el gran desarrollo e influjo cada día más creciente de los partidos políticos en el desenvolvimiento mismo de la democracia y del sistema representativo, la existencia de los partidos políticos explícase, no como anomalías o enfermedades de los pueblos, sino precisamente, por natural diversidad de ideas, sentimientos e intereses que dividen a los hombres en toda sociedad culta y civilizada. Y tal hecho es, como destaca Elerrieta y Artazá, «causa de que en los momentos críticos de las naciones, cuando está en peligro la existencia misma del Estado, se sacrifiquen todas las divergencias en aras del bien y seguridad de la Patria».

La importancia, pues, de los partidos políticos en todo el orbe, produjo, a raíz de la primera guerra mundial, pero sobre todo en los países de modalidad republicana, una inmensa inquietud entre los constitucionalistas y los tratadistas del Derecho Político, quienes se esforzaron porque en las Constituciones adecuadas o de innovación, y en cualquier forma, se registrara la existencia de los partidos políticos y se proveyera, ya sea a la Justicia Electoral o a su organización de vida, fiscalizada u ordenada por el Estado, y así en este orden se han venido desarrollando en todos los países de América, o reformas constitucionales o expediciones de leyes para darles vida, para defenderlos en su protección democrática, o aun para frenarlos o hacerlos operantes cívicamente.

Colombia no ha sido extraña ni a tal influjo ni a tal movimiento alentador de tales innovaciones y reformas constitucionales y legales, y así hoy opera el precepto constitucional de la representación proporcional de los partidos en las elecciones populares y en las que hagan las corporaciones públicas.

La Ley 39 de 1946 fue un paso de avance que quiso dar en pro de la organización de los partidos, y en pro de velar porque siendo éstos, como se ha dicho anteriormente y conforme a las concepciones doctrinales modernas de los más avanzados y eminentes profesores americanos del Derecho Público, instrumentos al servicio de la democracia y del Estado Democrático, donde éste impera, los principios de la representación proporcional de los partidos hacen juego con el de la cohesión de éstos en función electoral, y esta armonía es la que se debe buscar en la acertada aplicación de la mentada ley de la acumulación o del arrastre.

Finalmente, como se anunció desde el penúltimo capitulo del presente fallo, se deben confirmar los numerales 2º, 3º y 4º del fallo recurrido, y el primero se debe modificar en el sentido de ordenar que la rectificación de los escrutinios de que se trata se hagan, para que una vez hechas las adjudicaciones por cuociente entero, en la segunda etapa del proceso electoral, se adjudiquen las tres curules restantes, entre la lista conservadora y las listas liberales, con fundamento o juego exclusivamente del medio cuociente, sin que sea el caso de hacer las acumulaciones que equivocadamente manda hacer el fallo recurrido y conforme a las bases que al respecto dio en su motivación, o sea para que la operación procesal electoral de la segunda etapa se realice de conformidad a lo expuesto pertinentemente en la exposición motiva del presente fallo, ya que como se deja demostrado en el caso de autos, no opera, ni puede operar acumulación alguna de residuos, porque en esta segunda rueda con tal medio cuociente dado el número total de curules por proveer o el número total de Concejales por elegir, el proceso electoral todo queda concluido con la realización de la segunda etapa o juego de segunda rueda mencionada, sin que quede campo de posibilidad alguna para las acumulaciones de residuo.

FALLO:

En consecuencia con lo dilucidado anteriormente, el Consejo de Estado en Pleno, y oído el concepto del señor Fiscal Segundo y en desacuerdo con este colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, sentencia así:

1º Revócase el numeral primero del fallo recurrido, de fecha agosto veintisiete de mil novecientos cuarenta y nueve, pronunciado por el Tribunal Administrativo de Caldas, y en su lugar DISPONE:

Rectifíquense los escrutinios a que dice relación el presente fallo, a fin de que una vez hechas las adjudicaciones por cuociente entero, las tres curules sobrantes se adjudiquen entre la lista conservadora y las listas liberales con fundamento y juego del nuevo cuociente, y sin acumulaciones de ninguna clase, o sea conforme a las bases directrices señaladas en la exposición motiva que antecede, del presente fallo.

2º Confírmense los numerales 2º, 3º y 4º del mentado fallo recurrido

3º Déjase en los términos anteriores, REFORMADO el fallo recurrido.

Notifíquese, cópiese, comuníquese a quienes corresponda, publíquese y devuélvase.

Jesús Estrada Monsalve, Antonio José Prieto, Daniel Anzola Escobar, Baudilio Galán Rodríguez, Manuel A. Dangond Daza, Pedro Gómez Parra, Guillermo Acosta Acosta, José Urbano Múnera, Alvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros.—Luis E. García V., Secretario.

INDEMNIZACIONES — COMPETENCIA DEL CONSEJO

(Consejero ponente: doctor Baudilio Galán Rodríguez)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintidós de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

El señor Fiscal 2º de la Corporación solicita que se declare la nulidad de lo actuado en este juicio, por existir la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción. De la solicitud se ordenó correr traslado a las demás partes por el término legal, y vencido como se halla éste, se procede a resolver, ya que se trata de una cuestión de puro derecho. Con tal fin se considera:

Funda el señor Fiscal la causal de nulidad que alega en que en su concepto «en el caso de autos se controvierten "cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de interés social" y, por consiguiente, su conocimiento y decisión corresponde a la justicia ordinaria».

La demanda, con fundamento en los artículos 261 y siguientes de la Ley 167 de 1941, persigue la declaración de que el Departamento de Santander y el Municicio de Rionegro, son responsables de los perjuicios ocasionados al demandante, con motivo de la construcción por el Municipio y para el Departamento, de la carretera que une la cabecera del Municipio de Rionegro con el Corregimiento de Llano de las Palmas, en cuanto atravesó el predio rústico de propiedad del demandante, denominado La Esmeralda de San Pablo, y que dichas entidades están obligadas a indemnizarle tales perjuicios.

El señor Fiscal refuerza su opinión con doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia, según la cual la justicia contencioso administrativa no es competente para conocer de las controversias o acciones indemnizatorias por razón de daños causados por razón de trabajos públicos, porque se lo impiden los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Constitución, conforme a los cuales «la enajenación forzosa con motivo de utilidad pública o interés social, no puede realizarse sino mediante sentencia judicial e indemnización previa».

Ciertamente, considera el Consejo de Estado que el conocimiento de las acciones que versen sobre el dominio de los bienes inmuebles, no es de competencia de la justicia contencioso administrativa, porque esa atribución no se la confieren ni la Constitución ni las leyes. Esa competencia le está atribuida expresamente a los Tribunales ordinarios. Por ello, no es procedente ante la jurisdicción contencioso administrativa el ejercicio de la acción reivindicatoria o de dominio; tampoco lo es el de la acción de expropiación o mutación forzosa del dominio de los inmuebles por causa de utilidad pública.

En la expropiación de inmuebles, ante todo, sobreviene la declaración de utilidad pública que con relación a determinado inmueble hace

una autoridad administrativa; luego la entidad de derecho público respectiva, por medio de sus representantes legales, se convierte en actora de un juicio ante la justicia ordinaria, en el cual son demandados no sólo el dueño del inmueble sino también todos aquellos que tengan algún derecho real sobre el mismo; el Juez, si es el caso, decreta la expropiación, y regulado el monto de la indemnización «dicta sentencia de adjudicación de bienes a favor del demandante, la que debe inscribirse en el libro o libros de registro correspondientes...» (artículo 858 del Código Judicial). Hay, pues, una mutación forzosa del dominio en favor de la entidad de derecho público, por virtud de decreto judicial, como resultado de un procedimiento regular desde el primer momento, en desarrollo de una institución que consagra la Carta fundamental y reglamenta la ley, como es la expropiación de bienes de particulares, por causa de utilidad pública.

En materia de construcción de vías de comunicación de carácter público, en que sea preciso ocupar propiedades particulares, pueden presentarse dos situaciones: una, en que la entidad de derecho público que proyecta la construcción de la vía pública adopta desde el principio un procedimiento regular autorizado por la Constitución y las leyes; es decir, la expropiación, como lo prevén la Ley 38 de 1918 y las posteriores que con ésta se relacionan sobre la materia; y otra, en que la entidad de derecho público, sin acudir previamente al procedimiento regular de la expropiación, ocupa de hecho inmuebles de propiedad particular, o en general, causa perjuicios con motivo de trabajos públicos que lleva a cabo por medio de sus agentes.

Como se advierte claramente, en la primera de las situaciones contempladas, es decir, cuando media el procedimiento de expropiación, la competencia para decidir sobre la mutación de la propiedad inmueble y sobre las indemnizaciones correspondientes, pertenece a la justicia ordinaria, según ya se ha dicho.

Empero, en la segunda de tales situaciones, las cosas pasan de diferente manera. En efecto, aquí no se va a decidir sobre mutación forzosa de la propiedad inmueble; no se ejercita una acción relativa al dominio. Simplemente se trata de la oportunidad que brinda la ley para obtener una indemnización por los perjuicios ocasionados por trabajos públicos. Al efecto, consagra la acción contencioso administrativa de que tratan los artículos 261 y 262 de la Ley 167 de 1941. Es una acción especial de restablecimiento del derecho particular violado por hechos de la Administración. En este caso los papeles se invierten en el juicio respectivo; aquí el demandante es la persona que ha sufrido los perjuicios y el demandado es la entidad de derecho público que los ha ocasionado con sus hechos. La actividad de la justicia contencioso administrativa al respecto, no es otra que decidir sobre la obligación de indemnizar y regular el monto de la indemnización. De antemano, la ley (artículo 269, Ley 167 de 1941), ha previsto que si la Administración fuere condenada al pago de lo que valga la zona ocupada de una propiedad inmueble, el demandante deberá otorgarle el correspondiente título traslaticio de dominio. Así pues, cuando el interesado considera que es conveniente a sus intereses ejercitar la acción contencioso administrativa para obtener una indemnización por ocupación de un inmueble de su propiedad con motivo de trabajos públicos, y al efecto instaura dicha acción, es obvio, que hace una manifestación tácita de que aceptada su pretensión y regulado el monto de la indemnización, otorgará en favor de su demandado, que es la entidad de derecho público, el título traslaticio de dominio de la parte del inmueble ocupada por los trabajos públicos, que es precisamente el objeto o uno de los objetos de la indemnización que demanda. Bien se ve, como ya se ha dicho, que en el caso en cuestión no hay un fallo que cause mutación del dominio. Simplemente hay lugar a una declaración de la existencia de perjuicios y de la obligación de in-

demnizarlos, asi como a su regulación. La sola prevención que debe hacer la justicia contencioso administrativa al demandante (articulo 269 de la Ley 167 de 1941) de que «deberá otorgarse en favor de la Administración el correspondiente titulo traslaticio de dominio», no decide sobre el derecho de dominio, ni constituye un modo de adquisición ni un titulo de transmisión del mismo. Resulta claro también que si el demandante no hiciera el titulo traslaticio del dominio, no podria recibir el valor de la indemnización porque ésta resultaria sin causa. Asimismo, es manifiesto que si no usara el procedimiento contencioso administrativo, podria reivindicar el dominio de la parte ocupada del inmueble, desde luego ante los tribunales ordinarios. Y en ese caso, a la entidad de derecho público, para persistir en la ejecución de sus obras, no le quedaria otro camino que acudir a la expropiación, entonces si como demandante, y ante la justicia ordinaria.

Finalmente, el hecho de que la justicia contencioso administrativa tenga que estudiar los titulos de dominio que aduzca el demandante de la indemnización por ocupación de un inmueble por trabajos públicos, no le hace perder su competencia para conocer de la acción, porque no va a decidir una controversia sobre dominio, sino simplemente a calificar la personeria sustantiva del actor para demandar una prestación y su capacidad, efectuar la contraprestación de transmitir el dominio. Si ello no fuera asi, la justicia contencioso administrativa careceria de competencia y no tendria razón de ser su intervención cuando estudia la legalidad de los contratos de adquisición de inmuebles por la administración en que se impone el estudio de los titulos de dominio respectivos.

De lo dicho se concluye, sin lugar a duda, que en el presente juicio en que se persigue una indemnización por trabajos públicos en que se comprende el valor de una zona de un inmueble ocupada, no hay razón juridica ni legal alguna que le niegue o desconozca a la justicia contencioso administrativa la competencia que le atribuye el Capitulo XXII de la Ley 167 de 1941.

En tal virtud, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo— DECLARA que no existe causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción para conoeer del presente juicio, y NIEGA la solicitud del señor Fiscal sobre declaración de nulidad de lo actuado. Devuélvasele el expediente para el concepto de fondo.

Cópiese y notifiquese.

Baudilio Galán Rodriguez.

Luis E. Garcia V., Secretario.

INDEMNIZACION

(Consejero ponente: doctor Daniel Anzola Escobar).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintiuno de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

Referencia: Magdalena Montaña de Izquierdo contra el Municipio de Bogotá. Indemnización por trabajos públicos.

En grado de apelación interpuesta tanto por el apoderado de la parte actora como por el señor Personero del Municipio de Bogotá, parte en el negocio a términos de lo dispuesto por el articulo 20 del Código de lo Contencioso Administrativo, ha venido la sentencia de fecha 21 de septiembre del año de 1951, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió la demanda de la señora Magdalena Montaña de Izquierdo incoada con el objeto de obtener se condenara al «Municipio de Bogotá, representado por su Personero, señor doctor Rafael Maria González, a pagarle la cantidad de cincuenta mil ochenta y cinco pesos ($ 50.085.00) moneda corriente».

El texto resolutivo del fallo es de este tenor:

> «1º Condénase al Municipio de Bogotá a pagar la suma de cincuenta mil ochenta y cinco pesos ($ 50.085.00) moneda corriente, a favor de la señora Magdalena Montaña de Izquierdo, como valor de la indemnización de los trabajos públicos efectuados en la zona de su propiedad, cuyos linderos aparecen en la demanda.
>
> 2º De acuerdo con el articulo 269 del Código Contencioso Administrativo, otórguese a favor del Municipio de Bogotá el correspondiente titulo traslaticio de dominio.
>
> 3º Si no fuere apelada la presente sentencia, consúltese con el honorable Consejo de Estado».

Surtida como está la tramitación propia de la segunda instancia y en firme el auto que citó para sentencia, se procede a resolver lo que se estime legal, previas las siguientes consideraciones:

Como hechos de la demanda propuso el doctor José Maria Esguerra Samper, apoderado de la parte actora, los que a continuación se transcriben:

> «1. La demandante es propietaria del inmueble número 7-62 de la calle 19 y 19-06 de la carrera 8ª de esta ciudad, por habérsele adjudicado en la partición de los bienes del doctor Francisco Montaña, que figura en la escritura número 3052, del 29 de diciembre de 1924, de la Notaria 1ª de Bogotá;
>
> 2. Dicho inmueble tiene los siguientes linderos generales conforme al titulo citado: "Por el Oriente, con propiedad que fue del señor Antonio González de la Motta y hoy pertenece a la sucesión del señor Francisco Montaña; por el Sur, con la calle diez y nueve (19); por el Occidente, con la carrera octava (8ª);

y por el Norte, en parte con casa que fue de Felipe F. Paúl y que es hoy de Marcos Ferrer, y en parte con casa que fue de Lorenzo Alfonso y que es hoy de Francisco Jaramillo...";

3. Con motivo de la construcción de un local de un piso en el referido inmueble, el Municipio de Bogotá ordenó el retroceso del paramento sobre la calle 19 y la carrera 8ª, en forma que las zonas discriminadas en la parte petitoria de la demanda vinieron a ser destinadas por dicha entidad para el uso público y entraron de hecho a formar parte de las citadas vías públicas;

4. Por tal motivo, debido a órdenes de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Bogotá, Departamento de Control, tales zonas, de propiedad de la demandante, quedaron convertidas en bienes de uso público;

5. Como el Municipio de Bogotá no pagó el valor de dichas zonas, ocasionó perjuicios a la demandante que equivalen, por lo menos, al valor de tales zonas, el cual fue fijado por el propio Municipio en la suma de $ 50.085.00 moneda corriente».

En derecho viene fundada la demanda en el artículo 26 de la Constitución Nacional y en las disposiciones pertinentes del Capítulo 22 de la Ley 167 de 1941.

El señor Personero Municipal, al contestar la demanda, expuso:

«Me opongo a que se hagan las declaraciones y condenaciones solicitadas por la demandante y en consecuencia, pido se nieguen las peticiones de dicha parte y se le condene en las costas del juicio».

Al cuestionario de los hechos manifestó el Personero: al primero, que la entidad municipal «estaría a lo que se acredite mediante títulos suficientes». Al tercero y al cuarto, que debía probarlos la parte actora. Al quinto, replicó: «Niego la deducción de perjuicios que pretende el demandante, y advierto que con ello se señala un concepto de fondo del pleito. En cuanto a las demás afirmaciones que contiene el hecho, debe acreditarlas el demandante».

Durante los pasos de la primera instancia no dio a conocer el señor Personero las razones de su inconformidad ni en su oportunidad presentó alegato alguno en sustento de su negativa; la defensa quiso limitarla a interponer el recurso de apelación que, bueno es anotar, tampoco motivó ante la Sala sentenciadora del Consejo.

Surtido el traslado al señor Fiscal del Tribunal para su vista de fondo, dicho funcionario se excusó de rendirla en atención «a que como el señor Personero había intervenido en el negocio desde la contestación de la demanda, se consideraba por ello reemplazado en el juicio por el señor Personero, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 19 de 1937».

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal sentenciador encontró probados todos los hechos de la demanda, así: el primero, con el allegamiento que hizo el señor apoderado de los títulos de propiedad y demás documentos correspondientes, que, dice, establecen que la señora demandante es la titular del derecho de dominio vinculado sobre el bien materia del litigio y cuya inscripción a su favor se hallaba vigente para el día de la demanda.

El hecho de haber ocupado el Municipio parte de la propiedad de la señora demandante, la señalada en la demanda, y haberla luégo destinado la entidad municipal para ampliar la vía pública adyacente o limítrofe al inmueble de la demandante, lo encontró el Tribunal plenamente acreditado, visto el resultado de la inspección ocular practicada durante el término probatorio de la primera instancia.

Cuanto al elemento perjuicio, apreciación y cuantía de la indemnización consiguiente halló el Tribunal justo, razonable, fundado y suficientemente motivado el dictamen pericial rendido sobre el particular por los doctores Jaime Caballero Uricoechea, Jorge Santander y Gonzalo Vargas Rubiano.

Comentando esta pieza informativa se dice en la sentencia:

> «Si con pruebas fehacientes se encuentran probados todos los hechos que según la ley causan el derecho de la indemnización por trabajos públicos de que trata el Código Contencioso Administrativo, sólo resta decir que del experticio anteriormente citado, no se aparte el Tribunal por hallarlo ajustado a derecho y rendido sobre bases de innegable equidad. Y sólo advierte que la suma por ellos fijada excede en mil pesos a la pedida por la demandante, valor éste que no puede ser tenido en cuenta por el Tribunal en razón del principio de que no se puede fallar en más de lo pedido».

Sobre la base de la anterior y única consideración, el Tribunal sentenciador impuso la condena que ya viene transcrita.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal del Consejo, doctor Justo Franco V., en su vista de fondo conceptúa que debe confirmarse la sentencia recurrida, bien que reformándola «en el sentido de *adicionarla*, ordenando que se deduzca el veinte por ciento sobre la cantidad ordenada pagar, que corresponde a la valorización del inmueble».

Son de la vista del señor Fiscal los siguiente pasajes:

> «En la sentencia que se revisa en grado de apelación, el Tribunal de instancia, después de estudiar los elementos indispensables para la prosperidad de la acción indemnizatoria de perjuicio por trabajos públicos, que es la que se ejercita en el presente negocio, despachó favorablemente las peticiones de la demanda, condenando al Municipio de Bogotá a pagar a la demandante, señora Magdalena Montaña de Izquierdo, la cantidad de $ 50.085.00 como indemnización por los perjuicios causados en un inmueble de su propiedad por la construcción de vias públicas, y condicionó tal pago al hecho de que la actora deberá otorgar previamente a favor del Municipio de Bogotá el correspondiente título traslaticio de dominio de las zonas ocupadas por las vías públicas en el terreno de su propiedad.
>
> Analizadas las probanzas que sirvieron de fundamento al fallo recurrido, este despacho no tiene reparo alguno que formular porque considera que las conclusiones del fallo están bien deducidas en derecho, ya que los elementos axiológicos de la indemnización, a saber: 1º La realización del trabajo público; 2º La propiedad de la demandante sobre el inmueble afectado por el trabajo público, y 3º La demostración del perjuicio, se hallan debidamente acreditados en los autos.
>
> Olvidó sin embargo el Tribunal *a-quo* dar cumplimiento a lo dispuesto en el articulo 268 del Código Contencioso Administrativo, esto es, ordenar la deducción del 20% de la suma que se ordena pagar a título de indemnización correspondiente a la valorización del inmueble por el trabajo público realizado, ya que los peritos conceptuaron que "es imposible, hoy por hoy, calcular el monto de la valorización que pueda obtener el resto de la propiedad de la demandante, señora Montaña de Izquierdo". ».

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En más de un centenar de fallos tiene repetido el Consejo, y es su jurisprudencia, que las entidades de derecho público: Nación, Departamento, Municipio, aunque están autorizadas por razones de utilidad pública o de conveniencia social para ocupar transitoriamente la propiedad ajena y aun expropiarla, en todos los casos, están obligadas a la indemnización correspondiente, traducible en el pago del perjuicio causado al propietario o tenedor de la respectiva propiedad, todo ello en desarrollo del principio de que nadie puede enriquecerse a costa ajena; más aún, el Estado, a quien por mandato constitucional no le es dable ocupar ni expropiar bienes de particulares sin que medie la indemnización adecuada y competente.

Consiguientemente, la ocupación que el Municipio consumó sobre la zona de propiedad de la demandante y que luégo dio al servicio público, engendró la acción de este litigio, toda vez que el Municipio no ha reparado el perjuicio sufrido por la titular del dominio del bien —faja de terreno— que hoy usa sin titulo ninguno la expresada entidad municipal.

Se explica:

La señora Montaña de Izquierdo, dueña del lote de terreno descrito en los hechos de la demanda, solicitó del Municipio de Bogotá, con pleno derecho, licencia para construir un local en el terreno de su propiedad, el señalado en la demanda, y el Municipio se lo concedió, pero obligándola y ordenándole ceder parte del lote con destino a la vía pública adyacente, asi: «Por la carrera 8ª costado oriental: retroceder el paramento 4.00 metros en el extremo sur, y 4.22 metros en el extremo norte. Por la calle 19 costado norte: retroceder el paramento 2.40 metros en el extremo W. y 2.24 metros en el extremo oriental. Terminar el ángulo de la esquina por medio de un ochave de 5 metros o de una curva circular de 5 metros de radio, tangente a los paramentos. Ancho futuro por la calle y carrera, 12 metros».

Y el Municipio, retrocediendo el paramento en acatamiento a la orden municipal que le fue impartida a la propietaria del lote, dio la zona al servicio público, como que con ella amplió las calles adyacentes a la finca; es decir, tomó la propiedad privada, la parte segregada, para hacer de ella un bien de uso público, tal como lo evidenció el funcionario de la inspección ocular.

De lo anterior resulta que la calle pública fue ampliada mediante la segregación que se hizo de una propiedad ajena a virtud de órdenes de funcionarios municipales, las que la propietaria se vio obligada a atender, pues no eran posibles reclamos administrativos de ninguna clase.

Aparecen, pues, claramente establecidos los elementos propios al éxito de la acción. Se trajo al proceso el titulo con que la indemnización se reclama; aparece claramente establecido el hecho que la causa; en copia legalmente expedida se lee la orden del funcionario municipal, en virtud de la cual la demandante se vio precisada a dar para uso público parte de su propiedad. (Articulo 264 del Código Contencioso Administrativo).

Mas pudiera objetarse que el Municipio al disponer la ampliación de la calle procedió licitamente, es decir, amparado por la Ley 96 de 1913, que lo autoriza para «disponer lo conveniente sobre trazado, apertura, ensanche y arreglo de las calles de poblaciones y caserios, asi como por el estatuto especial para Bogotá que dispone que el Municipio está facultado "para dictar las medidas conducentes para determinar el perimetro urbano, señalar las obligaciones tanto de los particulares dueños de inmuebles, como las de las empresas urbanizadoras".». Cierto lo anterior, pero como ya lo dijo el Consejo en sentencia publicada en los *Anales*, tomo 362, página 537:

«... la facultad de que goza el Municipio de Bogotá, en virtud de las disposiciones citadas, no puede en ningún caso extenderse hasta el extremo de desconocer el precepto constitucional que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo titulo. La misma Constitución prevé que, cuando por motivos de utilidad pública haya necesidad de ocupar por el Estado la propiedad particular, es preciso dar al propietario la indemnización correspondiente. Las normas legales que facultan al Concejo de Bogotá para señalar obligaciones a los propietarios de inmuebles en relación con la apertura, ensanche, trazado y modernización de las vias públicas, deben interpretarse en armonia con el articulo 30 de la Constitución Nacional, es decir, que si por motivos de utilidad pública, el Municipio tiene que ocupar la propiedad particular, puede hacerlo pero indemnizando al propietario el daño que le cause».

En otro pasaje del mismo fallo se lee:

«... la ilicitud o licitud con que procedan las autoridades administrativas, nada tiene que ver con el derecho del propietario a hacerse pagar por el despojo que sufra o por el daño que reciba; a más de que la modernización, mejoramiento o ampliación de las vias públicas es una actividad común, permanente y normal del Municipio, que, según la misma jurisprudencia, cuando se ejecuta con perjuicio de los derechos particulares, acarrea una responsabilidad que da lugar a la correspondiente indemnización».

Precisados claramente los anteriores fundamentos de hecho y de derecho, debe concluirse que ellos justifican el derecho de la demandante a obtener la indemnización que reclama, correspondiente al valor de la zona de terreno que por orden del Municipio se vio precisada a segregar de su propiedad. Resta por tanto averiguar si la prueba aducida para fijar la entidad perjuicio y el quantum de la indemnización puede estimarse, legalmente, como vinculante a obtener el derecho reclamado en este juicio.

Con el objeto de apreciar el valor de las zonas segregadas y los perjuicios causados por ese hecho, el demandante solicitó se practicara por el Tribunal en asocio de peritos, una inspección en el predio de la litis. Durante la diligencia, el señor Personero delegado en lo Civil, doctor Luis Alberto Barragán, autorizado para intervenir en la diligencia en representación del Municipio, solicitó que los peritos dictaminaran de acuerdo con el articulo 268 de la Ley 167 de 1941, «sobre el monto de la valorización adquirida por el predio de la demandante con ocasión de los trabajos públicos por los cuales se demanda». Los peritos doctores Caballero, Santander y Vargas Rubiano, uniformemente rindieron el dictamen que se lee en el cuaderno respectivo y que por venir reproducido en la sentencia del inferior no se transcribe en esta providencia, dictamen no objetado por ninguna de las partes y que la Sala acoge en su integridad, vistos los fundamentos en que se apoya y tenida en cuenta la claridad con que los expertos exponen los puntos sometidos a su estudio.

En dicho experticio, como atrás se vio, quedó claramente establecido que el predio de la demanda es de propiedad de la demandante; y que con motivo del paramento que se fijó para la obra que pensaba construir y construyó la señora de Izquierdo se operó, como consecuencia inmediata de la orden municipal, un ensanche y regularización de la calle limítrofe a la propiedad de esta señora, debidos a la incorporación a la vía pública de la parte del lote descrito en la demanda de propiedad de la demandante. Aprecian los peritos el valor de las zonas ocupadas por el Municipio en la suma de $ 51.754.50; por lo manifestado en el escrito pericial, no les fue posible a los expertos obtener bases sólidas que

les permitiera dictaminar fundadamente sobre el valor de la valorización adquirida por el predio restante de la señora de Izquierdo, en razón del ensanche de la vía pública, tal como lo solicitó el representante legal del Municipio.

En su sentencia, la Sala del Tribunal, considerando que la demandante limitó el valor del perjuicio a la suma de $ 50.085.00, fijó en esta cantidad el valor de la indemnización, a pesar de que los peritos fijaron el valor del perjuicio en mayor suma. Y teniendo en cuenta que a los peritos no les fue posible fijar el monto valor de la valorización adquirida por el inmueble por la ampliación de la vía pública, se abstuvo de hacer en la sentencia fijación alguna sobre el particular.

Estima la Sala sentenciadora del Consejo que el Tribunal procedió acertadamente al reducir del valor de los perjuicios estimados por los peritos, lo que excedía a la suma fijada en la demanda como valor de ellos. Razones jurídicas suficientemente conocidas imponen esa determinación; no podía el Tribunal condenar al pago de más de lo pedido en la demanda.

Cuanto al valor deducible por concepto de valorización del inmueble, el Consejo, dando aplicación a lo dispuesto por el último inciso del artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, deberá disponer en la sentencia deducir el veinte por ciento de la suma fijada como valor de la indemnización, atendiendo así, además, la petición que al respecto hace el señor Fiscal.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, en acuerdo con su Fiscal colaborador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, proferida en el presente juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ADICIONANDOLA en el sentido de ordenar, como en efecto ORDENA, que de la cantidad de cincuenta mil ochenta y cinco pesos ($ 50.085.00) moneda corriente, ordenada pagar a la demandante como valor de la indemnización, se deduzca la suma de diez mil diecisiete pesos ($ 10.017.00) que corresponde al veinte por ciento (20%) de aquella cantidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Luis E. García V., Secretario.

IMPUESTOS

MATERIALES EN TRANSITO. MATERIALES RETIRADOS DEL SERVICIO

(Consejero ponente: doctor Baudilio Galán Rodríguez).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno.

La Colombian Petroleum Company, sociedad anónima organizada conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, con sucursal domiciliada en esta ciudad de Bogotá, confirió poder al doctor Camilo Bernal L., para que en su nombre y representación y en ejercicio del contencioso de impuestos demandara del Tribunal Administrativo de Cundinamarca las siguientes declaraciones:

«1. Que son nulas las siguientes operaciones administrativas:

«a) La liquidación efectuada por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca el 25 de noviembre de 1941, que fijó el patrimonio gravable de la Colombian Petroleum Company el 31 de diciembre de 1940 en $ 34.214.614.99 y dedujo a su cargo un impuesto, por este concepto, de $ 272.306.92.

«b) La Resolución número R-106-H del 21 de febrero de 1947 de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en cuanto confirma la liquidación anterior.

«c) La Resolución número R-120-H del 17 de febrero de 1948, por la cual la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales no accedió a reponer la Resolución número R-106-H.

«2. Que deben revisarse por este Tribunal las operaciones administrativas expresadas.

«3. Que el patrimonio gravable de la Colombian Petroleum Company en 31 de diciembre de 1940 es de $ 33.487.889.81, y que el impuesto deducible a su cargo como impuesto sobre la renta (sobretasa al patrimonio) en el referido año, es de $ 266.493.12, suma que fijará ese Tribunal al revisar las liquidaciones referidas y verificar la definitiva que haya de sustituirlas.

«4. Que la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca debe reintegrar o devolver a la Colombian Petroleum Company la cantidad de $ 5.813.80, diferencia entre lo liquidado y pagado por concepto del impuesto de que se trata y lo que debe pagarse conforme a la liquidación definitiva que ha de hacer ese Tribunal con base en los hechos de esta demanda.

«5. Pido que, en todo caso, conforme á los hechos de la presente demanda, ese Tribunal revise las operaciones administrativas detalladas atrás en el numeral 1, haga la liquidación definitiva a cargo de la Colombian Petroleum Company por concepto de impuesto sobre la renta (sobretasa al patrimonio) en el año gravable de 1940, y ordene la devolución a la citada compañía

de lo que resulte cubierto en exceso por ésta conforme a los recibos números 031292 y 033099 de 18 de noviembre y 19 de diciembre de 1941 de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca».

Los puntos concretos que motivaron esta demanda los sintetizó acertadamente el Tribunal así:

«Los cargos hechos a la liquidación atacada, son dos, a saber:

«Primero. Se considera ilegal la inclusión en el patrimonio gravable, de la suma de $ 344.470.17, que representa el valor del "material en tránsito fuera de Colombia" en 31 de diciembre del año gravable; y

«Segundo. De igual manera considera la Compañía demandante que se procedió con violación de la ley cuando se incluyó dentro del patrimonio sujeto a impuesto, la suma de $ 382.255.01, valor de los bienes retirados del servicio "por haber perdido su utilidad".»

Sobre estos puntos el señor apoderado argumenta así:

«Sobre la base de que los materiales en tránsito a que se refiere la partida de $ 344.470.17, están destinados a aumentar el patrimonio en Colombia de la Compañía que represento, por los cuales no se ha hecho disminución correlativa de sus haberes por virtud de giro o pago con valores afectos a este patrimonio, tales bienes deben quedar sujetos a la sobretasa patrimonial a partir de su llegada al país y en ningún caso antes de que ésta se verifique, por imposibilidad física de subordinación a las instituciones estatales de Colombia, fuera de su territorio. La Jefatura de Rentas, al rechazar la exclusión para 1940 —cuando tales bienes no habían llegado a Colombia—, viola las precitadas disposiciones.

«De igual modo si el saldo de $ 382.255.01, que aparece en los libros de contabilidad, corresponde a bienes cuyo valor patrimonial se extinguió por su condición de inservibles, es apenas lógico que su deducción se admita toda vez que el patrimonio está constituido en los términos de las disposiciones citadas por el conjunto de derechos *apreciables en dinero*, que tal apreciabilidad ya no existe y que ni la Administración de Hacienda ni la Jefatura de Rentas han podido establecer que tengan algún valor por el cual deben incluirse en el patrimonio gravable».

Como fundamentos de derecho se citan los artículos 21 de la Ley 78 de 1935, 95 del Decreto 818 de 1936 y 1º del Decreto 1892 de 1936.

El Tribunal, en sentencia de 9 de mayo de 1949, accedió a las súplicas de la demanda en cuanto a que excluyó del patrimonio gravable la suma de $ 344.470.17, que representa el valor del «material en tránsito fuera de Colombia» en 31 de diciembre del año gravable, pero no accedió a excluir del patrimonio gravable la cantidad de $ 382.255.01, valor de los bienes retirados del servicio «por haber perdido su utilidad», como dice la Compañía demandante.

El señor apoderado de la Colombian Petroleum Company apeló en lo desfavorable el fallo de que se acaba de hacer mérito y por este motivo vino el expediente a esta Superioridad, en donde llenada la tramitación propia de la segunda instancia, se procede a decidir en el fondo, para lo cual se considera:

Comparte el Consejo en su integridad el estudio jurídico hecho por el Tribunal *a-quo* en el fallo recurrido, pues que las razones aducidas allí son las que más se ajustan a la interpretación acertada de las leyes tributarias y son, además, las que se deducen de una manera natural y obvia del texto mismo de la ley.

En cuanto a la tesis de los «materiales en tránsito» fuéra de Colombia, el Consejo rectifica su doctrina expuesta en fallo de 13 de diciembre de 1949, porque considera más justo atenerse al texto de la ley, expresado en forma diáfana, antes que a interpretaciones, que si muy respetables, no son las que fluyen de la letra clara de la norma legal, como se verá en seguida. Y es regla de hermenéutica jurídica atenerse al texto de la ley cuando por su claridad se hacen innecesarias las interpretaciones. Camino tiene el legislador para ampliar el contenido de las disposiciones tributarias, si así lo estima conveniente, pero mientras esto puede suceder, el juzgador debe atenerse a lo consagrado por la legislación colombiana, de una manera clara y precisa.

No debe olvidarse que «materiales en tránsito» fuéra de Colombia, constituyen un patrimonio que no está *dentro* del país, requisito exigido por la ley, para que sea gravable. Además, unos materiales en tránsito fuéra de Colombia, están sujetos a las contingencias de su transporte: naufragio, incendio, robo, etc., y sería quizá injustificado el gravamen de materiales que sin haber llegado al país, están corriendo con los azares propios del transporte. Por otra parte, dichos materiales no han tenido todavía una protección directa del Estado como para que pudiera justificarse ampliamente una carga impositiva sobre ellos.

Dice así el Tribunal:

«Por método se estudiarán los cargos hechos a la liquidación, en el mismo orden en que se expusieron por el demandante.

«*Primero.—Materiales en tránsito fuéra de Colombia.*

«Las disposiciones legales, aplicables a este aspecto de la controversia, preceptúan:

«Ley 78 de 1935, artículo 21: "Establécese un impuesto anual complementario y accesorio al impuesto sobre la renta, *sobre el patrimonio poseído dentro del país*, en 31 de diciembre del año anterior, por toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, sujeta al impuesto sobre la renta en Colombia, impuesto que se tasará mediante declaraciones juradas de los contribuyentes, en una misma diligencia, con ocasión de la tasación, exigencia y recaudación del impuesto sobre la renta, y de acuerdo con la reglamentación que al efecto dicte el Poder Ejecutivo". (Se subraya).

«Decreto 1892 de 1936, adicional al Decreto 818 del mismo año, que a su turno es reglamentario de la Ley 78 de 1935, artículo 1: "El impuesto sobre el patrimonio, complementario y accesorio al impuesto sobre la renta, establecido por el artículo 21 de la Ley 78 de 1935, *recae sobre el patrimonio poseído dentro del país* en 31 de diciembre del año gravable, por toda persona natural o jurídica, domiciliada o no en el país". (Se subraya).

«Del simple tenor literal de estas normas se deduce, sin lugar a dudas, que los patrimonios gravables son los que están vinculados a la economía del país. Los que lucran en el territorio colombiano, gozando de la protección del Estado. No los que se encuentran en el extranjero y nada tienen que ver con la economía colombiana. Se gravan los objetos poseídos en el país. No los que están en vía de llegar a él, porque esta clase de impuestos no gravan los bienes por anticipado. El gravamen solamente opera cuando el bien se encuentra dentro del territorio.

«El Tribunal, al decidir un caso análogo al que se estudia, en fallo de 9 de diciembre de 1948 (Ponente, doctor García y García; Actor, Colombian Petroleum Company), citó la jurisprudencia de

la Corte Suprema de Justicia, que interpreta en la misma forma, y con el mismo alcance los artículos copiados.

«Dicha jurisprudencia también ha sido acogida por el Consejo de Estado, y en lo pertinente dice:

"El artículo 21, de la Ley 78 citada, estableció el impuesto anual y accesorio al impuesto sobre la renta, sobre todo patrimonio poseído en el país, por toda persona natural o jurídica, nacianal o extranjera, sujeta al impuesto sobre la renta en Colombia, y dispuso además que para todos los efectos legales el impuesto sobre la renta, el adicional sobre utilidades y el complementario sobre el patrimonio, se considerarán como un todo indivisible y que las personas que no tengan renta gravable, pero sí posean patrimonio, deben pagar la tasa adicional a que la ley se refiere.

"..... ....

"Del espíritu y letra de las disposiciones de la Ley 78 citada, *se concluye rectamente que el legislador gravó los capitales incorporados en la economía colombiana y el producto de toda actividad lucrativa ejercitada en Colombia*...

"El impuesto de la renta recae sobre toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, y lo mismo sucede respecto del impuesto sobre el patrimonio (artículos 4º, numeral 1º, 5º y 21 de la Ley 78). Para el legislador es, pues, indiferente quién sea el dueño del capital sobre que recae el impuesto sobre la renta; *basta para la imposición el hecho de que los capitales,* que no admiten excepción de nacionalidad para el efecto de la tributación, *se hallen en Colombia, incorporados, como se ha dicho, en la economía nacional. La razón es clara, porque estando dichos capitales en productibilidad en Colombia, y derivando de ellos utilidades los dueños y quienes los emplean, la tributación sobre aquéllos debe corresponder al país donde están incorporados, protegidos y lucrando.* (Sentencia de fecha 26 de junio de 1940. *Gaceta Judicial* números 1597 y 1598, página 464)", (Subraya el Tribunal).

«Y en el aludido fallo del Tribunal, en orden a sostener la misma tesis, se expusieron los siguientes conceptos, que se mantienen y reproducen ahora:

"La facultad de un Estado para gravar los bienes y personas que se encuentran dentro de su territorio, principio de derecho impositivo universalmente admitido, es problema que está íntimamente relacionado con el de la *situación* de esos bienes y personas. En materia fiscal, al contrario de lo que ocurre en el Derecho Internacional Privado, debe atenderse antes que a la *situación legal,* a la *situación real* de los bienes y de las personas, conioquiera que la realidad de unos y otras es la que reclama *la protección del Estado.* De ahí que el conocido aforismo *Mobilia personam sequuntur,* según el cual la situación de los bienes muebles se determina por el domicilio del dueño y que impera en otros campos del derecho, no rija en materia impositiva, porque dicha imposición atiende principalmente a la causa u origen de la renta y a la situación o unibacción (sic) *real* de esa causa. Los bienes muebles tangibles y los inmuebles se rigen para los efectos impositivos por la ley de su situación, *lex rei sitae*".

«El problema de la situación de los bienes para fines impositivos, dice el doctor Manuel A. Alvarado en su *Tratado de Ciencia Tributaria* (página 375), tiene dos aspectos: "1. Saber qué bienes puede gravar el Estado; 2. Qué bienes no conviene gravar para evitar una doble imposición. Desde luego, no puede remitirse a duda el que un Estado pueda gravar todos los bienes que están situados dentro de sus límites territoriales; este derecho es con-

secuencia del ejercicio de su soberanía. En este orden de ideas, hay acuerdo unánime en relación con los bienes raíces o inmuebles que por su naturaleza tienen una localización perfectamente definida e inconfundible. Respecto de los muebles que tienen una existencia material y tangible y que, por lo mismo, son susceptibles también de *posesión* material, en Colombia son gravables en cabeza de quien los *posea* dentro del país, el 31 de diciembre del año gravable, lo que quiere decir que respecto de ellos, y para los fines fiscales, no rige el principio *mobilia personam sequuntur*".

«Lo expuesto es suficiente para concluir que el cargo hecho a la liquidación, por el aspecto estudiado, es legal y debe prosperar, por cuanto se gravó con el impuesto de patrimonio unos bienes por valor de $ 344.470.17, que la Colombian Petroleum Company *no poseía dentro del país* en 31 de diciembre de 1940 y que por lo tanto no se hallaban incorporados a la economía nacional, ni protegidos por el Estado colombiano.

«La operación administrativa de liquidación habrá, pues, de reformarse en el sentido indicado.

«*Segundo.—Bienes retirados del servicio.*

«En relación con estos bienes, que por el año materia del juicio valían $ 382.255.01, la Jefatura expresó los siguientes conceptos, que el Tribunal acoge, en orden a rechazar las súplicas de la demanda:

"La suma de $ 382.255.01 corresponde a aquellos bienes que de acuerdo con las necesidades y las circunstancias internas de la empresa han sido por ella retirados del servicio por considerarlos inútiles para satisfacer los fines industriales a que habían sido destinados".

«Para verificar tanto la contabilización efectuada como la situación real de la compañía, fue ordenado por este Despacho el estudio de la contabilidad llevada por la empresa en el año de 1940, y al efecto, en Acta de fecha 25 de junio de 1944, suscrita por quienes en ella intervinieron, y que obra en autos, han sido consignados todos los datos de lo mostrado por la contabilidad en el curso del año de 1940. El estudio necesario para fallar el presente negocio ha sido cuidadosamente hecho sobre el expediente, y en especial, teniendo en cuenta los datos consignados en el acta de contabilidad a que se ha hecho referencia.

«En el balance de 31 de diciembre de 1940, registrado en los libros de la compañía, figura, formando parte del activo, la partida de $ 385.695.25, correspondientes al valor de las reservas acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1939, da la suma exacta de $ 382.255.01, valor de los bienes que, por deducción del patrimonio, ha sido solicitada por la compañía por corresponder a material retirado del servicio. Según el balance en cuestión, no aparece en el pasivo suma alguna que indique que los mencionados bienes retirados del servicio han sido descargados de la contabilidad. Que hayan sido retirados del servicio porque no presten el rendimiento económico para que fueron adquiridos, no está diciendo que hayan sido descargados de la contabilidad de la empresa. Teniendo en cuenta que los libros de contabilidad debidamente registrados hacen plena prueba en juicio o fuera de él, nos encontramos en presencia del hecho de que, en realidad, tales bienes si forman parte activa de la compañía.

«Pretender como pretende el señor apoderado de la compañía que, por el hecho de que tales bienes no prestan un servicio eco-

nómicamente satisfactorio para la empresa, pueden fiscalmente descargarse de la contabilidad y borrarse de su totalidad del activo patrimonial, es punto menos que ilegal. Los bienes que la compañía considera inservibles, puede que para ella no tengan ningún valor económico en la actualidad, dentro de las necesidades técnicas y comerciales de la empresa, pero de ahí a que hayan perdido en su totalidad el valor, hay mucha diferencia, porque fiscalmente no puede entrar a calificarse el valor de uso de tales bienes, en relación con las necesidades de la empresa, sino que, su apreciación debe hacerse por su valor comercial, razón por la cual la legislación concede la depreciación como un procedimiento contable para que el propietario se reembolse del capital invertido.

«Dadas las circunstancias del material de que se trata, el camino a seguir de parte de la empresa hubiera sido solicitar de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales el avalúo comercial de los bienes inservibles en el momento de la declaración, con base en lo dispuesto por el ordinal j) del artículo 2º del Decreto legislativo número 2361 de 1938, que dice: "A solicitud del contribuyente, y de conformidad con el artículo 99 del Decreto número 818 de 1936, autorizar que se eleve o rebaje el precio comercial de los activos que entran en la composición del patrimonio imponible, solicitud que debe hacerse por los interesados antes de la presentación de la respectiva declaración de renta y patrimonio". Y de conformidad con el ordinal f) de la misma disposición, solicitar que las tasas de depreciación fueran aumentadas al máximo de las autorizadas por la legislación. Peticiones ambas que una vez estudiadas y probada la situación de inutilidad de los bienes retirados, hubiera aceptado este Despacho reduciendo considerablemente el tiempo correspondiente para la amortización del capital invertido en tales bienes.

«En el proceso no se han hecho consideraciones capaces de desvirtuar dichos argumentos.

«Además, no debe perderse de vista que puede que los bienes retirados del servicio lo hayan sido por que no sean utilizables a los fines de la compañía, pero de allí a que hayan perdido todo valor económico hay mucha diferencia. Precisamente la circunstancia de que la compañía los relacione por un valor no despreciable en el activo, está diciendo que la misma empresa estima que se trata de bienes que posee y que *son apreciables en dinero.*

«Sobre este punto, la Sala, en el tantas veces citado fallo de 9 de diciembre último, dijo:

"Si la partida de $ 415.625.99, corresponde, como lo sostiene el apoderado de la sociedad, a bienes sin valor o precio comercial alguno porque, según su expresión 'desde antes del 31 de diciembre de 1941, murieron en forma real y definitiva', dichos bienes no han debido seguir figurando en los libros de la compañía, ni aparecer en el activo del balance, sino que han debido ser excluidos del patrimonio al hacer la declaración *toda vez que no eran apreciables en dinero.* Pero la Colombian Petroleum Company, no sólo no los excluyó del patrimonio en la declaración, sino que además figuran relacionados entre los bienes despreciables para los cuales solicitó la tasa máxima del 20% que autoriza el artículo 61 del Decreto 818 de 1936. De tal manera que de acuerdo con la interpretación que se ha hecho de las normas aplicables en este caso, no podía la sociedad actora pretender que los bienes le fueran descontados por la Administración de Hacienda, del patrimonio, para no pagar el impuesto correspondiente, y al mismo tiempo, que se le dedujeran de la renta por depreciación, como si tales bienes existieran y hubieran pro-

ducido renta en tal año, condición exigida por el numeral 7 del artículo 2º de la Ley 78, para que sea aceptada la deducción por depreciación. Si los bienes habían perecido totalmente, habría ocurrido una pérdida de capital que no debe afectar la renta, y por consiguiente, no debe haber lugar a depreciación; o, si hay lugar a la depreciación es porque los bienes existen, influyeron en la producción de renta y en consecuencia, no pueden ser deducidos del patrimonio. La compañía ha debido colocarse en una de esas situaciones; al no hacerlo así, la oficina liquidadora y la Jefatura de Rentas obraron conforme a derecho al aceptar la deducción por depreciación y rechazar la deducción de patrimonio.

"La misma empresa demandante ha destacado que los bienes que considera *inutilizables y sin valor*, tienen un valor *económico*, que sirva para integrar el activo. El hecho de que no presten servicios en un momento dado no los hacen perder su valor intrínseco. Una cosa son las circunstancias internas de la compañía y otra el valor real que tienen los bienes que posee.

«Fue legal, por consiguiente, el procedimiento de la Administración de Hacienda al incluir la partida en cuestión dentro del patrimonio gravable, y las operaciones administrativas acusadas deben mantenerse, por este aspecto».

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal de la Corporación y en parte de acuerdo con él, CONFIRMA el fallo apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Baudilio Galán Rodríguez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, José Urbano Múnera, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto.—Luis E. García V., Secretario.

IMPUESTOS

(Consejero ponente: doctor Antonio José Prieto).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, marzo veinte de mil novecientos cincuenta y dos.

Referencia: **Impuestos.** Nulidad de varias Resoluciones de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales (Administración de Hacienda Nacional de Antioquia). Se confirma la sentencia de primera instancia por cuanto no se acreditaron debidamente los hechos que se alegan en la demanda, ya que de conformidad con el artículo 92 de la Ley 153 de 1887 las obligaciones cuyo valor exceda de $ 500.00 no pueden probarse por medio del testimonio.
Actor: Candelaria Quiceno de M.

El doctor Belisario Agudelo D., en su calidad de apoderado especial de la señora Candelaria Quiceno de M., presentó ante el Tribunal Administrativo de Medellín demanda en la que pide que se declaren nulas las Resoluciones números R-1488-H, de 29 de noviembre de 1946, y 692-H, de 30 de mayo de 1947, expedidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales; que se revise la operación administrativa practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín el 7 de febrero de 1946, relativa a la liquidación del impuesto sobre la renta y patrimonio que debía pagar la señora Candelaria Quiceno de M., por el año de 1944, declarando que no estaba obligada a pagar el gravamen reducido, que se haga una nueva liquidación en la cual se fije la suma que debe pagar, y que se ordene el reintegro, por parte del Fisco Nacional, de las sumas cubiertas con exceso por la demandante, por el motivo indicado.

Como hechos fundamentales de su demanda, el señor apoderado de la señora Quiceno relacionó los que a continuación se transcriben:

«1º A la Administración de Hacienda Nacional de Medellin presentó oportunamente mi poderdante la declaración de renta y patrimonio correspondiente al año gravable de mil novecientos cuarenta y cuatro, y la referida oficina con base en dicha declaración practicó la liquidación de los impuestos correspondientes en la fecha ya indicada.

«2º Por medio de apoderado hizo mi poderdante el esfuerzo para agotar el recurso administrativo que juzgó poder invocar, según las Resoluciones ya indicadas de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

«3º El monto del impuesto con su recargo fue consignado por cuenta de la deudora el 11 de los corrientes, según recibo de esa fecha, número 28186, que original acompaño para poder así inten-

tar esta acción de acuerdo con los artículos 272 del Código de lo Contencioso Administrativo y 11 del Decreto número 554 de 1942.

«4º Como se expresa en el memorándum formulado por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, la renta liquida que tuvo en cuenta la oficina liquidadora para aplicar la tarifa legal fue de $ 40.473.79, deduciendo asi un impuesto a cargo de la contribuyente de $ 10.691.78.

«5º Para llegar a este resultado restó del patrimonio liquido de $ 72.798.79 en 1944. la cantidad de $ 26.325.00 que consideró ser el patrimonio liquido en 1943, y menos el valor mayor de la casa en la calle 52, de $ 6.000.00.

«6º Este patrimonio de 1943 en 31 de diciembre lo obtuvo el liquidador de restar de $ 51.825.00 que tuvo como activo en dicho año, la cantidad de $ 25.500.00 por deudas, pero resulta que el activo el 31 de diciembre de 1943 que declaró mi poderdante fue de más de $ 80.000.00, de donde deduzco que hubo un error en el factor de apreciación en contra de la señora Quiceno de M.; y

«7º Durante el año de 1944 recibió sumas procedentes de créditos que se tenían como perdidos y por concepto de promesas de compra-ventas de lotes de terreno pertenecientes al de Copinol, por urbanizaciones del barrio denominado "Moscú", dineros que si los promitentes compradores desisten de la negociación tengo que devolver, y que en todo caso representan patrimonio y no exceso de utilidades».

El actor dice que las resoluciones acusadas son violatorias de lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, del artículo 40 del Decreto 818 de 1936, violación que consiste en haber tomado como activo en 1943, únicamente $ 51.825.00 y no el que en realidad declaró la señor Quiceno de M.

El señor Fiscal Primero de la Corporación es de parecer que se confirme la sentencia del Tribunal *a-quo*, fundándose en las consideraciones que a continuación se transcriben:

«La Fiscalía considera:

«A términos de lo estatuido en el artículo 5º del Decreto número 554 de 1942, las resoluciones que dicte el Jefe de Rentas e Impuestos, a virtud de apelación o sobre los asuntos de que conoce directamente en los casos previstos por la ley, están sujetas al recurso contencioso administrativo ante el Tribunal en cuya jurisdicción se halle el domicilio del interesado.

«El recurso contencioso administrativo, está, pues, establecido contra las resoluciones de la Jefatura de Rentas, y no contra las decisiones de los funcionarios de Hacienda, relacionadas con la aplicación de los impuestos a que se refiere el citado Decreto 554 de 1942, decisiones contra las cuales sólo cabe el recurso de apelación.

«Ahora el artículo 10 del Decreto en referencia prescribe que el impuesto sobre la renta y complementarios es debido por los contribuyentes desde su notificación y será pagado durante los sesenta días siguientes; y el artículo 11, ibidem, establece que, durante el mismo lapso pueden los contribuyentes inconformes con la liquidación efectuada por los Administradores o Recaudadores de Hacienda Nacional, elevar sus reclamaciones ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales. La reclamación es admisible y deberá ser sustanciada si reúne los requisitos de oportunidad y *pago previo del gravamen;* en caso contrario, esto es, si no se ha cumplido uno u otro requisito, "la reclamación será desechada por la Jefatura, sin que quede contra la liquidación recurso alguno".

«De lo anterior se deduce que, tratándose del impuesto sobre la renta y sus complementarios, el contribuyente inconforme con la liquidación practicada por la Administración de Hacienda Nacional puede elevar sus reclamaciones ante la Jefatura de las Rentas dentro del término perentorio de sesenta dias contados a partir de la fecha de la notificación del impuesto debido, y debiendo pagar éste previamente. Pero si no cumple con estos dos requisitos, de oportunidad y pago previo del gravamen, la reclamación deberá ser desechada por la Jefatura, sin que quede entonces contra la liquidación *recurso alguno*.

«Aplicando estas precisas y claras disposiciones de la ley, al caso de autos, se tiene que las Resoluciones de la Jefatura de Rentas números 1488 de 1946 y 692 de 1947, que son los únicos actos que se hallan sub-júdice, son perfectamente legales, puesto se limitan a desechar la reclamación intentada por el apoderado de la señora Candelaria Quiceno de Moreno, por no haberse acompañado al escrito correspondiente el comprobante del pago del gravamen, tal como lo ordena terminantemente el mencionado artículo 11 del Decreto-ley número 554 de 1942.

«Estando las cosas en las condiciones anotadas, forzoso es concluir que contra la liquidación practicada por la Administración de Hacienda Nacional no cabe ya recurso alguno y, por lo tanto, se halla en firme, pues contra ella no procede el recurso contencioso administrativo; ni el interesado está amparado por este recurso para hacer variar la liquidación, sin demostrar que sí pagó oportunamente el gravamen, es decir, antes de elevar su reclamación ante la Jefatura de Rentas, conforme lo previene la ley. Pero se observa que este hecho no se demostró, y, por el contrario, al folio 8 del expediente se encuentra el recibo que acredita que el pago que se hizo el día 11 de octubre de 1947, es decir, con posterioridad a la fecha de las resoluciones demandadas, lo cual demuestra que éstas son perfectamente legales.

«Ahora, si se aceptara, en gracia de discusión, que sí es el caso de revisar en el fondo la cuestión planteada por la actora en el presente juicio, la Fiscalia observa que la sentencia recurrida se ajusta en un todo a la legalidad, pues los hechos enunciados en la demanda no fueron demostrados en forma alguna en la primera instancia, y en cuanto a las pruebas producidas en la segunda instancia, consistentes en las declaraciones de los señores Antonio José Soto Mejía, Jesús Vera, Alfonso Delgado, Pablo E. Castrillón y Juan Garcés, se advierte que los testimonios de estos señores adolecen de graves defectos que los desvirtúan totalmente. En efecto, los testigos hablan de que les consta, sin dar la razón de su dicho, que la señora Candelaria Quiceno de Moreno dio en promesa de venta a varias personas 400 lotes de terreno, a razón de mil pesos cada uno, en el año de 1944, que dicha señora recibió a buena cuenta de la negociación la cantidad de $ 40.000.00 ese mismo año, pero que debido a la mala situación en que se encuentran muchos de los promitentes compradores, ha tenido que devolverles los dineros que éstos le entregaron, y agregan: "lo cual demuestra que dichos dineros no le pertenecen a ella, ni le han pertenecido, ni como patrimonio o exceso de utilidades, siéndole ajeno hasta tanto no se hayan celebrado las correspondientes escrituras de venta".

«A lo anterior se observa:

«1º Conforme a lo estatuido en el articulo 91 de la Ley 153 de 1887, deberán constar por escrito los actos o contratos que con-

tienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. Además, según el artículo 89 de la misma Ley, la promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna si no reúne los requisitos señalados en dicha disposición, entre los cuales figura el de que la promesa conste por escrito. Por consiguiente, siendo así que el contrato cuya existencia alega la demandante no se demostró en forma legal, hay que admitir que no se halla acreditada la existencia de los pretendidos contratos de promesa de venta y que éstos no pueden establecerse con declaraciones de testigos, pues éstas no sirven para probar contratos por sumas mayores de quinientos pesos y que deben constar por escrito.

«2º Al tenor de lo preceptuado en el artículo 92 de la precitada Ley 153 de 1887, al que demanda una cosa de más de quinientos pesos no se le admitirá la prueba de testigos, aunque limite a ese valor la demanda. Este principio debe aplicarse al caso de autos y, por lo tanto, es inadmisible la prueba de testigos para demostrar que la señora Candelaria Quiceno devolvió por concepto de una promesa de contrato la apreciable cantidad de $ 40.000.00. Es raro que una persona que tenga negocios por sumas cuantiosas, no haya tenido la precaución de exigir los recibos correspondientes a la devolución de cantidades que montan en total a $ 40.000.00.

«3º Es norma invariable consagrada en nuestra legislación, y aceptada por todos los Tribunales del país, que los testigos deponen *sobre hechos* (artículo 668 del Código Judicial), y no sobre cuestiones de derecho; ni a ellos les corresponde dar conceptos, pues éstos competen a los peritos.

«De esto se infiere que los testigos presentados por la parte actora se extralimitaron en su misión al invadir campos que les están vedados, dando opiniones sobre cuestiones de derecho tendientes a defender la posición de la señora Candelaria Quiceno, lo cual hace dudar de la veracidad de sus dichos.

«Finalmente, conviene transcribir, para mayor abundamiento, lo que dice el artículo 1767 del Código Civil: "No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito".

«Hallándose desprovistos de prueba legal los hechos fundamentales de la demanda, ésta tiene que fracasar.

«A mérito de todo lo expuesto, CONCEPTÚO que debe confirmarse la sentencia materia del recurso de apelación».

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La diferencia de capitales, según el apoderado de la señora Quiceno, puede explicarse en la siguiente forma: dicha señora, como propietaria de varios lotes en el barrio de Moscú, en la ciudad de Medellín, celebró con distintas personas contratos de promesas de compra-ventas por 400 de dichos lotes, a razón de $ 1.000.00 por cada uno de ellos. Los prominentes compradores entregaron a la prominente vendedora, a buena cuenta de las negociaciones celebradas, el 10% del valor de cada uno de ellos o sea en total la suma de $ 40.000.00, dinero que entró al haber de la demandante, obligándose ésta a devolver aquellas cantidades correspondientes a las negociaciones que no llegaron a perfeccionarse.

La cantidad que se deja anotada hizo subir el patrimonio de la demandante en forma apreciable e hizo resaltar la diferencia de patrimonio uno a otro año. En estas circunstancias el apoderado de la señora Quiceno estima que la Administración de Hacienda Nacional no podía con-

siderar el aumento de capital como renta capitalizada y que en esta forma queda aclarado y debidamente acreditado el porqué del aumento del patrimonio de su poderdante.

El problema consiste, pues, en las 400 promesas de venta celebradas por la señora Quiceno en el año de 1944, y que acredita por medio de declaraciones, rendidas por los señores Antonio José Soto Mejía, Jesús Vera, Alfonso Delgado, Pablo E. Castrillón y Juan Garcés, y con las cuales trata de probar que dichas promesas no se llevaron a efecto, y que por el contrario ella tuvo que devolver algunos dineros que había recibido en calidad de arras.

En primer lugar se observa que por tratarse de una obligación de más de quinientos pesos le es aplicable al caso de autos, la disposición contenida en el artículo 92 de la Ley 153 de 1887, que ordena que la demanda de una cosa, cuyo valor supera la cantidad de quinientos pesos, deberá consignarse ante el Juzgador, por medio de un documento, o en su defecto que exista un principio de prueba escrito, pero en ningún caso se admitirá la prueba testimonial para probar el monto de la deuda. Y esto así, porque los deponentes sólo pueden declarar sobre hechos y no sobre cuestiones de derecho, ni mucho menos de emitir conceptos, pues para éstos existen los peritos, de acuerdo con el principio contenido en el artículo 668 del Código de Procedimiento Civil.

En estas condiciones, las declaraciones presentadas al efecto deben ser desechadas por cuanto los testimonios contenidos en ellas se extralimitaron en su misión, al dar opiniones sobre cuestiones de derecho tendientes a sostener las pretensiones de la demandante, lo cual permite inferir la veracidad de sus exposiciones, por cuanto invadieron campos que les estaban vedados de acuerdo con la norma legal supracitada.

Por otra parte, es de advertir que toda promesa para celebrar un contrato de venta, que valga más de quinientos pesos, necesita como requisito indispensable que ella conste por escrito, al tenor del artículo 91 de la citada Ley 153 de 1887, pues de lo contrario no puede recibir el calificativo de promesa de venta y por consiguiente no produce efecto alguno. En el caso de autos, la actora alega haber celebrado 400 promesas de venta, sin demostrar la existencia legal de ninguna de ellas, porque como ya se dijo, no puede admitirse la prueba de testigos, y en consecuencia esas 400 promesas no tienen ningún efecto legal.

Las anteriores consideraciones inducen a la Sala a confirmar la sentencia recurrida, conclusión a la cual llega igualmente en su vista de fondo el Agente del Ministerio Público.

FALLO

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador fiscal y de acuerdo con él, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia de fecha dieciocho de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Antonio José Prieto, Alvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, José Urbano Múnera, Daniel Anzola Escobar.—Luis E. García V., Secretario.

IMPUESTOS.

(Consejero ponente: doctor Rafael Rueda Briceño).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y tres.

El señor Enrique Paris Z., apoderado general de la Compañía Escuelas Internacionales de la América Latina (International School Company of Latin America), sociedad existente al amparo de las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, con oficina principal en la ciudad de Wilmington, declaró como renta bruta obtenida en Colombia en el año de 1946 la cantidad de $ 39.259.21, alegando gastos generales por igual cantidad, de modo que no hubo renta líquida ninguna.

La Administración de Hacienda aceptó la declaración y se abstuvo, en consecuencia, de deducir impuesto alguno a cargo de la Compañía; pero la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en providencia de fecha 12 de julio de 1948, distinguida con el número 779, con fundamento en la revisión de los libros de contabilidad de la sociedad, practicada por funcionarios de la misma Jefatura, y en ejercicio de la revisión oficiosa autorizada en el articulo 15 de la Ley 81 de 1931, computó a la sociedad una renta liquida de $ 64.089.39 sobre la cual le dedujo un impuesto total de $ 10.597.33, que incluye el cincuenta por ciento de recargo por inexactitud de la obligación; más la obligación de invertir en Bonos del Instituto de Crédito Territorial la cantidad de $ 2.381.75.

Solicitada la reposición de esta providencia, la Jefatura la reformó en el sentido de reducir el cómputo de la renta gravable a la cantidad de $ 55.616.84 la cuantía del impuesto a $ 8.680.71, y la inversión en bonos a $ 2.016.70. (Resolución número 164, de 20 de febrero de 1950).

Y por último, el doctor Roberto Urdaneta Holguin, apoderado sustituto del señor Paris Z., demandó la revisión contencioso administrativa de la liquidación de que se trata, ante el Tribunal Administrativo de Bogotá, en donde a su debido tiempo se profirió la sentencia de fecha 12 de abril de 1951, por la cual se negó la demanda.

Apelada esa sentencia por el apoderado del demandante, y surtida la tramitación de la segunda instancia, el Consejo procede a decidir el recurso, considerando:

Dijo la Jefatura en su primera providencia:

> «Del estudio contable se desprende que esta sociedad obtuvo por concepto de ingresos, durante el ejercicio que se viene revisando, la suma de $ 173.882.46 y que los egresos ascendieron a la cantidad de $ 109.793.07, incluida en esta partida la suma de $ 14.851.35, valor de lo pagado por concepto de comisiones al agente en Colombia, señor Enrique Paris, lo cual arroja una renta liquida gravable de $ 64.089.39.
>
> «Según la declaración de renta presentada por la compañía "Escuelas Internacionales S. A.", ésta resulta sin renta gravable,

por cuanto que, no obstante haber denunciado la suma de $ 174.129.47 por concepto de ingresos, suma que es superior a la establecida en el acta de revisión, el monto de los egresos es igual al total de los ingresos.

«Lo anterior está demostrando que la nombrada sociedad fue inexacta en la declaración de la renta, ya que para obtener el resultado que acaba de indicarse, aumentó los gastos que había invertido realmente en el producción de la renta, como se comprueba plenamente con el estudio contable que obra en el expediente, lo cual hace acreedora a la citada compañía al recargo del 50% por inexactitud en la declaración en armonía con lo prescrito en el artículo 26 de la Ley 35 de 1944».

Luego, en la Resolución número 165, de 20 de febrero de 1950, por la cual se decidió el recurso de reposición, agregó la Jefatura:

«El recurrente solicitó en primer lugar una nueva revisión de los libros de contabilidad de la entidad contribuyente con el fin de fundamentar el recurso. Practicada al efecto la nueva revisión, el señor apoderado formula las siguientes argumentaciones:

«En primer término, la entidad contribuyente no lleva libros de contabilidad en forma técnica, razón por la cual las actas de revisión no han podido levantarse de acuerdo con las normas e instrucciones de la Jefatura. En cuanto al primer examen, se hizo sobre un libro que apenas registra deficientemente el movimiento de algunas cuentas. En la ampliación se pudo establecer con el análisis de algunos comprobantes que en aquel libro no habían quedado consignadas las partidas correspondientes de ingresos y egresos. Por otra parte, el recurrente alude a las partidas consignadas en la nueva acta de revisión, observando que se omitieron algunos gastos, por falta de comprobación, y que en ningún caso se cometió inexactitud alguna al presentar la declaración de renta. A este respecto hace algunas observaciones acerca de los defectos de que adoleció la declaración de renta, habida cuenta del contrato celebrado entre la casa principal y la agencia en Colombia.

«El recurrente presenta algunas certificaciones emanadas de la casa principal; con base en ellas sostiene que la renta líquida de la agencia en Colombia, tan solo ascendió a la cantidad de US $ 8.229.34. En cuanto a la partida de $ 52.133.00, declarada como material comprado a "Scraton", dice que representa la totalidad de las sumas giradas a "Scraton" por el agente y como correspondiente al año de 1946... Finalmente, reconoce que sí hubo renta líquida gravable, pero al propio tiempo insiste en que el hecho de que no se hubiera declarado renta líquida alguna no significa que la empresa hubiera incurrido en exactitud, por cuanto tan sólo se limitó a computar como deducción una partida por giros a la casa principal.

«Para resolver se considera:

«Cabe observar, en primer término, de que la circunstancia de que "Escuelas Internacionales", Agencia en Colombia, no lleve técnica y correctamente sus libros, además de ser insólita en la entidad de que se trata no la exonera de la obligación de presentar su declaración de renta ajustada a los verdaderos ingresos y egresos realizados. Mucho menos esas mismas deficiencias pueden hacerse valer con menoscabo del valor probatorio de las revisiones practicadas, como lo insinúa el señor apoderado, pues lo contrario equivaldría a beneficiarse con su propia culpa. Que las actas de revisión levantadas al efecto no hayan podido con-

templar todo el movimiento comercial y que, mediante ellas, no se haya logrado comprobar la efectividad de "muchos gastos", como dice el recurrente, ello en manera alguna conduce a que se tengan en cuenta únicamente los factores declarados carentes de comprobación.

«En lo que hace a las razones formuladas por el recurrente acerca del contrato celebrado entre la casa principal y el agente en Colombia, basta la simple lectura de las cláusulas contractuales para concluir que ellas se refieren exclusivamente a las relaciones particulares entre ellos (condiciones de trabajo, representación, etc.) y, en ningún caso, como es obvio, al movimiento comercial en sí mismo. Así, mal puede pretenderse que se determine la utilidad en cabeza del agente, siendo así que éste tan solo es un representante que, como tal, devenga comisión.

«En cuanto a las pruebas allegadas, consistentes en la certificación de la casa principal acerca de los ingresos y egresos, ellas son inconducentes, pues aquí se trata de la determinación de la utilidad fiscal obtenida en Colombia, y aquéllas a lo más son aptas para demostrar la utilidad comercial recibida de Colombia, lo cual es bien distinto.

«En tales condiciones salta a la vista que los factores que deben tenerse en cuenta para la determinación del gravamen son únicamente los que suministra la segunda acta de revisión, que se funda en los comprobantes presentados por la empresa para su examen. A este respecto debe anotarse que las observaciones hechas a dicha acta por el representante de la compañía no son aceptables, pues las partidas a que se refieren carecen de respaldo probatorio, y, además, dos de ellas, según su misma denominación, corresponden a inversiones que no son deducibles fiscalmente.

«Resta por examinar lo relativo a la sanción por inexactitud. El recurrente insiste en que la compañía no omitió declarar egreso alguno, y que si no declaró ninguna renta líquida, ello se debió a que se tomó como gasto una partida que correspondía precisamente a utilidades. Como se ve, las mismas explicaciones del señor apoderado se encargan de demostrar que la empresa contribuyente sí omitió declarar la totalidad de sus utilidades y, por lo tanto, es acreedora a la correspondiente sanción. En efecto: no solamente se incurre en inexactitud cuando se declaran ingresos inferiores a los obtenidos, sino cuando se solicitan deducciones inexistentes. Y este es el caso de "Escuelas Internacionales", ya que el renglón de costos y precisamente como compras se consignó una partida equivalente en realidad a utilidades netas. Es absurdo pensar, como argumenta el señor apoderado, que el Gerente de la empresa al presentar la declaración hubiera confundido cándidamente dos conceptos tan fundamentalmente distintos como son el de la remisión de los giros al exterior por razón de las utilidades obtenidas y el de gastos o compras necesarios para la producción de la renta. De admitirse como razonables las explicaciones del señor apoderado, fácilmente podría concluirse que tanto da declarar una partida bajo la gravedad del juramento a título de beneficio recibido o a título de gastos realizados. Habiendo declarado la compañía la partida de $ 52.133.00 bajo el rubro de *material comprado a Scranton* y estando la declaración de renta amparada por la presunción de veracidad por el juramento prestado, el liquidador estaba en la obligación de computar dicha partida de acuerdo con la naturaleza denunciada, y con tanta mayor razón cuanto que el certificado de The National City Bank demostraba la efectividad de las

remesas, aunque no expresaba la razón o título a que fueron hechas, con lo cual era de presumir que correspondían al concepto denunciado».

El Tribunal acogió los fundamentos de la Jefatura, agregando que el demandante no había podido destruirlos en el curso del juicio «pues las pruebas allegadas no aportaron elementos suficientes para variar el resultado del litigio». Y el señor Fiscal Primero del Consejo conceptuó que es el caso de revisar las resoluciones acusadas, en el sentido de declarar que no hay lugar a imponer la sanción del 50%, y con esta base fijar la suma total del impuesto, revocando la sentencia apelada.

De la vista fiscal deben destacarse los siguientes párrafos:

«En concepto de la Fiscalía, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales obró legalmente al considerar que la partida $ 52.133.00 no era gasto deducible sino que representaba renta gravable.

«Ahora bien, el solo hecho de haberse considerado por el demandante que la citada cantidad era gasto deducible y haberlo hecho figurar así en su declaración, ¿le debe acarrear la sanción del 50% por inexactitud?

«Considera este despacho que la sanción no es aplicable a errores o diferencias de apreciación en que pueda incurrir el contribuyente sobre lo que constituye su renta o patrimonio gravables, sino a los que declaren ingresos menores de los que realmente perciben. (Artículo 25, inciso 2º, Decreto 818 de 1936).

«En el caso de autos la sociedad demandante incurrió en error de apreciación al considerar que la cantidad de $ 52.133.00 eran gastos deducibles y como tales los hizo aparecer en su declaración, y por consiguiente, no habiendo declarado *ingresos* menores, sino propuesto como gasto la citada cantidad, no hay razón legal para imponer la sanción del 50%».

En apoyo de su tesis invoca el señor Fiscal la jurisprudencia del Consejo de Estado, contenida en el siguiente párrafo de la sentencia de fecha 13 de julio de 1942:

«Si el contribuyente se equivoca en las operaciones de simple contabilidad, no hay lugar a sanción alguna, porque con ello no se causa perjuicio o defraudación al fisco, ya que a los empleados recaudadores es a quienes les corresponde hacer las liquidaciones técnicas o legales. El deber del contribuyente es denunciar todas sus rentas, créditos y haberes en general, para que después el liquidador oficial los organice y aprecie según lo ordenado por la ley. La "inexactitud" mecánica, de procedimiento, de técnica, no da lugar a sanción alguna. El silencio, en cambio, sobre un ingreso, que a las claras se presenta como denunciable, y que haga por lo menos sospechar que ha habido intención que queda al juicio del funcionario, sin necesidad de que se pruebe el dolo, genera ipso facto la sanción establecida por la ley».

El Consejo deberá referirse en primer término al dictamen pericial rendido por los doctores Ernesto León Gómez y Nicolás Torres Niño, durante el término probatorio de la primera instancia, y al cual no hicieron la menor alusión el Tribunal ni el señor Fiscal del Consejo, como se ha visto.

Tal dictamen fue solicitado en el mismo libelo de demanda como corolario de una inspección ocular encaminada a establecer «cuál fue el precio de costo del material recibido en 1946 por el señor París», y al respecto dijeron los señores peritos:

«Tuvimos a libre examen un libro de "Cuenta y Razón" registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá, el 2 de agosto de 1945, bajo el número 18834. De este libro extractamos los asientos contables que indican las remesas de dinero hechas a Scranton (Delaware, Estados Unidos de América) en pesos colombianos, durante el año de 1946 por el demandante... TOTAL $ 52.129.00.

«Como está dicho, la suma anterior representa las remesas de dinero hechas por el señor París a Scranton en 1946 pero, en el libro aludido, los conceptos o razones de los giros no están indicados. Tales conceptos o razones fueron hallados en otro libro de "inventario y balance", registrado también en la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de enero de 1945, bajo el número 17891.

«Al folio 2 de este libro aparece el saldo del balance en 31 de diciembre de 1945, por la cantidad de $ 20.444.33.

«En el mismo folio hallamos el siguiente asiento contable: "Saldos enviados a Escuelas Scranton durante 1946, por *materiales*, gastos dirección, etc. $ 52.133.00".

«Existe, por consiguiente, una diferencia de $ 3.00 entre la suma que arrojan las partidas del libro primeramente nombrado y la partida o asiento del libro "inventarios y balances", nombrado en segundo lugar. Esta diferencia se explica, quizá, por error en los asientos del primer libro, ya que en él, escrito a lápiz, en el folio 34, aparece la corrección de esos $ 3.00.

«Está, pues, suficientemente claro en los libros de contabilidad del señor Paris que éste hizo giros a Scranton (Estados Unidos de América) a sus principales, durante el año de 1946, para pagar materiales que le fueron suministrados para la enseñanza».

Como se ve, no solo se extendió la imputación de la partida de $ 52.133.00 a *gastos de dirección* (o sea utilidades percibidas en Colombia por la Compañía y a otros gastos indeterminados, sino que todo indica que el asiento se hizo ya tarde, con el único objeto de fundamentar la reclamación contra la liquidación del impuesto.

En efecto, no otra explicación tiene el hecho de aparecer el asiento de los «Saldos enviados a Scranton durante 1946, por materiales, gastos de dirección, etc.», no en el libro de «Cuenta y Razón», sino en el de «Inventarios y Balances», que hasta el más novicio contabilista sabe que no tiene otro destino que el que su nombre indica, y como primera escritura correspondiente al año de 1946, o sea antes del balance e inventario de ese año, a continuación del balance de 1945, «en el mismo folio». Con razón que los revisores oficiales no hallaran a su tiempo la imputación de que se trata, pero ni el representante de la Compañía hubiera podido enseñársela.

Tampoco comparte el Consejo el concepto del señor Fiscal Primero sobre improcedencia de la sanción del recargo del 50%. Es que en el caso de autos no se trata de simples «errores o diferencias de apreciación» sobre lo que constituye renta o patrimonio gravables, que prevee el artículo 125 del Decreto 818 de 1936, ni mucho menos de alegar una expensa que no sea deducible conforme a la ley, ni siquiera de mera ficción de un gasto, sino de una perfecta inexactitud como la de contabilizar como un gasto justamente, lo que es una utilidad, lo cual se traduce necesariamente en la declaración de ingresos menores a los reales.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto fiscal y administrando justicia en nom-

bre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de que se ha hecho mérito en el presente fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal. Dèse cumplimiento al articulo 11 del Código de Procedimiento Penal.

Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Eduardo Piñeros y Piñeros, Baudilio Galán Rodríguez, Antonio José Prieto. Luis E. García V., Secretario.

IMPUESTOS

(Consejero ponente: doctor Rafael Rueda Briceño)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, quince de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Referencia: Expediente número 874.
Naturaleza: Impuestos.
Actor: Manuelita S. A.

Por medio de Resolución número R-103-H, de 31 de agosto de 1948, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 81 de 1931 revisó la liquidación del impuesto de la sociedad denominada «Ingenio Manuelita S. A.» por el año de 1946, liquidación hecha por la Administración de Hacienda Nacional de Cali, y la misma Jefatura la modificó en el sentido de elevar la cuantía del impuesto a la cantidad de $ 780.646.48, de la cantidad de $ 552.238.36 que había sido la fijada por la citada Administración de Hacienda.

Dispuso asimismo la Jefatura que se pasara a la nombrada sociedad una cuenta de cobro adicional por la cantidad de $ 228.408.02, o sea la diferencia entre las dos sumas antes mencionadas.

Por último, ordenó que la sociedad en referencia invirtiera adicionalmente en Bonos de la Vivienda Popular la suma de $ 16.432.96, que representaba la diferencia de lo liquidado inicialmente y lo fijado en la mencionada Resolución.

Contra la providencia a que se ha hecho alusión el apoderado de la sociedad anónima «Ingenio Manuelita S. A.», en liquidación, interpuso recurso de reposición ante la misma Jefatura. Este fue resuelto por medio de la Resolución número R-2083-H, de diciembre 28 de 1948, que confirmó, en lo sustancial, la antes mencionada, con la única diferencia de cobrar solamente a la sociedad la suma adicional de $ 227.054.60 y de fijar la suma de $ 16.343.80 para la inversión en Bonos de la Vivienda Popular.

Previo el pago de la cuenta de cobro adicional, cuyos recibos obran a folios 47 bis y 47 bis 1 del cuaderno número 1º, el apoderado de la sociedad «Manuelita S. A.» —entidad ésta que había asumido por compra el activo y el pasivo de la sociedad «Ingenio Manuelita S. A.», según consta en la escritura número 2.438, de 23 de diciembre de 1947, otorgada en la Notaria 2ª de Cali, cuya copia debidamente registrada obra a folios 24 y siguientes del cuaderno principal— intentó demanda de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cali contra las Resoluciones mencionadas.

Las declaraciones que se solicitaron del Tribunal fueron las siguientes:

«Primera. Que son nulas las Resoluciones números R-1031-H, de 31 de agosto de 1948, y R-2083-H, de 28 de diciembre de 1948, proferidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales por virtud de las cuales se ordena cobrar adicionalmente a la socie-

dad Ingenio Manuelita S. A. la suma de doscientos veintisiete mil cincuenta y cuatro pesos con sesenta centavos ($ 227.054.60) a título de impuesto de renta y sus complementarios de patrimonio y exceso de utilidades y recargos correspondientes y cuota para restablecimiento del orden público por el año gravable de 1946.

«Segunda. Que las mencionadas Resoluciones de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, marcadas con los números R-1031-H, del 31 de agosto de 1948, y R-2083-H, del 28 de diciembre de 1948, son también nulas en cuanto ordenan a la sociedad "Ingenio Manuelita S. A." invertir adicionalmente por el año de 1946 la suma de diez y seis mil trescientos cuarenta y tres pesos con ochenta centavos ($ 16.343.80) en Bonos del Instituto de Crédito Territorial.

«Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones primera y segunda se revisen las operaciones administrativas correspondientes, contenidas en las Resoluciones números R-1031-H, del 31 de agosto de 1948, y R-2083-H, del 28 de diciembre de 1948, emanadas de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales y se declare que la sociedad Ingenio Manuelita S. A. no está obligada a cubrir la suma adicional de doscientos veintisiete mil cincuenta y cuatro pesos con sesenta centavos ($ 227.054.60) por concepto de sus impuestos de renta, patrimonio y exceso de utilidades y sus recargos y cuota de restablecimiento del orden público por el año de 1946 ni está tampoco obligada a invertir por el año gravable de 1946 la suma adicional de diez y seis mil trescientos cuarenta y tres pesos con ochenta centavos ($ 16.343.80) en Bonos del Instituto de Crédito Territorial.

«Cuarta. Que como consecuencia de las declaraciones primera, segunda y tercera el Ministerio de Hacienda y el Tesoro Nacional, por conducto de la Administración Nacional de Hacienda de la ciudad de Cali están obligados a devolver a la sociedad Manuelita S. A., domiciliada en Cali, al día siguiente de ejecutoriada la sentencia, la suma de doscientos veintisiete mil cincuenta y cuatro pesos con sesenta centavos ($ 227.054.60) cobrados de más a Ingenio Manuelita S. A. por concepto de los impuestos de renta, patrimonio y exceso de utilidades y sus recargos y cuota de restablecimiento del orden público por el año gravable de 1946, y los intereses de esta suma al 8% anual, desde la fecha de la sentencia hasta el día que el pago se haga.

«Asimismo y dentro del mismo plazo de la ejecutoria, el Instituto de Crédito Territorial, por conducto de su oficina de la ciudad de Cali, está obligado a devolver a Manuelita S. A. previa la entrega de los Bonos correspondientes, la suma de diez y seis mil trescientos cuarenta y tres pesos con ochenta centavos ($ 16.343.80) cobrados e invertidos de más por Ingenio Manuelita S. A., en el año gravable de 1946».

En sentencia de 19 de noviembre de 1949 el Tribunal Administrativo de Cali desató el litigio, negando las peticiones de la demanda. Con fecha 23 de noviembre del mismo año, el apoderado de la sociedad apeló de la providencia. En tal virtud vinieron los autos al Consejo y estando el negocio listo para el fallo, se dictó el 12 de noviembre de 1953 un auto para mejor proveer solicitando a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales cuál había sido la aplicación dada por ese despacho a los formularios ordenados por el artículo 66 del Decreto número 818 de 1936.

Contestado oportunamente el correspondiente oficio y no observándose ninguna causal de nulidad, se procede a fallar, previas las siguientes consideraciones:

El fundamento principal aducido por la Jefatura en las dos Resoluciones a que se ha hecho mérito y acogido, en su integridad, por la sentencia recurrida para elevar el impuesto a la sociedad recurrente, consiste en lo siguiente:

En el acta de revisión de los libros de contabilidad de la sociedad «Ingenio Manuelita S. A.» aparece que, mediante resoluciones de su Junta Directiva, de fechas 13 de marzo de 1935 y 14 de junio de 1937, se valorizaron algunas cuentas del activo así:

	1935	*1937*	*Totales*
Planta y maquinaria	$ 174.281.51	$ 955.520.18	$ 1.129.801.69
Casas y edificios	61.342.13	233.142.12	294.484.25
Ferrocarril - Vía	37.834.22	56.720.43	94.554.65
Ferrocarril - Equipo	7.300.00	38.079.99	45.379.99
Implemento agrícola	2.822.14	.....	2.822.14
Pozos, líneas y bombas ...	6.110.00	19.168.54	25.278.54
TOTALES	$ 289.690.00	$ 1.302.631.26	$ 1.592.321.26

Consideran las mencionadas providencias que el artículo 98 del Decreto 818 de 1936 establece en su inciso b) que tanto para la declaración de patrimonio que debe hacer el contribuyente, como para la estimación que de ese patrimonio debe hacer el empleado liquidador, a falta de aquella declaración, los bienes muebles se declararán y estimarán por el precio comercial, entendiéndose por tal el de costo o el de adquisición, más el porcentaje de gastos indirectos o generales que sea necesario cargar a esta clase de bienes. Que, en consecuencia, y pudiendo solamente el contribuyente declarar sus activos y depreciarlos por el valor comercial antes explicado, las valorizaciones a que se ha hecho mención no obligan a la entidad liquidadora.

El artículo 99 del mismo Decreto daba facultad al Jefe de Rentas para elevar o rebajar ese precio comercial mediante ciertos requisitos que, según las mismas providencias, no se cumplieron en el presente caso y tal facultad le fue suprimida al referido funcionario por el artículo 23 del Decreto-ley número 554 de 1942.

Dice así la Resolución R-1031-H:

> «... cabe concluir que antes de la vigencia del Decreto 554 los activos podían ser valorizados con la autorización de la Jefatura, pero no mediando dicha autorización cualquier cambio en el valor de los bienes de la clase referida no podía ser estimado para efectos fiscales. Después de la vigencia del Decreto-ley en referencia, les quedó vedado a los contribuyentes valorizar sus activos».
>
> «Concretando la materia al caso de autos, es conducente concluir que la entidad "Ingenio La Manuelita S. A.", no podía por medio de resoluciones privadas de la Junta Directiva, variar el precio de adquisición de sus bienes muebles, ni antes ni después de la vigencia de las normas que regulan la materia, porque en un caso necesitaba la previa autorización de la Jefatura de Rentas y no consta que ésta haya dictado providencia alguna al respecto; y en el otro la prohibición legal no permite la valorización de los activos, por el motivo antes expuesto».

En la segunda Resolución, o sea en la R-2083-H, se sostiene la misma tesis, agregando:

> «Se dijo también en la Resolución impugnada que al aceptar la depreciación que la firma contabilizó en el año de 1946 se

sobrepasarian los límites del capital invertido en los activos, lo cual implica la violación del artículo 62 del Decreto 818 de 1936, que tácitamente prohibe conceder depreciaciones sobre bienes totalmente depreciados».

El Tribunal Administrativo, en la sentencia recurrida acoge estos conceptos en los siguientes términos:

«Quiere decir, pues, que tal estimación, de acuerdo con el artículo 48 de aquel Decreto, debió hacerse con prescindencia de las valorizaciones que el Ingenio Manuelita S. A. hizo de sus activos en mayo de 1935, y que, en consecuencia, si se hizo sobre la base de tales valorizaciones los funcionarios del fisco pretermitieron la ley en este punto».

«Ahora bien, ya bajo la vigencia de esta norma (el artículo 98 del citado Decreto 818) el contribuyente, en este caso efectuó, *motu proprio*, por resolución unilateral de la Junta Directiva de Ingenio Manuelita S. A., tal como se acepta en la demanda, sin la solicitud pertinente, la justificación necesaria y la autorización requerida por parte de la Jefatura, el 14 de junio de 1937, una nueva valorización de sus activos depreciables, la cual, no obstante esta pretermisión de la ley, fue también aceptada por los funcionarios del fisco en la estimación de patrimonio de esa empresa».

La sociedad recurrente, tanto en el alegato presentado con motivo de la reposición de la Resolución R-1031-H, como en la demanda ante el Tribunal Administrativo, sostiene que se viola con las resoluciones acusadas el artículo 15 de la Ley 38 de 1931, en cuanto dicha norma prohibe al señor Jefe de Rentas modificar el impuesto fijado al contribuyente después del 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la correspondiente declaración.

Como la Administración de Hacienda Nacional del Valle del Cauca y la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, en repetidas ocasiones, según se explicará detalladamente adelante, aceptaron en las correspondientes liquidaciones las valorizaciones de que se ha hecho mención antes, desde el año de 1936 hasta el año de 1945, sostiene que, indirectamente, por lo menos, se están revisando tales liquidaciones, pretermitiendo la prohibición a que se ha hecho referencia en la norma citada; acusa también las resoluciones por violación de los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional, del aparte b) del Decreto 2361 de 1938, y por violación, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 198 y 134 del Decreto 818 de 1936 y del 23 del Decreto 554 de 1942. Recalca la demanda, a este respecto, especialmente, que la Jefatura de Rentas no podía variar el precio fijado a los activos de la sociedad recurrente por cuanto dicho avalúo había sido aceptado, en repetidas ocasiones, por las autoridades fiscales. Funda también su demanda en otras disposiciones que se analizarán adelante.

El segundo aspecto del presente litigio consiste en lo siguiente:

La sociedad en referencia ha mantenido dos cuentas, denominadas «Herramientas y Aperos» y «Muebles y Enseres». Dichas cuentas, que venían amortizándose fiscal y comercialmente, fueron totalmente amortizadas, comercialmente, en los libros de la empresa en el mes de diciembre de 1938, quedando tales cuentas en la suma de un peso cada una. En el año de 1946 se volvió a poner en el activo el valor del costo de dichos bienes, haciéndose el correspondiente asiento en las reservas de depreciación. El asiento en referencia fue el siguiente:

«*Activos permanentes:*

Herramientas y aperos, según inventario, diciembre 31 de 1945	$ 32.416.99	
Menos	1.00	$ 32.415.99
Muebles y enseres según inventario, diciembre 31 de 1945	75.686.19	
Menos	1.00	75.685.19
Suma		$ 108.101.18

Depreciación de Activos:

Fijos:		
De herramientas y aperos	$ 32.415.99	
De muebles y enseres	75.685.19	$ 108.101.18»

Sostienen, tanto las resoluciones acusadas como la sentencia apelada, que tal valorización de activos contenida en los asientos de contabilidad antes transcritos, constituye una renta gravable de la sociedad recurrente, alegando la misma entidad que tal operación de contabilidad no tiene esta calidad y, que en consecuencia, en esta parte son nulas.

Existían también dos pequeñas discrepancias entre la sociedad recurrente y las autoridades fiscales, a saber: una por una donación de $ 3.000.00, cuyo descargo fue aceptado por la segunda Resolución de la Jefatura y la otra por un valor de $ 1.800.00, que fue el costo de una carrocería nueva de un autobús que la Jefatura consideró, con razón, que era una inversión no deducible de la renta del contribuyente.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

El punto fundamental del presente recurso, como ya se vio, consiste en determinar si las valorizaciones de los activos depreciables realizadas por la sociedad recurrente con fecha 13 de mayo de 1935 y 14 de junio de 1937 por un valor total de $ 1.592.321.26 fueron operaciones legales y, en consecuencia, obligatorias ante las entidades fiscales o, por el contrario, dichas operaciones contables deben desestimarse por haberse verificado sin el lleno de los requisitos previstos en la legislación tributaria.

El argumento principal aducido por la sociedad recurrente a lo largo de todo el procedimiento administrativo y contencioso administrativo, consiste en afirmar que como el inciso primero del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, incorporado en el 12 de la Ley 78 de 1935, prohibe al Jefe de Rentas revisar liquidaciones con posterioridad al 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente a aquel en que se hizo la declaración, con el procedimiento seguido en las resoluciones acusadas, implícitamente se está violando tal texto, pues se revisaron las bases en que se fundamentaron las declaraciones de los años anteriores, para desconocerlas y alterarlas.

Tanto la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, como el Tribunal *a-quo* en la sentencia recurrida, sostienen que la norma en mención no se desconoce. «No se opera, dice ésta, cambio alguno en la renta tasable o en los impuestos liquidados a Ingenio Manuelita S. A. con anterioridad al ciclo impositivo correspondiente al año de 1946; como tampoco para este año gravable se ha efectuado por parte de la Jefatura una revisión *extra tempore*, posterior a la fecha límite que señala la ley». Y en la Resolución R-2083-H se expresa así la Jefatura: «Pero un error verificado en un año gravable cuyo término de revisión no está vencido, puede corregirse sin violar la disposición. Contrariamente a ella habría obrado

la Jefatura si en la Resolución recurrida se hubieren aumentado los impuestos liquidados a la Compañia en cada uno de los años anteriores a 1946, pero aquéllos no sufrieron cambio alguno en la providencia aludida».

El Consejo considera que en este aspecto, tanto la Jefatura como el Tribunal, en la sentencia apelada, tienen razón al no haberse revisado impuestos a cargo de la sociedad recurrente fuéra del término señalado en la mencionada norma legal.

El problema planteado, a juicio del Consejo, es diferente y se deben estudiar para resolver el presente recurso en primer término dos cuestiones fundamentales a saber: primera, legalidad o ilegalidad desde el punto de vista impositivo de las valorizaciones de los activos depreciables realizados por el actor y, segunda, aun en el supuesto de que tales valorizaciones resultaren ilegales, si la autoridad administrativa está obligada a darles plenos efectos legales por haberlas reconocido tácita y expresamente durante varios años.

Para resolver la primera cuestión se considera:

Mucho se ha discutido en este negocio cuál es el sistema de amortización que reconoce el derecho impositivo colombiano. Si la amortización únicamente debe cubrir el precio de costo de los bienes depreciables o su precio de recuperación.

En el alegato del actor ante la Jefatura y en la citada Resolución R-2082-H se discutió ampliamente este asunto y se citó en apoyo de una y de otra tesis al tratadista contable W. A. Paton. El asunto es de meridiana claridad en los textos legales.

El principio general en la legislación colombiana ha sido el del precio de costo, según quedó establecido por el articulo 98 del Decreto 818 de 1936, que dice así:

> «Para los efectos de esta disposición se entiende por precio comercial el de costo o el de adquisición, según el caso, fijado de acuerdo con los articulos 33 y siguientes de este Decreto, más el porcentaje de gastos indirectos o generales del negocio que se afecte o sea necesario cargar a esta clase de bienes...»

Sin embargo del principio general, que se acaba de mencionar, el articulo siguiente del mencionado Decreto otorgó la facultad al Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales de elevar o rebajar el precio comercial, antes determinado, aumentándolo o disminuyéndolo, a solicitud del contribuyente y mediando causas razonables que hubieren determinado la baja o el alza en dicho precio.

Posteriormente el Decreto número 554 de 1942 en su articulo 23 suprimió la anterior facultad del Jefe de Rentas de modificar, según las circunstancias, el precio comercial establecido en el mencionado articulo 98. Es decir, de esta fecha en adelante quedó prohibido para efectos de amortización de bienes depreciables cualquier modificación en su costo inicial asi determinado.

Como los avalúos efectuados por la sociedad actora se realizaron durante la vigencia de la norma que se acaba de citar, debe estudiarse en este juicio si se cumplieron los requisitos exigidos por la misma, es decir, si el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales aceptó, con conocimiento de causa, la valorización de los activos depreciables del contribuyente.

Al efecto existe en el expediente a folio 195 del cuaderno tramitado ante la Jefatura de Rentas un cuadro firmado por el entonces Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, doctor Aurelio Camacho Rueda, cuyo título es el siguiente:

«Cuadro de las reservas concedidas por concepto de depreciación al Ingenio Manuelita S. A. a partir del año de 1930. Tasas aplicables al año de 1940, y saldos por depreciar».

En el cuadro anterior, como puede verse de sus cifras, están aceptadas por la Jefatura las valorizaciones de los activos depreciables de la sociedad actora, en la misma cuantía que ésta alega y que aparecen en los cuadros de la visita practicada por los revisores de la Jefatura de Rentas, señores Alfredo Quiñones Olarte y Jesús M. Villar (folios 65 y siguientes del cuaderno tramitado ante la Jefatura) y en los elaborados por los peritos en la diligencia practicada por el Tribunal *a-quo.*

Resulta pues, que de modo expreso el señor Jefe de Rentas personalmente aceptó el valor de los activos depreciables de la sociedad recurrente y él mismo determinó las tasas de amortización que reconocía la Jefatura, como deducción, para amortizar tales activos.

Puede preguntarse si con ese solo documento se cumplieron los requisitos de que trataba el artículo 39 del Decreto 818 de 1936, cuyo tenor era el siguiente:

«Artículo 99. El precio comercial exigido por el artículo 98 podrá castigarse con las cuotas de amortización acumuladas y calculadas razonablemente sobre la vida probable de la propiedad usada en el negocio, comercio o industria que sea susceptible de depreciación por desgaste o rotura, deduciendo de tales cuotas la alícuota o porcentaje que se haya aceptado como deducción de la renta bruta en el año gravable para los efectos del impuesto sobre la renta. Las cuotas de amortización deducibles de acuerdo con el inciso anterior no podrán pasar los límites establecidos por el artículo 61 para la propiedad mueble. El Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, a solicitud del contribuyente, y por motivos plenamente justificados, podrá también autorizar que se eleve o rebaje el precio comercial exigido por el mencionado artículo 98 cuando hubieren mediado causas razonables que hayan determinado un alza o baja en aquel precio».

Aunque la resolución o providencia administrativa firmada por ese alto funcionario no vino a decidir directamente, a solicitud del contribuyente, sobre la valorización de los activos, sí tuvo que considerar esa cuestión en forma primordial, pues se estudió entonces todo lo relacionado con los activos depreciables de la sociedad recurrente. En efecto, el trámite que ocasionó la providencia en referencia fue el siguiente, según puede verse a folios 195 y siguientes del cuaderno tramitado ante la Jefatura:

a) La sociedad presentó oportunamente su declaración de renta correspondiente al año de 1940, solicitando una deducción por depreciación de $ 344.268.76.

b) El Auditor de Impuestos Naeionales en oficio fechado en Cali, el 20 de junio de 1941 (folio 234, cuaderno de la Jefatura), solicitó a la sociedad recurrente, entre otros datos, un cuadro de depreciación en los siguientes términos:

«El cuadro de depreciación debe hacerse discriminadamente y por años; esto es, en cada uno de los grupos de activos depreciables hay que relacionar el valor de adquisición en cada año».

c) La sociedad recurrente envió tales datos, como puede verse a folios 235 y 244 del mismo cuaderno.

d) La Administración de Hacienda Nacional del Valle del Cauca, como aparece en el citado cuaderno al folio 233, liquidó un impuesto a cargo del contribuyente de $ 255.109.65.

e) La Jefatura de Rentas revisó la liquidación practicada por la Administración en Resolución número R-184-H, de marzo de 1942, que en lo pertinente dice así:

> «Para fijar el impuesto correspondiente, la oficina de primera instancia modificó el renglón relativo a la depreciación de la maquinaria, que redujo a la cantidad de $ 258.979.86...
>
> «Con fecha 19 de diciembre de 1941, para los efectos del artículo 15 de la Ley 81 de 1931, dos funcionarios de esta Jefatura, en desarrollo y cumplimiento de una comisión especialmente ordenada, practicaron un detenido examen de los libros comerciales de la compañía. Los resultados obtenidos en la inspección ocular se hicieron constar en la respectiva diligencia o acta de visita que debidamente firmada por el señor Gerente de la empresa y por los funcionarios oficiales, exhibe los siguientes datos relacionados con el movimiento de las cuentas...
>
> «De acuerdo con el cuadro adjunto a esta Resolución, indicativo de las cuotas aceptadas en años anteriores por concepto de depreciación de edificios, maquinaria y equipo, la deducción admisible por tal concepto en el año que se revisa sólo asciende a la suma total de $ 258.300.57...
>
> «*Para efecto de cumplir lo dispuesto por el artículo 99* (subraya el Consejo) el precio de costo de los activos demeritales según el balance comercial de $ 3.732.777.77, es preciso castigarlo con las depreciaciones aceptadas como deducción hasta el 31 de diciembre de 1939, cuyo monto según el cuadro adjunto para dicha fecha era de $ 1.585.181.18...»

Es decir, en el procedimiento que se acaba de enumerar y explicar se agotaron, por parte de la Jefatura de Rentas, los recursos para fijar pormenorizadamente el precio comercial o costo de los activos demeritables del contribuyente con toda la minuciosidad que el caso pedía y se aceptó, de conformidad con el artículo 99 antes transcrito, y expresamente, cuál era el valor de tales activos.

El Consejo estima, con los antecedentes que se acaban de explicar, que si el señor Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales, con pleno conocimiento de causa, y esto en el instante en que, en virtud del tan mencionado artículo 99, tenía plenas atribuciones para modificar los precios comerciales, aceptó el avalúo de los activos de la sociedad recurrente, en el cuadro resolución a que se ha hecho mención con las explicaciones que se han transcrito de la Resolución R-184-H, tales resoluciones o providencias administrativas fueron regularmente proferidas por las razones doctrinarias que se aplican en seguida y, en consecuencia, son inmodificables para la administración que tiene que respetarlas por haber causado estado.

A este respecto, este despacho ha sostenido este principio fudamental, entre otros en los siguientes fallos: en sentencia de 14 de septiembre de 1937, que corre publicada a la página 770 de los *Anales del Consejo* números 257 a 262 y en sentencia de 9 de diciembre de 1941, que corre publicada en la obra citada a la página 1193 de los números 308 a 310, se dijo lo que se transcribe a continuación:

> «Los principios quieta non movere y de la buena fe tienen validez también para las autoridades administrativas. Ciertamente constituye una amenaza constante para el particular la posibilidad de que se revoque una disposición que lo favorece. Por consiguiente, el legislador tuvo que pensar seriamente en limitar esta facultad de revocar una disposición, teniendo en cuenta aquellos casos en que así lo exigía la seguridad jurídica. Así, pues, el le-

gislador ha garantizado sobre todo la inmutabilidad de aquellas disposiciones que originen derechos y deberes, y que han podido ser dictadas por la autoridad solamente después de un previo y complicado procedimiento de reclamación e información, pues la misión de semejante expediente estriba, de una parte, que se examine a fondo cuanto afecta al interés público, y de otra, en garantizar al ciudadano la inmutabilidad de la orden que ha seguido este trámite.

«Estos principios, aceptados por los expertos en Derecho Administrativo, consagran que si las resoluciones generales o reglamentarias son esencialmente revocables por la autoridad administrativa que las dictó, en cambio, las particulares que crean situaciones individuales son intangibles, si no fueron reclamadas por parte legítima, dentro del término de la ejecutoria. Así lo consagra expresamente nuestra Ley 53 de 1909. El principio tiene como fundamento la seguridad que los ciudadanos deben procurarse de la firmeza de las decisiones públicas. El término de revisión, consagrado en la Ley 81 de 1931, como se ha dicho, es una excepción a la regla general, pero como tal debe ser de interpretación restringida y conforme con la doctrina sobre la materia.

«El Consejo, para llegar a esta conclusión, no pierde de vista la necesidad de la estabilidad de las situaciones jurídicas individuales, que no pueden estar sujetas indefinidamente a periódicas revisiones, con perjuicio de la marcha ordenada de los negocios. Si hecho el respectivo estudio de la declaración, el funcionario de hacienda fue negligente o doloso en la investigación, debe recaer toda la responsabilidad sobre el Estado, que lo tiene como agente. Pero en ningún caso esa culpa o ese fraude de los agentes del Gobierno puede crear una situación permanente de inseguridad».

La doctrina de los fallos transcritos no es sino la consagración de un principio aceptado universalmente. Dice así el profesor Bonmard en su *Compendio de Derecho Administrativo,* página 225:

«La jurisprudencia admite que hay ilegalidad y causal para el recurso por exceso de poder, no solamente por violación directa del derecho objetivo, sino también por estar en contradicción con un acto jurisdiccional o un acto administrativo de contenido individual... cuando la administración quiere modificar o retirar un acto administrativo individual anterior...»

Y más adelante, en la página 227:

«*Intangibilidad de los efectos individuales de los actos jurídicos.* Este principio de que los efectos individuales producidos por los actos jurídicos son intangibles, es uno de los principios fundamentales de los derechos modernos. En efecto, la seguridad jurídica es cosa indispensable para el buen funcionamiento del comercio jurídico».

Pero a este respecto, existen además en el expediente, en el mismo cuaderno tramitado ante la Jefatura, las siguientes constancias:

Desde el año de 1936 consta que la sociedad recurrente declaró su renta gravable y al efecto, sobre el punto que interesa para resolver la presente controversia, aparecen los siguientes documentos:

a) La liquidación del impuesto del recurrente, correspondiente al año de 1936 (folios 255 y 256), en que se acepta una depreciación de $ 187.623.34, con el siguiente título: «Depreciación S/ relación».

b) La liquidación correspondiente al año de 1937 (folios 254 y 255) en que se acepta una depreciación de $ 167.345.99, con el mismo título que se mencionó en el numeral anterior.

c) Una liquidación revisada por el Auditor de Impuestos de la Administración de Impuestos Nacionales del Valle, señor H. Sinisterra, y aprobada por el Inspector de Rentas Nacionales, señor G. Vélez, que en lo pertinente dice así:

«La liquidación revisada de los impuestos sobre la renta y patrimonio del Ingenio Manuelita S. A. por el año gravable de 1938, de acuerdo con el examen practicado por el Inspector Vélez Ordóñez sobre los libros de contabilidad de la empresa...

«La depreciación contabilizada por la Empresa ascendió durante el año de 1938, a la cantidad de $ 329.300.03, suma igual a la pedida como deducción de la renta bruta. Como esta depreciación contiene porcentajes mayores a los normales en empresas semejantes, y también a los índices señalados en el Decreto 818 de 1936 (artículo 61), en la liquidación revisada se acepta por este concepto sólo la cantidad de $ 305.530.62.

Sobre la planta y maquinaria, el	10%	$ 252.166.45
Sobre edificios	3%	16.635.74
Sobre Ferrocarril Vía	6%	11.848.54
Sobre Ferrocarril Equipo	10%	12.446.29
Sobre implemento agrícola	10%	9.452.91
Sobre líneas	5%	3.030.69
Total		$ 305.530.62»

d) En relación con el impuesto correspondiente al año de 1940, se explicó antes lo ocurrido, faltando en el expediente los datos correspondientes a 1939.

e) Para el año de 1941 existe el anexo visible a folio 218 presentado por la sociedad recurrente, sobre los activos depreciables y el monto de la deducción por el mismo concepto por una cantidad de $ 393.449.62, suma que fue rebajada por la Administración a la cantidad de $ 307.164.43, según aparece en los cuadros generales antes citados.

f) En el año de 1942 existe en la declaración de renta el anexo III, visible al folio 186, el correspondiente cuadro de depreciación.

g) Para el año de 1943 puede verse a folio 178 el mismo cuadro correspondiente al año en referencia con un proyecto de liquidación que con oficio número 55 remite el Revisor de Contabilidad de la Jefatura de Rentas al señor Jefe de dicho Departamento, en que se acepta integralmente la deducción de depreciación solicitada por el contribuyente por la cantidad de $ 308.059.09, que también fue aceptada por la Jefatura de Rentas, pues es la misma cantidad que figura en los cuadros generales de depreciación antes mencionados.

En el referido oficio (folio 170) dice así el señor Revisor:

«Le acompaño igualmente el acta referente a la revisión de los libros de contabilidad practicada a la mencionada empresa, y como informe sobre el resultado de este examen le envío un proyecto de resolución que modifica el impuesto fijado por la oficina liquidadora».

La depreciación se acepta tal cual, como ya se dijo.

h) En relación con el año de 1944, en la declaración de la sociedad recurrente existe un cuadro de depreciación que aparece a folio

162 y la correspondiente liquidación en que se rebaja la partida correspondiente a tal depreciación, en la cantidad de $ 46.716.18 con el siguiente acápite: «Exceso según la contabilidad, reconociéndose al recurrente solamente la suma de $ 302.306.39 por tal concepto», cantidad que es la misma que aparece en los cuadros generales. Esta liquidación fue reclamada ante la Jefatura por la sociedad recurrente según puede verse a folio 153, no se sabe por qué concepto ni con qué resultado, pero la suma fijada para depreciación en la liquidación quedó en firme, según se deduce de los cuadros generales.

i) Correspondiente al año gravable de 1945 existe el cuadro de amortización de los bienes depreciables que corre a folios 134 y siguientes y la correspondiente liquidación que corre a folios 143, 144 y 145. En este último documento se rebajó ligeramente la amortización con la siguiente nota: «se aceptan las depreciaciones al 3% sobre el costo en edificios y las contabilizadas respecto a los demás bienes depreciables».

j) Cuando se practicó la segunda revisión de la contabilidad de la sociedad recurrente, los Revisores de Contabilidad, señores Olmedo Henao Hoyos y Jorge Angel, en oficio dirigido al señor Subjefe de la Sección Primera de la Jefatura dicen lo siguiente:

> «En relación con el movimiento de las depreciaciones aceptadas y acumuladas por la Administración de Hacienda manifestamos a usted que éstas se encuentran enteramente de acuerdo con el cuadro elaborado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, a 31 de diciembre de 1940, en virtud de la Resolución número R-184-H de marzo de 1942».

Todo lo anterior viene a corroborar que la sociedad recurrente, a ciencia y paciencia de la Administración de Hacienda Nacional del Valle del Cauca y de la Jefatura de Rentas, venia desde muchos años atrás contabilizando sus activos depreciables, con las valorizaciones realizadas en los años de 1935 y 1937 y que estas entidades habian aceptado tales valorizaciones, en las revisiones de contabilidad, en las liquidaciones y en los cuadros elaborados, cosa que constituye a juicio del Consejo una situación jurídica individual a favor del contribuyente, especialmente por haberse realizado varios actos jurídicos en el tiempo en que la Jefatura de Rentas era competente y tenía atribuciones para variar el valor de los activos según lo disponía el articulo 99 antes mencionado. *Tempus regit actum.*

El articulo 66 del citado Decreto 818 estableció que la Jefatura de Rentas debía prescribir a los contribuyentes, en los formularios hechos por la misma Jefatura, la presentación de una relación de los bienes demeritables, detallando su costo, las tasas de amortización, una relación de las cantidades amortizadas en ejercicios anteriores, etc.

Como en el expediente obran muchas declaraciones efectuadas por la sociedad recurrente, extrañó este despacho que a tales declaraciones, cuyos anexos obran en él, no se hubieran acompañado los formularios a que se ha hecho referencia.

Tales formularios solamente se llenaron en el año de 1948, para complementar la declaración correspondiente a 1946, por razón de las dos visitas que fueron practicadas en los libros de la sociedad recurrente.

Fue, por esta omisión, que este despacho dictó auto para mejor proveer, a fin de que la Jefatura explicara el por qué el contribuyente había hecho sus declaraciones sin la presentación de los formularios en cuestión, que al tenor del citado articulo parecen indispensables para que las autoridades fiscales acepten como deducción las amortizaciones de los activos demeritables productores de la renta. Al mismo tiempo se desprende que con las informaciones exigidas por el texto que se viene comentando, las mismas autoridades fiscales están, en cualquier mo-

mento, en capacidad de saber y conocer el movimiento de tales bienes de cada uno de los contribuyentes.

La sociedad actora, como se acaba de ver, en cada año gravable presentó, en papel común, unos cuadros sobre las depreciaciones de los activos amortizables con casi todos los pormenores a que se ha hecho referencia, pero no en los formularios que debieron ser prescritos por la Jefatura.

En contestación al oficio pasado a la misma Jefatura, en cumplimiento del auto para mejor proveer, ésta contestó que los nombrados formularios solamente se habían mandado timbrar o imprimir en el año de 1948 y que luégo fueron retirados en virtud de las dificultades que tuvieron los contribuyentes para suministrar todos los informes requeridos en los mismos.

De lo anterior se desprende que en las declaraciones sucesivas del contribuyente de que se trata se cumplieron los requisitos fijados por el texto en mención, pues si no existían los formularios no era culpa de la sociedad recurrente y con los datos que anualmente suministraba en los cuadros citados, las autoridades impositivas podían darse cuenta a cabalidad cuál era el movimiento de los activos demeritables de la citada empresa, cosa que viene a corroborar la situación jurídica individual de que la misma gozaba sobre el valor de sus activos demeritables.

Pero aun admitiendo que todos los actos y providencias dictadas a que se ha hecho mención, especialmente el cuadro resolución del señor Jefe de Rentas, que corre a folio 195, complementado con lo dicho por la Resolución número R-184-H de 1942, cuyos apartes pertinentes se transcribieron antes, tuvieren algún viso de ilegalidad, de conformidad con el tan citado artículo 99, tampoco podría la Administración Pública desconocer o revocar tales actos jurídicos, so pretexto de que fueron proferidos irregularmente o de que adolecen de algún vicio de nulidad. En efecto: el profesor Mauricio Haurion en su *Tratado de Jurisprudencia Administrativa*, tomo II, páginas 100 y siguientes, dice:

> «Distinción entre las decisiones que no han conferido derechos adquiridos y aquellas que si han conferido tales derechos; estas últimas no pueden ser revocadas o anuladas. de oficio, sino cuando contienen alguna causal de nulidad, y esto, dentro de los términos del recurso por exceso de poder».

Cita a continuación en su integridad las siguientes sentencias del Consejo de Estado francés que, en lo pertinente, dicen así:

> «Considerando de una manera general que si es función de los Ministros pronunciar de oficio la anulación de una decisión administrativa que ha creado derechos, si está viciada de alguna ilegalidad que puede ser causal de anulación por vía contenciosa, no pueden hacer esto sino antes de que hayan expirado los términos del recurso contencioso...»

En la sentencia Vallois se dice lo siguiente:

> «Considerando que, de una manera general, si es función de una autoridad administrativa que ha tomado una decisión ejecutoria que ha creado derechos, el pronunciar, de oficio, su revocatoria cuando esta decisión contiene una ilegalidad de naturaleza a causar su anulación por vía contenciosa, tal autoridad no puede obrar así sino cuando no han expirado los términos del recurso contencioso...»

En la sentencia de 1º de junio de 1923 se establece igual principio, lo mismo que en la del 13 de junio de 1923, ambas transcritas en su integridad en la obra citada.

Comentando dichos fallos, dice así el profesor:

«Se trata de la revocatoria por la misma administración de decisiones ejecutorias individuales, susceptibles de crear derechos en provecho de los beneficiarios de la decisión, pero que contiene irregularidades cuya naturaleza puede causar su anulación contenciosa si fueren atacados por los interesados.

«El señor Fiscal Rivet, en las conclusiones que formuló en el negocio Cachet y cuya substancia fue aceptada por la sentencia, expone con la mayor nitidez la dificultad ante la cual se encontró el Consejo de Estado sobre la delicada cuestión que tuvo que resolver, y que, hay que agregar, la resolvión elegantemente...

«Démonos bien cuenta de las condiciones en las cuales estos asuntos se presentaron ante el Consejo de Estado; son las segundas decisiones, anulando o revocando las primeras, las que se atacan y lo son por aquellas personas a las cuales las primeras decisiones habían conferido derechos de que las segundas los privan.

«La Administración no vacila sobre su derecho de anular o de revocar el acto que ella considera irregular, el Ministro usa de su poder jerárquico, el Director del Registro, o el Jefe de Estado, vuelven sobre sus decisiones; por otra parte, la Administración ve la irregularidad del acto y con el sentimiento secular de su poder discrecional no da gran importancia a los beneficios que han creado y que han podido tomar la figura de derechos adquiridos. Para la Administración estas decisiones son precarias, para el bien del servicio, y le parece natural revocarlas.

«Por el contrario, los individuos beneficiarios que estas decisiones tratan siempre de consolidar su situación y ven en ellas derechos adquiridos...

«En cuanto a las decisiones viciadas de alguna nulidad, pueden ser revocadas o anuladas, de oficio, por un motivo de derecho. Sobre este punto no se puede interferir la acción administrativa que se ejercita en el sentido de la legalidad y así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado en muchas ocasiones. Pero el poder de revocar o de anular de la Administración no puede ejercitarse indefinidamente y en cualquier época. ¿Es que jamás las situaciones creadas por este género de decisiones se volverán a establecer? Cuántos peligros para la seguridad de las relaciones sociales se encierran en estas posibilidades indefinidas de revocación...

«Así todas las nulidades jurídicas de que las decisiones administrativas se cubren rápidamente, ya sea en relación con los recursos contenciosos, ya sea con la revocación o anulación administrativa; una atmósfera de estabilidad se extenderá sobre las situaciones creadas administrativamente».

Ahora bien, la doctrina que se acaba de transcribir del Consejo de Estado francés, con los comentarios a que se ha hecho referencia, fue también acogida explícitamente por este Consejo en la sentencia citada del 14 de septiembre de 1937.

En la providencia que se acaba de citar, el Ministerio de Industrias y Trabajo dictó la Resolución número 50 de 1934 que declaraba extinguida la condición resolutoria que afectaba el dominio de un terreno baldío que había adjudicado el Gobierno Nacional.

Posteriormente, por medio de Resolución número 55 de 1936, el mismo Ministerio revocó la providencia dictada anteriormente, o sea la número 50, por cuanto consideraba que las pruebas en que se había fundado la misma eran incompletas. «Lo que viene a dejar sin fundamento el relevo

de la condición resolutoria a que se contrae la Resolución número 50 dictada por ese despacho con fecha 2 de abril de 1934, con base en las afirmaciones improbadas suministradas por los interesados, y las cuales, según puede apreciarse, no se ajustan estrictamente a la realidad de los hechos con que ella se trata de acreditar».

Este Consejo declaró nula la segunda Resolución, sin entrar a estudiar si las pruebas tachadas de inexactas por el Ministerio eran ciertas o no, por cuanto al dictarse la primera Resolución habria debido estudiarse por la autoridad administrativa este aspecto de la cuestión sin que posteriormente, y ya ejecutoriada la providencia, pudiera ser puesta de nuevo en tela de juicio, aun invocando una nulidad. Dijo así el Consejo en esta ocasión:

> «Una Resolución Administrativa de esta naturaleza, definitiva y aclaratoria de un derecho, tiene toda la virtud suficiente para causar estado, lo que equivale a decir que una vez dictada cesa la competencia de la autoridad que la dicta y la Administración ya no puede volver sobre sus propios actos, toda vez que éstos confieren derechos a terceros. El Gobierno en su función administrativa no puede modificar sus actos por resoluciones posteriores, cuando ellos han definido una situación jurídica concreta, personal y objetiva, es decir, cuando en el campo de las relaciones jurídicas haya surgido un legítimo derecho civil garantizado constitucionalmente por el principio general de la irretroactividad de las leyes.
>
> «La ejecutoria de las resoluciones ministeriales es un principio de orden público que al igual del res judicata garantiza la tranquilidad y seguridad públicas contra la inestabilidad de los actos del poder estatal que confieren derechos. Este principio fundamental de la ciencia administrativa fue consagrado entre nosotros por la Ley 53 de 1909, y confirmado luégo por varias leyes, como la 130 de 1913, artículo 81, y la 77 de 1931, artículo 4º».

Como consecuencia de todo lo anterior debe concluirse que, de acuerdo con la doctrina expresada en las transcripciones precedentes de manera unánime, las autoridades fiscales no podían, por ningún concepto, volver a poner en tela de juicio, como se hizo en las providencias acusadas, una situación jurídica individual y concreta que había sido definida previamente, y en repetidas ocasiones por las mismas autoridades fiscales, con pleno conocimiento de causa, según se ha demostrado pormenorizadamente.

El segundo aspecto de la cuestión sometida a la consideración de este despacho consiste en el asiento de contabilidad sobre las cuentas «Muebles y Enseres» y «Herramientas y Aperos» que, como se vio, fueron valorizados por la sociedad recurrente para el año de 1946, cuando habían sido puestos en su contabilidad en el año de 1938, en la suma de un peso, es decir, se habían desvalorizado completamente por la misma sociedad.

La Resolución R-1031-H a este respecto dice así:

> «Ajuste de "Herramientas y Aperos" y "Enseres" por el valor del inventario, páginas 9 y 3 del acta, por la cantidad de $ 108.101.18, que no es deducible, ya que el asiento se produjo en 1946 para ajustar al inventario de 1945, con afectación a la reserva para depreciaciones, aumentándola en esta suma».

En igual sentido se expresa la segunda resolución, como puede verse a folio 42 del cuaderno principal, y el Tribunal en la sentencia recurrida trae el mismo raciocinio al decir «que sobre tal base, que sobrepasa el valor inicial o costo de tales activos, se reconozca como deducción,

por este concepto, el propio monto de las valorizaciones» (folio 90, cuaderno principal).

No aparece, examinando en detalle la parte contable del expediente, que la sociedad recurrente hubiera pretendido que la suma antes especificada le fuera aceptada como una deducción de su renta bruta. Como se vio, tal asiento de contabilidad no afecta la cuenta de pérdidas y ganancias, como lo explican los señores peritos en su informe.

No considera el Consejo que una simple valorización de un activo, cuando el mismo no se ha enajenado, ni vendido o traspasado por un valor superior al precio de costo, menos las amortizaciones correspondientes, constituya una renta gravable, cosa que se confirma con la lectura cuidadosa del artículo 1º de la Ley 81 de 1931, tal cual quedó modificada por la Ley 78 de 1935, en sus ordinales 1º y 2º. La sociedad recurrente no comerció, ni negoció con los bienes a que se contrae el asiento citado que son las actividades que originan las rentas.

Claro está que sobre estos activos asi valorizados, en conformidad con lo que se ha visto anteriormente, no podrá la sociedad recurrente basarse para obtener deducciones por concepto de depreciación de los mismos. Solamente sobre tales cuentas se podrá conceder depreciación en relación con los bienes adquiridos durante el año gravable de 1946, cuyo valor no sufrió alteración alguna con el asiento de contabilidad que se viene estudiando. Lo mismo sucederá, a este respecto, en relación con las cuentas de la misma denominación de la hacienda «El Triunfo», de propiedad de la sociedad recurrente, que tampoco fueron alteradas o variadas con el asiento de contabilidad de que se trata.

A tono con todo lo dicho anteriormente, se impone reconocer a la sociedad recurrente una cuota por la depreciación de sus activos demeritables cuyo avalúo es obligatorio, como se explicó, para las autoridades fiscales. Esta amortización, por otra parte, para el año gravable de 1946, que es el que se discute, solamente se puede conceder a las tasas fijadas por la Jefatura de Rentas en su cuadro resolución ya citado, complementado con lo dicho por la Resolución R-184-H, que en lo pertinente dice así:

> «De acuerdo con el cuadro adjunto a esta Resolución, indicativo de las cuentas aceptadas en años anteriores por concepto de depreciación de edificios, maquinaria y equipo, la deducción admisible por tal concepto en el año que se revisa sólo asciende a la suma total de $ 258.300.57, con la aplicación de una tasa del 3% sobre edificios y de una cuota del 7½ % sobre maquinaria y equipo, que son las razonables para amortizar los bienes demeritables en esta clase de industrias en un período de 33 y 13 años, respectivamente, aplicadas igualmente por esta Jefatura en las industrias similares que operan en el país».

Aplicando estas tasas de amortización a los saldos de los activos depreciables de la sociedad recurrente en el año gravable de 1946, se obtienen los siguientes resultados numéricos, cuya suma es la cifra a que tiene derecho el recurrente que se le deduzca de su renta por concepto de amortización, tomando los mismos datos numéricos del informe de contabilidad rendido por los Revisores 1º y 2º de Contabilidad de la Jefatura de Rentas, señores Olmedo Henao Hoyos y Jorge Angel (folios 90 a 103 inclusive, cuaderno de la Jefatura), que están de acuerdo con las cifras dadas por los señores peritos en la diligencia practicada durante la primera instancia.

Nombre de la cuenta	Saldo libros	Rata depreciación	Cuota depreciación
	$	%	$
Planta y maquinaria	3.112.852.08	7½	233.463.39
Casas y edificios	774.047.72	3	23.221.43
Ferrocarril Vía..	254.313.70	7½	19.073.53
Ferrocarril Equipo	198.167.90	7½	14.862.59
Implementos agrícolas.	277.350.72	7½	20.801.30
Pozos líneas bombas.	69.606.71	7½	5.220.50
Muebles y enseres	9.595.07	7½	719.63
Herramientas y aperos.	8.192.61	7½	614.45
Acequias, pozos y caminos	60.613.84	7½	4.546.04
	4.764.740.35		322.522.86
Hacienda El Triunfo.			
Equipos varios	4.092.57	7½	306.94
Herramientas y equipo	5.304.67	7½	397.85
Casas y edificios	50.000.00	3	3.750.00
Muebles y enseres	6.771.32	7½	507.85
Maquinaria	7.412.60	7½	555.95
Implementos agrícolas	34.598.90	7½	2.594.92
	4.872.920.41		330.636.37

De conformidad con todo lo expuesto hasta aquí, se impone hacer la liquidación correspondiente a la sociedad actora para el año gravable de 1946, en la siguiente forma:

Patrimonio:

El gravado por la Administración de Hacienda del Valle	$ 6.939.596.05	
Más diferencias de las amortizaciones concedidas por la misma Administración y las que se reconocen por la presente liquidación	90.338.59	
Patrimonio gravable	$ 7.029.934.64	
Impuesto de Patrimonio		$ 73.499.28

Renta:

La gravada inicialmente	$ 1.951.436.01
Menos valor depreciación de la concedida originalmente y que se reconoce en la presente liquidación	90.338.59
Valor carroceria autobús	1.800.00
Renta gravable	$ 2.043.574.60
Impuesto Ley 35 de 1944	348.842.42
Impuesto Ley 81 de 1935	160.060.97

Proporciones:

$$\frac{348.842.42 \times 15.837.99}{2.043.574.60} = 2.703.57$$

$$\frac{160.060.97 \times 15.837.99}{2.043.574.60} = 1.240.49 \qquad 1.463.08$$

Impuesto renta definitivo		$ 347.379.34
Suma		$ 420.878.62
35% de aumento en las tarifas S/ 419.538.13		146.838.34
½% S/ 2.017.736.61		10.083.68
10% «Cuota restablecimiento orden público» S/ 25.106.56		2.510.65
Total a cargo de la compañía		$ 580.316.29
Valor de la primera liquidación	$ 552.238.36	
Cobros adicionales por las resoluciones acusadas	227.054.60	
Total pagado por la empresa	$ 779.292.96	
Menos valor presente liquidación	580.316.29	
Saldo que debe devolverse a la sociedad recurrente	$ 198.976.67	

Liquidación de bonos de la Vivienda Popular:

Renta liquida gravable		$ 2.043.574.60
Menos exención inicial	$ 10.000.00	
Menos impuestos liquidados a excepción de ½%	570.227.61	580.227.61
Base para la inversión		1.473.346.99
5% S/ 1.473.346.99		73.667.35
La sociedad invirtió originariamente ..	69.941.28	
La sociedad invirtió en virtud de las resoluciones acusadas	16.432.96	86.374.24
La sociedad tiene derecho a vender a la par al Instituto de Crédito Territorial la diferencia, o sea la suma de		$ 12.706.89

FALLO:

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado —Sala de lo Contencioso Administrativo—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal, dispone:

Primero. Revócase la sentencia de primer grado proferida con fecha diez y nueve de noviembre de 1949, por el Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, y en su lugar se dispone:

Segundo. Decláranse nulas, en parte, las Resoluciones números R-1031-H y R-2083-H, proferidas por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, de fechas 31 de agosto de 1948 y 28 de diciembre del mismo año, respectivamente.

Tercero. El Tesoro Nacional, por conducto de la Administración de Hacienda Nacional de Cali, devolverá a la sociedad «Manuelita S. A.», como sucesora de la sociedad «Ingenio Manuelita S. A.» al día siguiente de la ejecutoria de la presente sentencia, la cantidad de ciento noventa y ocho mil novecientos setenta y seis pesos y sesenta y siete centavos ($ 198.976.67) y sus intereses a la rata del ocho por ciento (8%) desde la fecha indicada hasta el día en que se verifique el pago.

Cuarto. Ejecutoriada la presente sentencia, el Instituto de Crédito Territorial, por conducto de su oficina en la ciudad de Cali, está obligado a comprar a la sociedad «Manuelita S. A.», como sucesora de la sociedad «Ingenio Manuelita S. A.» a la par la cantidad de doce mil setecientos seis pesos y ochenta y nueve centavos ($ 12.706.89) en Bonos del mismo Instituto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Eduardo Piñeros y Piñeros, Ildefonso Méndez, Antonio José Prieto, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

IMPUESTOS

(Consejero Ponente: doctor Daniel Anzola Escobar).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veinticinco de abril de mil novecientos cincuenta y dos.

Referencia: Emiliano Pérez demanda la nulidad de las Resoluciones números R-1823-H, de 20 de noviembre de 1947, y R-557-H, de 21 de mayo de 1948, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

El señor Emiliano Pérez, anunciándose como empleado de «Emiliano Pérez S. A.», presentó en su nombre y en el de su señora esposa en la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca la declaración de la renta y patrimonio correspondiente al año gravable de 1945, y la entidad dedujo a cargo de los contribuyentes el impuesto que estimó legal, igual en pesos a la suma de $ 2.529.42 que el declarante consignó en las Cajas Oficiales según recibo número 129827, de 21 de febrero de 1947.

Como estimara el declarante que la cuenta había sido mal deducida «en lo que respecta al renglón relativo al exceso de utilidades y a la renta en el aparte relacionado con la utilidad de la venta realizada al lote de la señora Amalia Arciniegas de Echandia», elevó ante la Jefatura de Rentas el reclamo pertinente, que fue despachado desfavorablemente a términos de las Resoluciones números R-1823-H, de 20 de noviembre de 1947 y R-557-H, de 21 de mayo de 1948, siendo la última confirmatoria de la negativa manifestada en la primera.

No conforme el señor Pérez con las determinaciones de la Jefatura dio su personeria al doctor Rodrigo Jiménez Mejia para que ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Tribunal de Bogotá, demandara la nulidad de las expresadas Resoluciones de la Jefatura a fin de que en la nueva liquidación, revisada la operación administrativa, se fijara el quantum definitivo del impuesto.

En desarrollo del mandato, el señor apoderado presentó la demanda de este juicio, en la que hace estas peticiones:

> «1º Que se decrete la nulidad de las Resoluciones números 1823, de fecha 20 de noviembre de 1947, y 557, de fecha 21 de mayo de 1948, ambas de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público;
>
> «2º Que se modifique o se ordene la modificación de la liquidación del Impuesto a la Renta y Complementarios del señor Emiliano Pérez, verificada por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca y correspondiente al año de 1945, en lo que respecta al renglón relativo al exceso de utilidades y al relativo a la renta en el aparte relacionado con la utilidad de la venta

relativa al lote de la señora de Echandia (Amalia Arciniegas de Echandia), según la copia de la liquidación del impuesto que acompaño a esta demanda, y que debe considerarse como incorporada a ella.

«3º Que se ordene a la entidad pertinente la devolución del exceso que ha pagado mi poderdante, señor Emiliano Pérez, por concepto de los impuestos antes indicados, correspondientes al año de 1945».

En el capítulo destinado a los hechos, dice el señor apoderado:

«Como hechos que dan fundamento a las anteriores solicitudes o peticiones, me permito enunciar cronológicamente las operaciones verificadas por mi poderdante en el año de 1945, y otros que indujeron a la Administración a incurrir en el exceso del gravamen:

1º El 26 de junio de 1942 compró Emiliano Pérez a Alejandro Pardo Rubio, por escritura pública número 1625, otorgada en la Notaria 3ª de Bogotá, un lote con 1718,75 varas cuadradas;

2º El 2 de marzo de 1943 vendió Emiliano Pérez a Julia Restrepo de Muller, por escritura pública número 549, de la Notaria 3ª de Bogotá, 425,89 varas cuadradas.

3º El 26 de junio de 1945 compró Emiliano Pérez a Julia Restrepo de Muller el mismo lote relacionado en el número anterior, por escritura pública número 2312, de la Notaria 3ª de Bogotá, Este fue un negocio de reversión que anuló la operación comercial enunciada en el número anterior, y que se hizo en condiciones de pérdida para mi poderdante.

4º El 7 de julio de 1945 vendió Emiliano Pérez a Manira, Marrum y Fagime Kairuz, por escritura número 2713, de la Notaria 5ª de Bogotá, un lote de 514 varas cuadradas, formado por las 425,89 varas cuadradas que había comprado según el número anterior a Julia Restrepo de Muller, más 88,11 varas cuadradas, varas estas últimas que constituyen la única operación nueva, en este caso.

5º El 10 de julio de 1945 vendió Emiliano Pérez a Hernando Márquez, por escritura pública número 2742, de la Notaria 5ª de Bogotá, 336 varas cuadradas del mismo lote enunciado en el número 1.

6º El 27 de julio de 1945 vendió Emiliano Pérez a Jorge Hakim, por escritura pública número 3.018 de la misma Notaria 5ª, 557 varas cuadradas, parte del mismo lote de los anteriores y en la práctica saldo de las 1718 varas compradas a Pardo Rubio en el año de 1942, porque el saldo de 300 varas cuadradas aproximadamente están formadas por una faja de 5 metros de fondo en donde no es posible hacer construcción alguna. Nótese que la compra de este lote la hizo mi poderdante en el año de 1942, y que con excepción de la venta, anulada más tarde, a la señora Muller no vendió ni ejecutó operación alguna sobre dicho lote durante tres años, o sea hasta 1945, cuando vendió la totalidad disponible.

7º Finalmente, el 4 de julio de 1945, con el producto de las ventas anteriores compró mi poderdante a Alejandro Pardo Rubio, por escritura pública número 2283, de la Notaria 3ª, 3.000 varas cuadradas en la calle 51 con la carrera 5ª, y las permutó el 1º de octubre del mismo año según escritura pública número 3450 con la señora Amalia Arciniegas de Echandia, por hierro y cemento que necesitaba para unas construcciones que por su cuenta hacia la Compañía Construcciones Bogotá Limitada. En el expediente que tendrá a su estudio el honorable Tribunal verá que en esta operación la única ganancia o ventaja que obtuvo

mi poderdante fue ponerse en capacidad de continuar sus construcciones sin sufrir el perjuicio de tenerlas que suspender por falta de los mismos y un automóvil que fue denunciado en la declaración».

Como disposición violada se cita la del artículo 1º, ordinal 2º, de la Ley 78 de 1935.

El concepto de violación de la norma indicada viene expuesto en la motivación, que concretándola al hecho jurídico cuestionado se hace consistir: a) en que el señor Pérez no tiene el negocio de compra y venta de finca raíz, como que apenas ocasionalmente ha negociado en este renglón pero no con el ánimo de especular sino para buscar por medio de esas transacciones el desenvolvimiento de otros negocios suyos en mejores condiciones; b) en que la firma del señor Pérez no está inscrita en la Lonja de Propiedad Raíz; c) en que no es él urbanizador ni comisionista en esta clase de negocios; d) en que el objeto de la sociedad de que es accionista el reclamante no comprende ese giro de negocios. Finalmente, refiriéndose a la transacción con la señora de Echandía, se agrega:

«La única operación de finca raíz que no relacioné en mi declaración de renta y patrimonio correspondiente al año de 1945 fue una permuta hecha con el señor Gustavo Echandia, de un lote de 3.000 varas cuadradas que había comprado al señor Alejandro Pardo Rubio, por medio de la escritura número 2283, de junio 4, otorgada en la Notaría 3ª de este circuito. El monto de la compra fue de $ 10.500, según consta en el mencionado instrumento. Este lote lo permuté con el señor doctor Echandía, por medio de la escritura número 3450, de fecha 1º de octubre del mismo año de 1945 —para la señora Amalia Arciniegas de Echandía— por materiales de construcción, cemento y hierro, cuyo valor quedó indeterminado para mí, con excepción de un automóvil marca "Pontiac", modelo 1941, que consideré como utilidad liquida de ese negocio y que relacioné en la declaración por $ 2.500 que era para mi el valor comercial de él, aun cuando en la permuta se valoró por $ 4.000. El resto representa el valor de los materiales de construcción que recibí y que necesitaba con urgencia y no podía obtener en plaza fácilmente. La génesis y tramitación del negocio son así: construía tres casas en unos lotes de mi propiedad, en la calle 51-A, entre las carreras 5ª y 6ª; es bien sabido que entonces —y aún hoy—, el hierro de construcción y el cemento se compran en mercado negro, a precios muy superiores a los establecidos por el control, debido a su enorme escasez... Pactado el canje y recibidos el automóvil, el cemento y el hierro, otorgué la escritura de traspaso de dominio a favor de la señora de Echandía, por el precio que éste quiso estipular ($ 24.000). Para mí el automóvil tenía un valor de $ 2.500 y por él lo declaré en mi declaración de impuesto, y los materiales recibidos valían, *al precio del control,* casi exactamente los 10.500 pesos que me habían costado los lotes, así que evitándome el perjuicio de suspender mi obra, hacía un excelente negocio. Dentro de esta tramitación resulta evidente que no era el caso de declarar una transacción que sólo equivalió a la compra de unos materiales y de un automóvil que he declarado».

La admisión de la demanda dio lugar al controvertido trámite que finalizó en el Consejo con el proveído de 25 de marzo de 1949 que ordenó darle curso a la actuación.

Trabada así la litis y llevado a su final el trámite de la primera instancia, el Tribunal le puso fin a ésta con su sentencia negatoria de las peticiones de la demanda de fecha 16 de marzo de 1951. Notificado el proveído, el apoderado de la parte actora interpuso para ante el Consejo el recurso de apelación que, debidamente tramitado, va a fallar la Sala sentenciadora considerando:

Oportunamente el señor Fiscal del Tribunal emitió el siguiente concepto:

«Considerando separadamente cada uno de los anteriores reclamos, no atendidos por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, por las razones expuestas en sus diversos proveídos, la Fiscalía manifiesta sobre el particular lo siguiente:

Estudiado el movimiento de compras y ventas declarado por el actor en su carta del 3 de diciembre de 1946, al Auditor de Impuestos Nacionales, se observa que el actor efectuó en 1945 una compra de un lote a la señora Julia Restrepo de Muller y cinco ventas a Aparicio Sánchez, Manira, Marrum y Fagime Kairuz, Hernando Márquez, Jorge Hakim y Alejandro Pardo Rubio. A esta declaración debe darse fe.

«La Jefatura de Rentas, por su parte, manifiesta que "En la declaración y anexos correspondientes al ejercicio gravable de 1945 aparecen de bulto las reiteradas operaciones en finca raíz efectuadas por el contribuyente, constituídas en dos compras, a saber: la del lote 5 en la calle 51-A por $ 3.400.00 y la del lote 45-50 de la Transversal 5ª por $ 10.500.00, así como por cinco ventas, a saber: la del lote 135, calle 15-A por $ 7.500.00; la del lote 1-37, calle 15-A por $ 13.500.00; la de lote 51-A-02, Transversal 6ª por $ 3.024.00; del lote 49-50, por $ 5.570.00". También merece toda fe la exposición anterior.

«Se encuentra, pues, que el señor Emiliano Pérez efectuó tal cantidad de compras y ventas de fincas raíces durante los años de 1944 y 1945, que, sin perjuicio de su condición de socio de "Emiliano Pérez S. A.", entidad esta con finalidades diferentes a la de negociantes en propiedades raíces, sí negoció en forma regular y periódica en compra y venta de lotes en barrios, y por las cantidades de bastante consideración, habiendo también efectuado por su cuenta, según su propia confesión, gastos de alcantarillados y obras propias para ceñirse a las diposiciones legales que le permitieran vender los terrenos.

«Por tanto, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, ha hecho bien en no considerar como negocios de carácter ocasional los efectuados por el contribuyente, y, su determinación en la liquidación del impuesto, debe sostenerse.

«De lo anterior se deduce, igualmente, que la renta gravable del contribuyente tiene como base cierta y fundamento real en la mayor parte de ella, las ganancias obtenidas en las operaciones sobre inmuebles, efectuadas de manera habitual y con innegable pericia.

«Además, a la luz de lo preceptuado por la Ley 78 de 1935, artículo 17, y por el Decreto 818 de 1936, artículo 92, debe tomarse en cuenta para la liquidación del impuesto el patrimonio total del contribuyente, incluyendo capitales gravables y aun exentos en 31 de diciembre del año a que se refiera el mismo. Por tanto no cabe la objeción propuesta sobre las inversiones en acciones de sociedades anónimas.

«Señores Magistrados, atentamente, *Eduardo Ronderos Tejada*, Fiscal del Tribunal».

El Tribunal, al imponer su decisión, parte de la base de que no existe fundamento legal ni jurídico que haga posible la invalidación de las resoluciones acusadas porque, siguiendo el concepto del señor Fiscal, estima que los autos evidencian que entre los negocios del actor se movía precisamente para la época de autos el de venta y compra de finca raíz, los que realizó Pérez con el ánimo definido de obtener ganancia y lucro.

Y refiriéndose a la defensa del actor, hace el Tribunal estas reflexiones:

> «... caben algunas disquisiciones para indagar cuándo una persona tiene o no el negocio de comprar fincas raíces. Dice el demandante que su poderdante pertenece a una firma como la de "Federación Colombiana de Agentes y Representantes", que el nombre de dicho mandante está registrado en la Cámara de Comercio y en el Ministerio de la Economía, que figura en guías y directorios, que todo el país lo conoce como agente y representante de firmas extranjeras; y que en cambio no aparece inscrito en la Lonja de Propiedad Raíz.
>
> «Hay una distinción fundamental por hacer en este argumento: una persona puede tener varias actividades, pertenecer, por ejemplo, a una sociedad comercial determinada, y ejercitar particularmente otra clase de actividades, también en forma regular, continua o de determinada periodicidad.
>
> «El ejercicio de un negocio determinado no se prueba únicamente con la inscripción del nombre en determinada firma que se ocupa en tal o cual actividad; lo fundamental, lo objetivo, lo evidente y real estriba en el número de negociaciones que tal o cual persona verifique dentro de un lapso determinado de tiempo, para saber si es negociante en una especie de negocio o industria. Por tanto, el hecho de que el señor mandante del doctor Rodrigo Jiménez Mejía pertenezca a una sociedad comercial registrada en la Cámara de Comercio no desvirtúa el hecho probado suficientemente en autos de que verificó en el año de 1945 varias operaciones sobre finca raíz que lo acreditan como negociante habitual en esta clase de negocios, máxime si se tiene en cuenta la propia confesión de estas negociaciones hechas por el demandante, y no ya la simple negociación de compra y venta de finca raíz sino las obras de alcantarillado y cosas por el estilo, que lo acreditan como hombre versado en tal clase de negociaciones».

El resto de la sentencia se limita a traer la transcripción de un fallo del Consejo de alguna similitud, en cuanto al hecho, al que es materia de estos autos.

EL CONCEPTO DEL FISCAL DEL CONSEJO

El señor Fiscal del Consejo se pronuncia por la negativa de las peticiones de la demanda y pide se confirme en todas sus partes la sentencia recurrida. En su vista sustenta el Ministerio Público:

> «La demanda, como ya se expresó, se encamina a que se modifique la liquidación del impuesto sobre la renta que debe pagar el demandante por el año gravable de 1945, modificación que ha de versar sobre el renglón relativo al exceso de utilidades y sobre el relativo a la renta en lo concerniente a la venta de un lote a la señora Arciniegas de Echandia.
>
> «La discrepancia entre la Jefatura de Rentas y el señor Emiliano Pérez radica en la distinta apreciación que hacen de las ope-

raciones de compra y venta de finca raíz verificadas por el contribuyente en el año de 1945.

«La Jefatura de Rentas, y con ella el Tribunal Administrativo que decidió este pleito en primera instancia, sostienen que tales operaciones tuvieron el carácter de negociaciones periódicas y regulares, que dieron beneficios que constituyen verdadera renta imponible y no un simple aumento de patrimonio.

«La Fiscalía comparte la tesis de las citadas entidades, pues basta leer las explicaciones escritas dadas por el interesado a la Auditoria de Impuestos Nacionales, para darse cuenta exacta de que la intención del señor Pérez al realizar las operaciones de compra y venta de que trata su declaración, fue la de obtener ganancias en dichos negocios, que convirtió en actividades regulares, y que, por lo tanto, hay que admitir que esas ganancias constituyen renta y no un simple aumento de patrimonio.

«Según la carta que obra a los folios 7 a 8 del cuaderno de antecedentes de la liquidación del impuesto del señor Pérez, éste hace la siguiente confesión:

"En principios del mes de junio vendí al señor Aparicio Sánchez, un lote de terreno situado en la calle 15-A, con una cabida de 451 ½ varas cuadradas, que aparece en mi declaración de impuesto del año anterior y que fue comprado al señor José J. Murillo en el año de 1942. No puedo citar las fechas exactas y números de las escrituras porque es negocio liquidado en mis libros y no tengo ninguno de los documentos que ya no se necesitan..."

"En el mismo mes de junio compré a Julia Restrepo de Muller, por medio de la escritura pública número 2312 de junio 26 de la Notaría Primera, un lote de cuatrocientas veinticinco (425) varas cuadradas, que yo mismo le había vendido en el año de 1943 a la vendedora. Este lote quedó incorporado a los que ya eran de mi propiedad y que compré, en mayor extensión, a Alejandro Pardo Rubio, por medio de la escritura número 112 de 21 de enero de 1938. El precio pagado a Pardo fue de $ 4, al cual deben agregarse los gastos de obras de urbanización que he hecho enteramente a mi costa en su totalidad. El precio pagado a la señora Julia de Muller fue de $ 8 por vara cuadrada siendo de advertir que el precio de venta, a la misma señora fue en el año de 1943 de $ 3.50 y que yo asumí el gasto de alcantarillado, pavimentación, sardineles, etc., que correspondían a ese lote.

"Por medio de la escritura número 2713 de julio 7 de 1945, vendí a las señoritas Manira, Marrum y Fagime Kairuz, un lote de 514 varas cuadradas a $ 10 por vara cuadrada...".

"Por medio de la escritura número 2742 de julio 10 de la misma Notaría 5ª, vendí al señor Hernando Márquez, un lote con 336 varas cuadradas, a $ 9 la vara cuadrada, contiguo al que había adquirido la familia Kairuz.

"Por escritura número 3018 de julio 27 de la misma Notaría 5ª, vendí al señor Jorge Hakim un lote de 557 varas cuadradas.

"Finalmente por escritura número 2283 de junio 4 de 1945 compré a Alejandro Pardo R. (Notaría Tercera) un lote de 3.000 varas cuadradas que vendí en octubre 1º por escritura número 3450 otorgada en la misma Notaría Tercera, a la señora Amalia A. de Echandía..."

«En carta que corre a folios 11 a 12 del mismo cuaderno citado, el interesado dice que la única operación de finca raíz que no relacionó en su declaración fue una permuta hecha con Gustavo Echandía, de un lote de 3.000 varas cuadradas que había com-

prado a Alejandro Pardo Rubio; que este lote lo permutó con el señor Echandia, para la señora Amalia Arciniegas, por materiales de construcción, cemento y hierro, cuyo valor quedó indeterminado para él, "con excepción de un automóvil marca 'Pontiac', Modelo 1941, *que consideré como utilidad liquida de ese negocio* (subraya la Fiscalia) y que relacioné en la declaración por $ 2.500.00, que era para mí el valor comercial de él, aun cuando en la permuta se valoró por $ 4.000.00 ... pactado el canje muy satisfactoriamente para mi y recibidos el automóvil, el cemento y el hierro otorgué la escritura de traspaso de dominio a favor de la señora de Echandia... para mi el automóvil tenia un valor de $ 2.500.00 y por él lo declaré en mi declaración de impuestos y los materiales recibidos valian, al precio del Control, casi exactamente los $ 10.500.00 que me habian costado los lotes, asi que, evitándome el perjuicio de suspender mi obra, hacia un excelente negocio".

«Los apartes transcritos, de cartas suscritas por el propio contribuyente, demuestran con toda claridad que su intención al hacer las operaciones de compra y venta de los inmuebles relacionados en la declaración de renta, fue la de obtener utilidades permanentes y regulares, y que ellas no pueden considerarse como actividades meramente ocasionales. De consiguiente, los funcionarios encargados de la liquidacion del impuesto procedieron legalmente al estimar dichas utilidades como renta y no como aumento de patrimonio.

«En sentencia de 30 de noviembre de 1947, en que fue ponente el honorable Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve, el Consejo de Estado, refiriéndose al elemento "habitualidad", en operaciones similares a las verificadas ahora por el señor Pérez, se expresa asi:

"Sabido es que la intención es el elemento determinante de la habitualidad. La persona que realiza determinadas operaciones con intención de especular y convertirlas en actividad regular y permanente, tendrá habitualidad en esta clase de operaciones. Por consiguiente, descubierta la intención del contribuyente puede fácilmente deducirse si hubo habitualidad en los negocios realizados en determinado año gravable. Para liquidar el gravamen correspondiente a la utilidad en el negocio de compra y venta de bienes raices, lo que se aprecia es la utilidad misma obtenida en el negocio".

«En mérito de todo lo que se deja expuesto, la Fiscalia CONCEPTUA que debe confirmarse la sentencia materia del recurso de apelación.

«Atentamente,

Justo Franco V.»

LA DISPOSICION INFRINGIDA

La disposición que se considera violada (articulo 1º, ordinal 2º, de la Ley 78 de 1935), es de este tenor:

«La ganancia obtenida o la pérdida sufrida por una persona o entidad, que directamente o, por conducto de un comisionista, venda, cambie o que de otra manera disponga de propiedades muebles o inmuebles, por valor mayor o menor del de costo de la propiedad de que se dispone, será considerada para los efectos de esta ley, como aumento o pérdida de capital, según el caso, y no como aumento o pérdida de la renta. Pero las ganancias

obtenidas y las pérdidas sufridas en las operaciones que se acaban de mencionar serán consideradas como rentas sujetas al impuesto o como pérdidas deducibles de la renta bruta, cuando tales operaciones se llevan a efecto en propio nombre o por una persona o entidad que tenga el negocio de comprar, vender, cambiar o disponer de otra manera de tales propiedades».

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Visto el planteamiento del litigio, estima la Sala que la solución del problema estriba en resolver si el demandante durante el año gravable de 1945, dentro del giro general de sus negocios, tenía el de verificar habitualmente transacciones de compraventa de fincas raíces con el ánimo de obtener lucro o ganancia y si en el mismo año realizó el negocio de urbanizar para vender lotes —como lo estimó la Jefatura en los distintos considerandos de las resoluciones acusadas—; o al contrario, si las repetidas transacciones de compra y venta de inmuebles evidenciadas en autos como realizadas por el actor, las verificó de manera simplemente ocasional y sin ánimo de obtener ganancias condicionadas y sucesivas, como lo afirma y sostiene el apoderado de la parte actora.

Sobre el particular, es decir, determinar la habitualidad y el ánimo de especulación o de ganancia en los negocios de un determinado comerciante para efecto de impuesto, así sea renta o patrimonio, no pueden darse reglas precisas que permitan establecer esa calidad con certeza y de manera matemática o mecánica; es este un problema de hecho que debe resolverse en cada caso frente al elemento probatorio que resulte y sobre la base de los antecedentes que operen en favor y en contra; en forma abstracta y general apenas si es posible dar algunas normas que puedan servir de simple orientación al fin indicado.

Para el caso de autos la Administración indagó lo relacionado con todos los negocios del contribuyente. Y como previo examen y consulta de las declaraciones y denuncias correspondientes a años anteriores, de la misma declaración que examinaba, de los anexos presentados y de las propias confesiones del declarante que se leen en el proceso, obtuvo la convicción cierta de que se estaba en presencia de un contribuyente cuyo negocio, entre otros, era la venta habitual de inmuebles con fines de lucro, optó por contabilizar las ganancias que esas transacciones le produjeron al señor Pérez, las incluyó en el renglón renta y como tal determinó gravarlas.

Se explica:

En la declaración y anexos correspondientes a la denuncia del contribuyente, se lee, o como dice la Jefatura, «aparecen de bulto las reiteradas operaciones en finca raíz efectuadas por el contribuyente, constituídas por dos compras, a saber, la del lote 5, en la calle 51-A por $ 3.400.00, y la del lote 45-50 en la Transversal 5ª, por $ 10.500.00 según el memorialista, así como por cinco ventas, a saber: la del lote 135, calle 15-A, por $ 7.500.00; del lote 1-37, calle 15-A, por $ 13.500.00; del lote 51-A-02, Transversal 6ª, por $ 3.024.00; del lote 49-50, Transversal 5ª, por $ 23.000.00, y la del lote 5-36, calle 51-A, por $ 5.570.00».

Y para establecer la Administración que el señor Pérez urbanizó en el año gravable el terreno a que se contraen los anexos, para vender luégo los lotes singularizadamente y con utilidad mayor en relación con el precio del predio antes de la urbanización, toma fundamento o acude entre otros elementos a la confesión del declarante, expresada en carta suya traída al proceso como prueba en donde dice el Auditor de Impuestos Nacionales que ha sido urbanizador, que como lo fue en el año de 1945, por eso relaciona los gastos que hizo en las obras de la misma urba-

nización para anotar el precio de costo de la empresa, etc. etc., hechos estos que, opina la Jefatura, «implican que el contribuyente como urbanizador es negociante en finca raíz». Esto en cuanto al hecho, porque cuanto a derecho la Administración dijo partir de la base cierta de que, en todos los casos, la ganancia que obtenga un contribuyente en la venta de uno o más bienes raíces es gravable como renta si la operación u operaciones pueden considerarse como habituales u ordinarias dentro de la destinación asignada por el propietario a los inmuebles materia de la transacción o transacciones.

Y estimó la Administración que las transacciones sobre inmuebles realizadas por el señor Pérez en el año de 1945, no solo fueron desarrollo de su habitualidad en esta clase de negocios, sino que también estimó que todas esas transacciones versaron sobre activos movibles en razón de que los respectivos bienes estuvieron por su dueño destinados a servir de objeto de operaciones de compraventas, no a servir únicamente de elementos de producción o de trabajo de acuerdo con la naturaleza del negocio del expresado comerciante. Efectivamente resulta que construyó este señor las casas que relacionó en su denuncia, con el fin decidido de venderlas, lo que al efecto hizo; que urbanizó un terreno suyo para vender los lotes respectivos, y que realizó esas negociaciones; que permutó otro lote por objetos propios para la construcción de casas y dedicó los objetos a este fin para vender luégo el inmueble construido.

No se memora la serie de compraventas realizadas por el actor en el año de 1945, porque ya vienen dichas y anotadas en la vista-concepto del señor Fiscal. En todo caso, estima la Sala, que están los autos en presencia de un negociante de compra y venta de inmuebles que por haber adquirido utilidades en ese negocio legalmente le fueron gravadas como renta; y como resulta que ésta excedió el límite normal, debió también deducírsele el impuesto por el respectivo exceso. En todos estos pasos procedió la Administración recta y honorablemente.

Y está en lo cierto la Jefatura cuanto hace a la fijación del impuesto sobre la ganancia del terreno urbanizado.

Si un inmueble parte del patrimonio del contribuyente, se acondiciona dividiéndolo en lotes para vender éstos indiscriminadamente, las utilidades obtenidas en cada una de las ventas en relación con el valor que tenía el mismo lote antes del acondicionamiento o separación viene a ser una ganancia que debe entrar al renglón renta y gravarse como tal; no así si el negocio al cual se destina el terreno no implica enajenaciones sino simple explotación del bien, porque en este caso será la utilidad de la explotación o el resultado de ésta el factor constitutivo de la renta.

Pues bien: está demostrado en el proceso que el señor Pérez urbanizó en el año de 1945 una propiedad suya, es decir, que la subdividió y acondicionó para venderla luégo por lotes y que realizó las respectivas ventas. Y las ganancias que obtuvo el urbanizador las gravó la Jefatura como renta, no sólo por lo anotado antes, sino porque quedó claramente establecido que dentro del giro habitual de los negocios del citado señor en el año gravable estuvo precisamente la urbanización, la venta de lótes, la construcción de casas en el lote reservado por el mismo y la venta de estas casas, operaciones todas efectuadas con innegable ánimo de lucro, nunca por simple distracción ni para mutar la calidad propia de ese activo.

En vista de la motivación antecedente considera el Consejo que en el caso de autos las determinaciones de los funcionarios de la Administración se hallan ajustadas a la ley, no simplemente por el hecho de que el contribuyente haya obtenido utilidad en los negocios de compra y venta de inmuebles en el año a que se contrae su pedimento, toda vez que el simple hecho del negocio de finca raíz no comporta la consecuencia de que las utilidades que se obtengan, en todos los casos puedan gravar-

raciones de compra y venta de finca raíz verificadas por el contribuyente en el año de 1945.

«La Jefatura de Rentas, y con ella el Tribunal Administrativo que decidió este pleito en primera instancia, sostienen que tales operaciones tuvieron el carácter de negociaciones periódicas y regulares, que dieron beneficios que constituyen verdadera renta imponible y no un simple aumento de patrimonio.

«La Fiscalía comparte la tesis de las citadas entidades, pues basta leer las explicaciones escritas dadas por el interesado a la Auditoría de Impuestos Nacionales, para darse cuenta exacta de que la intención del señor Pérez al realizar las operaciones de compra y venta de que trata su declaración, fue la de obtener ganancias en dichos negocios, que convirtió en actividades regulares, y que, por lo tanto, hay que admitir que esas ganancias constituyen renta y no un simple aumento de patrimonio.

«Según la carta que obra a los folios 7 a 8 del cuaderno de antecedentes de la liquidación del impuesto del señor Pérez, éste hace la siguiente confesión:

"En principios del mes de junio vendí al señor Aparicio Sánchez, un lote de terreno situado en la calle 15-A, con una cabida de 451 ½ varas cuadradas, que aparece en mi declaración de impuesto del año anterior y que fue comprado al señor José J. Murillo en el año de 1942. No puedo citar las fechas exactas y números de las escrituras porque es negocio liquidado en mis libros y no tengo ninguno de los documentos que ya no se necesitan..."

"En el mismo mes de junio compré a Julia Restrepo de Muller, por medio de la escritura pública número 2312 de junio 26 de la Notaría Primera, un lote de cuatrocientas veinticinco (425) varas cuadradas, que yo mismo le había vendido en el año de 1943 a la vendedora. Este lote quedó incorporado a los que ya eran de mi propiedad y que compré, en mayor extensión, a Alejandro Pardo Rubio, por medio de la escritura número 112 de 21 de enero de 1938. El precio pagado a Pardo fue de $ 4, al cual deben agregarse los gastos de obras de urbanización que he hecho enteramente a mi costa en su totalidad. El precio pagado a la señora Julia de Muller fue de $ 8 por vara cuadrada siendo de advertir que el precio de venta, a la misma señora fue en el año de 1943 de $ 3.50 y que yo asumí el gasto de alcantarillado, pavimentación, sardineles, etc., que correspondían a ese lote.

"Por medio de la escritura número 2713 de julio 7 de 1945, vendí a las señoritas Manira, Marrum y Fagime Kairuz, un lote de 514 varas cuadradas a $ 10 por vara cuadrada...".

"Por medio de la escritura número 2742 de julio 10 de la misma Notaría 5ª, vendí al señor Hernando Márquez, un lote con 336 varas cuadradas, a $ 9 la vara cuadrada, contiguo al que había adquirido la familia Kairuz.

"Por escritura número 3018 de julio 27 de la misma Notaría 5ª, vendí al señor Jorge Hakim un lote de 557 varas cuadradas.

"Finalmente por escritura número 2283 de junio 4 de 1945 compré a Alejandro Pardo R. (Notaría Tercera) un lote de 3.000 varas cuadradas que vendí en octubre 1º por escritura número 3450 otorgada en la misma Notaría Tercera, a la señora Amalia A. de Echandía..."

«En carta que corre a folios 11 a 12 del mismo cuaderno citado, el interesado dice que la única operación de finca raíz que no relacionó en su declaración fue una permuta hecha con Gustavo Echandía, de un lote de 3.000 varas cuadradas que había com-

prado a Alejandro Pardo Rubio; que este lote lo permutó con el señor Echandía, para la señora Amalia Arciniegas, por materiales de construcción, cemento y hierro, cuyo valor quedó indeterminado para él, "con excepción de un automóvil marca 'Pontiac', Modelo 1941, *que consideré como utilidad líquida de ese negocio* (subraya la Fiscalía) y que relacioné en la declaración por $ 2.500.00, que era para mí el valor comercial de él, aun cuando en la permuta se valoró por $ 4.000.00 ... pactado el canje muy satisfactoriamente para mí y recibidos el automóvil, el cemento y el hierro otorgué la escritura de traspaso de dominio a favor de la señora de Echandía... para mí el automóvil tenía un valor de $ 2.500.00 y por él lo declaré en mi declaración de impuestos y los materiales recibidos valían, al precio del Control, casi exactamente los $ 10.500.00 que me habían costado los lotes, así que, evitándome el perjuicio de suspender mi obra, hacía un excelente negocio".

«Los apartes transcritos, de cartas suscritas por el propio contribuyente, demuestran con toda claridad que su intención al hacer las operaciones de compra y venta de los inmuebles relacionados en la declaración de renta, fue la de obtener utilidades permanentes y regulares, y que ellas no pueden considerarse como actividades meramente ocasionales. De consiguiente, los funcionarios encargados de la liquidacion del impuesto procedieron legalmente al estimar dichas utilidades como renta y no como aumento de patrimonio.

«En sentencia de 30 de noviembre de 1947, en que fue ponente el honorable Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve, el Consejo de Estado, refiriéndose al elemento "habitualidad", en operaciones similares a las verificadas ahora por el señor Pérez, se expresa así:

"Sabido es que la intención es el elemento determinante de la habitualidad. La persona que realiza determinadas operaciones con intención de especular y convertirlas en actividad regular y permanente, tendrá habitualidad en esta clase de operaciones. Por consiguiente, descubierta la intención del contribuyente puede fácilmente deducirse si hubo habitualidad en los negocios realizados en determinado año gravable. Para liquidar el gravamen correspondiente a la utilidad en el negocio de compra y venta de bienes raíces, lo que se aprecia es la utilidad misma obtenida en el negocio".

«En mérito de todo lo que se deja expuesto, la Fiscalía CONCEPTUA que debe confirmarse la sentencia materia del recurso de apelación.

«Atentamente,

Justo Franco V.»

LA DISPOSICION INFRINGIDA

La disposición que se considera violada (artículo 1º, ordinal 2º, de la Ley 78 de 1935), es de este tenor:

«La ganancia obtenida o la pérdida sufrida por una persona o entidad, que directamente o, por conducto de un comisionista, venda, cambie o que de otra manera disponga de propiedades muebles o inmuebles, por valor mayor o menor del de costo de la propiedad de que se dispone, será considerada para los efectos de esta ley, como aumento o pérdida de capital, según el caso, y no como aumento o pérdida de la renta. Pero las ganancias

obtenidas y las pérdidas sufridas en las operaciones que se acaban de mencionar serán consideradas como rentas sujetas al impuesto o como pérdidas deducibles de la renta bruta, cuando tales operaciones se llevan a efecto en propio nombre o por una persona o entidad que tenga el negocio de comprar, vender, cambiar o disponer de otra manera de tales propiedades».

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Visto el planteamiento del litigio, estima la Sala que la solución del problema estriba en resolver si el demandante durante el año gravable de 1945, dentro del giro general de sus negocios, tenía el de verificar habitualmente transacciones de compraventa de fincas raíces con el ánimo de obtener lucro o ganancia y si en el mismo año realizó el negocio de urbanizar para vender lotes —como lo estimó la Jefatura en los distintos considerandos de las resoluciones acusadas—; o al contrario, si las repetidas transacciones de compra y venta de inmuebles evidenciadas en autos como realizadas por el actor, las verificó de manera simplemente ocasional y sin ánimo de obtener ganancias condicionadas y sucesivas, como lo afirma y sostiene el apoderado de la parte actora.

Sobre el particular, es decir, determinar la habitualidad y el ánimo de especulación o de ganancia en los negocios de un determinado comerciante para efecto de impuesto, así sea renta o patrimonio, no pueden darse reglas precisas que permitan establecer esa calidad con certeza y de manera matemática o mecánica; es este un problema de hecho que debe resolverse en cada caso frente al elemento probatorio que resulte y sobre la base de los antecedentes que operen en favor y en contra; en forma abstracta y general apenas si es posible dar algunas normas que puedan servir de simple orientación al fin indicado.

Para el caso de autos la Administración indagó lo relacionado con todos los negocios del contribuyente. Y como previo examen y consulta de las declaraciones y denuncias correspondientes a años anteriores, de la misma declaración que examinaba, de los anexos presentados y de las propias confesiones del declarante que se leen en el proceso, obtuvo la convicción cierta de que se estaba en presencia de un contribuyente cuyo negocio, entre otros, era la venta habitual de inmuebles con fines de lucro, optó por contabilizar las ganancias que esas transacciones le produjeron al señor Pérez, las incluyó en el renglón renta y como tal determinó gravarlas.

Se explica:

En la declaración y anexos correspondientes a la denuncia del contribuyente, se lee, o como dice la Jefatura, «aparecen de bulto las reiteradas operaciones en finca raíz efectuadas por el contribuyente, constituidas por dos compras, a saber, la del lote 5, en la calle 51-A por $ 3.400.00, y la del lote 45-50 en la Transversal 5ª, por $ 10.500.00 según el memorialista, así como por cinco ventas, a saber: la del lote 135, calle 15-A, por $ 7.500.00; del lote 1-37, calle 15-A, por $ 13.500.00; del lote 51-A-02, Transversal 6ª, por $ 3.024.00; del lote 49-50, Transversal 5ª, por $ 23.000.00, y la del lote 5-36, calle 51-A, por $ 5.570.00».

Y para establecer la Administración que el señor Pérez urbanizó en el año gravable el terreno a que se contraen los anexos, para vender luégo los lotes singularizadamente y con utilidad mayor en relación con el precio del predio antes de la urbanización, toma fundamento o acude entre otros elementos a la confesión del declarante, expresada en carta suya traída al proceso como prueba en donde dice el Auditor de Impuestos Nacionales que ha sido urbanizador, que como lo fue en el año de 1945, por eso relaciona los gastos que hizo en las obras de la misma urba-

nización para anotar el precio de costo de la empresa, etc. etc., hechos estos que, opina la Jefatura, «implican que el contribuyente como urbanizador es negociante en finca raiz». Esto en cuanto al hecho, porque cuanto a derecho la Administración dijo partir de la base cierta de que, en todos los casos, la ganancia que obtenga un contribuyente en la venta de uno o más bienes raíces es gravable como renta si la operación u operaciones pueden considerarse como habituales u ordinarias dentro de la destinación asignada por el propietario a los inmuebles materia de la transacción o transacciones.

Y estimó la Administración que las transacciones sobre inmuebles realizadas por el señor Pérez en el año de 1945, no solo fueron desarrollo de su habitualidad en esta clase de negocios, sino que también estimó que todas esas transacciones versaron sobre activos movibles en razón de que los respectivos bienes estuvieron por su dueño destinados a servir de objeto de operaciones de compraventas, no a servir únicamente de elementos de producción o de trabajo de acuerdo con la naturaleza del negocio del expresado comerciante. Efectivamente resulta que construyó este señor las casas que relacionó en su denuncia, con el fin decidido de venderlas, lo que al efecto hizo; que urbanizó un terreno suyo para vender los lotes respectivos, y que realizó esas negociaciones; que permutó otro lote por objetos propios para la construcción de casas y dedicó los objetos a este fin para vender luégo el inmueble construido.

No se memora la serie de compraventas realizadas por el actor en el año de 1945, porque ya vienen dichas y anotadas en la vista-concepto del señor Fiscal. En todo caso, estima la Sala, que están los autos en presencia de un negociante de compra y venta de inmuebles que por haber adquirido utilidades en ese negocio legalmente le fueron gravadas como renta; y como resulta que ésta excedió el límite normal, debió también deducírsele el impuesto por el respectivo exceso. En todos estos pasos procedió la Administración recta y honorablemente.

Y está en lo cierto la Jefatura cuanto hace a la fijación del impuesto sobre la ganancia del terreno urbanizado.

Si un inmueble parte del patrimonio del contribuyente, se acondiciona dividiéndolo en lotes para vender éstos indiscriminadamente, las utilidades obtenidas en cada una de las ventas en relación con el valor que tenía el mismo lote antes del acondicionamiento o separación viene a ser una ganancia que debe entrar al renglón renta y gravarse como tal; no así si el negocio al cual se destina el terreno no implica enajenaciones sino simple explotación del bien, porque en este caso será la utilidad de la explotación o el resultado de ésta el factor constitutivo de la renta.

Pues bien: está demostrado en el proceso que el señor Pérez urbanizó en el año de 1945 una propiedad suya, es decir, que la subdividió y acondicionó para venderla luégo por lotes y que realizó las respectivas ventas. Y las ganancias que obtuvo el urbanizador las gravó la Jefatura como renta, no sólo por lo anotado antes, sino porque quedó claramente establecido que dentro del giro habitual de los negocios del citado señor en el año gravable estuvo precisamente la urbanización, la venta de lótes, la construcción de casas en el lote reservado por el mismo y la venta de estas casas, operaciones todas efectuadas con innegable ánimo de lucro, nunca por simple distracción ni para mutar la calidad propia de ese activo.

En vista de la motivación antecedente considera el Consejo que en el caso de autos las determinaciones de los funcionarios de la Administración se hallan ajustadas a la ley, no simplemente por el hecho de que el contribuyente haya obtenido utilidad en los negocios de compra y venta de inmuebles en el año a que se contrae su pedimento, toda vez que el simple hecho del negocio de finca raiz no comporta la consecuencia de que las utilidades que se obtengan, en todos los casos puedan gravar-

se como renta, sino porque el negocio en referencia fue habitual y realizado con el ánimo de especulación o de obtener ganancia o lucro.

Confrontadas las operaciones sobre finca raíz que en serie ejecutó el señor Pérez, en el año gravable, no puede menos de estimarse, se repite, que la conclusión de la Jefatura, en cuanto calificó al peticionario de comerciante habitual en esta especie de negocio, es a todas luces evidente. Y esta calificación afecta el negocio de permuta celebrado con la señora de Echandia, como que lo recibido por Pérez en compensación del lote que entregó a la permutante fue utilizado por el mismo para obtener los rendimientos que le anotó la Administración al hacer los cómputos previos a la fijación del quantum del impuesto.

Y no obsta o embarga a las consideraciones anteriores que el señor Pérez no se hubiera anunciado públicamente como comerciante de finca raíz ni inscrito en la Lonja Inmobiliaria porque estos hechos negativos no anularían nunca la efectiva realidad de las ocupaciones del citado señor. El comerciante de calidad determinada es siempre comerciante de esa calidad, háyase anunciado o no, porque ésta, la calidad, la da o la confiere el oficio o profesión que se ejerza.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, en acuerdo con su Fiscal colaborador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de fecha dieciséis de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, proferida en el presente juicio por el Tribunal Adıministrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Pineda de Castro, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodriguez, José Urbano Múnera, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto.—Luis E. Garcia V., Secretario.

IMPUESTOS—SUCESION

(Consejero ponente: doctor José Urbano Múnera).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

En grado de apelación interpuesta por el Fiscal del Tribunal, el Consejo de Estado procede a revisar la sentencia de fecha 10 de octubre de 1951, dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, en el juicio promovido por la Diócesis de Garzón, por medio de apoderado, sobre revisión de la liquidación del impuesto de sucesiones practicada por el Recaudador de Hacienda Nacional de Pitalito, en el juicio de sucesión de Luis F. Torres, sentencia adoptada por dos votos contra uno y en la cual se declaró «prescrita la acción» y se negaron, consecuencialmente, las declaraciones solicitadas en la demanda.

El Tribunal, o sea la mayoría, razonó así:

«El articulo 272 del Código Contencioso Administrativo, que como ya se dijo es el que regula la prescripción de la acción, establece textualmente: Esta acción prescribe al cabo de tres meses de realizada la operación administrativa de liquidación del impuesto, y por medio de ella podrá pedirse igualmente el reintegro o devolución de las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente. "Los tres meses de que habla este artículo han de empezar a contarse desde que quede ralizada la operación administrativa de liquidación de impuesto. Ahora bien: ¿Cuándo queda realizada dicha operación administrativa? Esta pregunta la absuelven para el caso de autos los incisos 1º y 3º del articulo 45 de la Ley 63 de 1936, que dicen:

"Articulo 45. Verificada la liquidación, el Sindico Recaudador la notifica a todas las personas a quienes la liquidación afecte, fijando un ejemplar en lugar público y visible de su despacho por tres días hábiles, para que dentro de los tres siguientes los interesados formulen sus objeciones.

"Si la liquidación no es objetada, el Síndico Recaudador devuelve el expediente al Juez, junto con el ejemplar de que trata este artículo y con aviso de que dicha liquidación ha quedado en firme por no haber sido objetada...".

«No habiéndose presentado objeciones dentro de los tres días que fija el articulo transcrito, la liquidación del impuesto queda en firme porque contra ella no procede ya ninguno de los recursos que por la vía gubernativa consagran los articulos 46 y 47 de la misma Ley 63. La vía gubernativa queda eliminada, por así decirlo, y desde ese instante se abre la vía jurisdiccional.

«Este es el evento que tiene ocurrencia en autos. La liquidación objeto del juicio permaneció fijada en lugar público de la Recau-

dación de Pitalito desde el día 13 hasta el día 15 de diciembre de 1950, como aparece de las constancias que atrás se mencionaron, de manera que su ejecutoria se produjo el día 19 de diciembre (el 16 fue feriado). Desde el día 20 de diciembre de 1950 debe empezar a contarse el término de prescripción de la acción, y desde este día hasta el 6 de abril de 1951, fecha de la presentación de la demanda, transcurrieron más de los tres meses de que habla la ley, o más exactamente, transcurrieron tres meses y diez y séis días. Y es sabido que estos tres meses deben computarse de acuerdo con el calendario, es decir, sin descontar días feriados y de vacantes, por disponerlo así el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal. "Contra este razonamiento no vale argüir que la liquidación sólo fue aprobada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales el día 9 de enero de 1951, y que desde la fecha de esta aprobación debe empezar a computarse el término extintivo de la acción, lo cual erróneamente parece crear el demandante. Las liquidaciones de impuestos sucesorales se someten a la aprobación de la Jefatura de Rentas, por los Síndicos respectivos, cuando ya estén en firme y para dar cumplimiento a un trámite oficioso ordenado por la Resolución número 149 de 1946, emanada de dicha Jefatura y cuyo artículo 1º dice:

"Artículo 1º Una vez notificada y en firme la liquidación de los impuestos sobre la masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, los Síndicos y Recaudadores enviarán dos ejemplares de ella a la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales junto con una copia auténtica de la diligencia de inventarios y del testamento si lo hubiere, para su examen y aprobación". (*Régimen Fiscal Nacional* número 2, página 436).

«Esta aprobación por parte de la Jefatura no implica la consagración de un nuevo recurso en favor de la herencia o de los asignatarios afectados con la liquidación, sino que, se repite, es el resultado de un trámite oficioso interno de la Administración, que en nada afecta las posibles relaciones litigiosas entre el contribuyente y el fisco. Mal puede suponerse, pues, que la firmeza de la liquidación y el consiguiente agotamiento de la vía gubernativa hayan de subordinarse al cumplimiento de esta formalidad, no sólo porque el mismo texto de la Resolución mentada excluye esta interpretación: Una vez notificada y en firme la liquidación, sino porque acoger tal tesis entrañaría el afirmar que mientras está pendiente la aprobación no corren los términos fijados por la ley para recurrir por la vía gubernativa ni en consecuencia se puede producir ninguna ejecutoria; cosa contraria a la Ley 63, cuyo texto mal puede ser modificado por una simple resolución ministerial.

«A todo lo dicho cabe agregar, aunque sea elemental y obvio, que no tiene ninguna significación el hecho de que el Recaudador haya declarado en firme la liquidación sólo en la fecha en que fue aprobada por la Jefatura de Rentas, porque es bien sabido que la ejecutoria de una providencia se produce por ministerio de la ley y no por la voluntad o la omisión de quienes la aplican».

La liquidación de que se trata tiene las siguientes peculiaridades:

1ª Principia por la anotación de que es sustitutiva de otra que la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales ordenó rehacer o rectificar. «Esta liquidación —dice a manera de preámbulo— reemplaza la número 12 de noviembre 13 de los corrientes (sic) según oficio número 14591 de diciembre 7 de 1950, de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales».

2ª El mismo Recaudador que la practicó declaró implicitamente no hallarse en firme en la fecha 20 de diciembre de 1950, a pesar de estar vencido el término para objetarla los interesados, pero seguramente por no haber recibido noticia de la aprobación por parte de la Jefatura. En efecto, por auto de dicha fecha dispuso el citado Recaudador lo siguiente: «Una vez que la liquidación de impuestos practicada por este despacho en la sucesión testada de don Luis F. Torres se halle en firme, vuelva el expediente de la causa mortuoria al Juzgado de su origen, junto con un ejemplar de la respectiva liquidación. (Articulo 45, Ley 63 de 1936 y 37 del Decreto 1020)».

3ª A continuación aparece una nota que dice: «La anterior liquidación fue aprobada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, según consta en telegrama número 157 de enero 9 del corriente año, en la cual la expresada liquidación quedó en firme».

De todo lo expuesto se deduce que el texto del articulo 45 de la Ley 63 de 1936, no puede entenderse en el sentido de que la liquidación del impuesto de sucesiones practicada por el Recaudador o Sindico queda EN FIRME, es decir, en la categoria de inmodificable por el mismo Liquidador, de acuerdo con instrucciones del superior, o por este mismo, al vencimiento de los términos allí señalados, sino que ya no es susceptible de reclamación por los interesados, por la via gubernativa. Porque existe una disposición reglamentaria que ordena la consulta de estas liquidaciones con la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, antes de proceder al cobro del impuesto, consulta que como ocurrió en el caso de autos con una primera liquidación, puede dar lugar a una completa sustitución de la liquidación.

Esta fue más o menos la tesis sostenida por el Magistrado disidente, doctor López Galán.

Habrá, pues, de revocarse la sentencia apelada, en cuanto declaró probada la excepción de prescripción, y decidir en el fondo la demanda de revisión de la liquidación, porque el término de la prescripción no empezó a correr sino el 9 de enero de 1951, cuando la Jefatura comunicó su aprobación a la liquidación, y de entonces al 6 de abril, fecha de la presentación de la demanda, no habia transcurrido completo el plazo de tres meses señalados en el articulo 272 del Código Contencioso Administrativo.

La petición formulada por el representante de la Diócesis de Garzón se redúce a la exención del impuesto sobre la *masa global hereditaria*, con sus recargos, a favor de la entidad demandante, y consiguiente reintegro «a la herencia del señor Luis F. Torres». En efecto, dice el texto de las declaraciones solicitadas:

> «*Primero*. Que la liquidación número 16, de 12 de diciembre de 1950, practicada por el Recáudador de Hacienda Nacional de Pitalito, en el juicio de sucesión del señor don Luis F. Torres y aprobada por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales con fecha 9 de enero del corriente año, es ilegal y por tanto carece de todo valor en cuanto grava a la Diócesis de Garzón (Seminario) con el impuesto sobre la masa global hereditaria; y
>
> «*Segundo*. Que como consecuencia de tal declaración de ilegalidad, se disponga que el Tesoro Nacional reintegre a la herencia del señor Luis F. Torres: a) La cantidad de nueve mil trescientos catorce pesos y veinte centavos ($ 9.314.20), y los recargos que por concepto de impuestos sobre masa global hereditaria fueron liquidados por el mencionado Recaudador de Hacienda Nacional de Pitalito, y pagados por el albacea tenedor de bienes de aquella herencia; y b) Los intereses legales de las sumas indebidamente recaudadas que se devenguen hasta la fecha en que se repita el pago que se hizo».

Por lo que hace al fundamento de derecho de la demanda, él se redujo a la cita y comentarios del artículo 1º de la Ley 66 de 1939, reformatorio del 25 de la 63 de 1936, y que dice: «Las asignaciones o donaciones cuyos fines *exclusivos* sean la asistencia social, la instrucción o higiene públicas y el adelanto o la difusión de la ciencia, no pagarán los impuestos que gravan la masa global hereditaria y las asignaciones y donaciones, siempre que los establecimientos respectivos se funden en el curso de dos años, contados desde la delación del legado o del otorgamiento de la donación, y se sometan dentro de este tiempo, en cuanto a la inversión y administración de las asignaciones, a la inspección y vigilancia del Gobierno...»

Como se ve, la exención está condicionada a una serie de circunstancias, de las cuales basta destacar para la solución de este negociado la de la exclusividad del destino de la asignación para alguno de los fines enumerados en la disposición transcrita, circunstancia que no se cumple en el caso de autos, porque la institución de heredero universal no se hizo a favor de ningún establecimiento de asistencia social, instrucción o higiene públicas etcétera, sino a favor de la Diócesis de Garzón, y solamente se expresó, en la cláusula vigésima del testamento, el deseo del testador, de «contribuir con este legado para ayudar a la educación de los jóvenes que tengan vocación sacerdotal»; lo cual no significa propiamente el destino *exclusivo* de la asignación a este fin, sino simplemente el encargo de que se destine alguna parte, poca o mucha, a auxiliar la formación de sacerdotes católicos.

Además, suponiendo satisfecho el requisito de la exclusividad del destino de la asignación, faltaría la comprobación de los demás requisitos, como el de la existencia del Seminario de Garzón y el sometimiento a la vigilancia del Gobierno, prueba que debió presentarse al liquidador del impuesto de la sucesión, de conformidad con el artículo 278 del Código Contencioso Administrativo, y no se presentó.

De ahí que el señor Fiscal 2º del Consejo, después de prohijar los fundamentos de la sentencia del Tribunal, formulara la siguiente glosa a la demanda:

> «De otra parte, conviene observar que el actor no ha demostrado que en el expediente que sirvió de base para verificar la liquidación demandada obran las pruebas que acreditaban que la Diócesis de Garzón estaba exenta de tal gravamen, porque como lo tiene establecido la Jefatura de Rentas "de los artículos 45 y 50 de la Ley 63 de 1936 y 38 del Decreto 1020 del mismo año se desprende que el expediente del juicio sucesorio, al llegar a la Recaudación debe contener todos los elementos necesarios para practicar la liquidación, es decir, que las pruebas deben presentarse al Juzgado para que hagan parte del expediente respectivo. No obstante lo anterior y teniendo en cuenta que algunas pruebas sólo sirven para efectos de la determinación del gravamen, la Jefatura considera que en tales casos será posible llevar directamente a la Oficina de Hacienda respectiva los documentos que deban ser tenidos en cuenta únicamente para la fijación de los impuestos; tal es el caso, por ejemplo, de las pruebas necesarias para conceder las exenciones. Pero es el caso que tales elementos probatorios deben presentarse antes de la liquidación, pues de lo contrario no sería posible tomarlos en consideración al determinar los gravámenes, ni tampoco en el curso del incidente de objeciones, ya que en este debate sólo se pueden apreciar los documentos que hayan hecho parte del expediente en el momento de la liquidación».

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal colabora-

dor, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia de que se ha hecho mérito, y, en su lugar, resuelve:

1º No está probada la excepción de prescripción.

2º Se niegan las súplicas de la demanda.

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

Baudilio Galán Rodríguez, José Urbano Múnera, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Alvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto.—Luis E. García V., Secretario.

IMPUESTOS—SUCESION

(Consejero ponente: doctor Daniel Anzola Escobar).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintiocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno.

La Administración de Hacienda Nacional del Departamento de Caldas, previas las denuncias pertinentes, gravó con impuesto sobre la renta y demás complementarios a la sucesión del señor Faustino Botero, fallecido en la ciudad de Salamina, el 6 de octubre de 1942, correspondiendo la liquidación del gravamen a los años de 1942, 1943, 1944 y 1945, año este último en que se verificó la partición de los bienes relictos entre los respectivos herederos.

Uno de éstos, el señor Bernardo Botero H., estimando «que debía revisarse la operación administrativa por la cual fue liquidado por la Administración de Hacienda el impuesto sobre la renta a cargo de la mencionada sucesión», dio su personería al doctor Gonzalo Vargas Rubiano, para que solicitara de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales la rectificación de la cuenta, lo que hizo el señor apoderado en demanda pertinente, la que le fue negada por la Jefatura, por Resoluciones números R-618-H, de 26 de mayo de 1947, y R-892-H, de 15 de julio del mismo año, siendo la última confirmatoria de la negativa manifestada en la primera.

Agotada así la vía administrativa, pero en tiempo hábil, el heredero interesado, doctor Botero, por conducto de nuevo apoderado, doctor Mario Lombana Villegas, en demanda presentada en el Tribunal Administrativo de Manizales, solicita que «previo el procedimiento establecido en el Capítulo XV del precitado Código, sea revisada la operación administrativa por la cual fue liquidado por la Administración de Hacienda Nacional de Caldas, el impuesto sobre la renta y complementarios a cargo de la mencionada sucesión, y correspondiente a los años de 1942 a 1945».

Los hechos sustentantes de la acción vienen relacionados dentro del siguiente cuestionario:

«*Primero*. La Administración de Hacienda Nacional de Caldas liquidó, por los años comprendidos de 1942 a 1945, impuesto sobre la renta y complementarios en cabeza de la sucesión de Faustino J. Botero, como contribuyente.

«*Segundo*. La mencionada sucesión cubrió oportunamente el valor de tales gravámenes, cuyos comprobantes reposan en el expediente formado en la actuación ante la Jefatura.

«*Tercero*. Don Faustino J. Botero murió en la población de Salamina, Departamento de Caldas, el día 6 de octubre del año de 1942, y su mortuoria fue liquidada al final del año de 1945, y el correspondiente juicio de sucesión fue protocolizado en la Notaría del Circuito de Salamina, por medio del instrumento público número 76, de 25 de enero de 1946.

«*Cuarto.* En dicha sucesión, mi mandante, don Bernardo Botero Hoyos, tuvo y tiene interés en su doble carácter de albacea y de heredero».

El concepto de violación se hace consistir o lo deduce el señor apoderado de estas apreciaciones de derecho:

«*El artículo 1º de la Ley 132 de 1941,* que así reza: "Para efecto de la liquidación de los impuestos de renta y patrimonio, *respecto de las comunidades de bienes* (subrayo), *se sujetará al mismo sistema establecido para las sociedades colectivas.* Cada interesado, como sujeto directo del gravamen, debe presentar la declaración general de renta y patrimonio, denunciando el valor de su patrimonio y de su renta en la comunidad de bienes. Esta interpretación no tiene carácter retroactivo para las sumas ya liquidadas".

«Esta norma ha sufrido violación porque son las sucesiones, típicas *comunidades* de bienes, como se infiere de la ley civil y como lo tiene establecido la doctrina de la Corte Suprema, especialmente en su sentencia de 31 de agosto de 1936, Sala de Casación Civil, publicada en la *Gaceta Judicial,* tomo 43, páginas 789 y 790. Y siendo comunidades, no pueden ser sujetos pasivos del impuesto, desde luego que ellas no son personas jurídicas y que la norma precitada ordena que la liquidación de su impuesto sobre la renta se haga con sujeción al mismo régimen establecido para las sociedades colectivas. Es decir, que los contribuyentes, en uno u otro caso, no son las sucesiones ni las sociedades colectivas sino personal y separadamente los comuneros y los socios.

«Y, como consecuencia de la violación antedicha, han sufrido también quebranto los artículos del Código Civil que regulan los fenómenos jurídicos de la sucesión por causa de muerte y del cuasi-contrato de la comunidad (artículos 1008 a 1036, y 2322 a 2340), desde luego que si técnicamente una sucesión es una comunidad, al desconocerle tal carácter los funcionarios de hacienda a la sucesión de Faustino J. Botero, han infringido las disposiciones aludidas que tan íntima vinculación establecen entre los dos fenómenos».

Como disposición legal violada directamente, se cita el artículo 1º de la Ley 132 de 1941 y como consecuencia de su quebranto los artículos 1008 a 1036 y 2322 a 2340 del Código Civil.

Viene aparejada la demanda de copia legalizada de las Resoluciones acusadas, del comprobante de haberse hecho el pago del impuesto en la Administración y de varios documentos que acreditan la personería del demandante, vale decir, su condición de heredero en la sucesión para la cual se piden las declaraciones del libelo.

Admitida la demanda se le imprimió a la primera instancia el trámite adecuado, que vino a finalizar con la sentencia de 3 de julio de 1948, del siguiente tenor resolutivo:

«Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto de su Fiscal,

FALLA:

«1º *Confírmanse* las Resoluciones R-618-H, de mayo 26 de 1947, y R-892-H, de julio 15 del mismo año, ambas de la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales.

«2º En consecuencia de lo anterior, *Niéganse* las peticiones formuladas en la demanda».

Notificado el proveído, el doctor Lombana, apoderado del demandante, interpuso para ante el Consejo el recurso de apelación que, concedido y tramitado legalmente, es la oportunidad de resolverlo, lo que hace la Sala, considerando:

DISPOSICION VIOLADA

La disposición que se dice violada, reza:

«*Artículo 1º* Para efecto de la liquidación de los impuestos de renta y patrimonio, respecto de las comunidades de bienes, se sujetará el mismo sistema establecido para las sociedades colectivas. Cada interesado, como sujeto del gravamen, debe presentar la declaración general de renta y patrimonio, denunciando el valor de su patrimonio y de su renta en la comunidad de bienes. Esta interpretación no tiene carácter retroactivo para las sumas ya liquidadas y pagadas».

EL LITIGIO

Sencillo en su contenido el objeto de la controversia y claras las peticiones de la parte actora: fundamenta el demandante la razón de este litigio en la consideración de que a términos de lo reglado por el artículo 1º de la Ley 132 de 1941, que ya viene copiado, no debió haberse gravado a la sucesión de Faustino J. Botero con el impuesto de que dan cuenta las liquidaciones de la Administración, porque siendo la entidad sucesión una comunidad de bienes, la liquidación de los impuestos de renta y patrimonio no procede contra la misma sucesión sino que debe imponerse o fijarse en cabeza de los copartícipes o herederos en proporción de sus derechos, toda vez, agrega, que la liquidación de los impuestos respecto de las comunidades de bienes por imperativos legales debe sujetarse al sistema establecido para las sociedades colectivas, donde el sujeto del gravamen no es la sociedad sino que los son los accionistas personalmente y en proporción de sus derechos en la sociedad. Cree el actor que son los herederos de Botero los que deben pagar los impuestos señalados y liquidados por la Administración, no la sucesión, con tanto más razón cuanto que la sucesión, agrega, no es persona jurídica capaz de ejercitar derechos o de contraer obligaciones.

LA TESIS DE LA JEFATURA

La Jefatura desenvolvió el litigio administrativo en forma que no satisfizo el interés del demandante, argumentando:

«La recta y fundada interpretación de nuestra legislación lleva a establecer que las sucesiones son sujetos de gravamen mientras permanezcan iliquidadas. Por tanto, el impuesto debe li-

quidarse a la herencia y no a los asignatarios por las participaciones que les correspondan. Conviene sí advertir que la sucesión deja de ser sujeto de gravamen una vez efectuada la partición. De manera que adjudicados los bienes particulares a los herederos, puede suceder que algunos de ellos pasen a ser copropiedad de varios asignatarios y que se forme así una comunidad ordinaria sujeta al régimen de la Ley 132 de 1941.

«Este es el criterio actual de la Jefatura de Rentas, el cual se basa, entre otras, en las siguientes consideraciones:

«El ordinal 1º del artículo 4º, de la Ley 78 de 1935, dice:

"Establécese un impuesto sobre la renta de toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, y de toda *comunidad de bienes, sucesión* (se subraya), o fideicomiso establecido conforme a las leyes de la República, en los términos que más adelante se expresan". Y el ordinal 6º del mismo artículo dispone: "Todos los *bienes en comunidad, sucesiones* (se subraya), y fideicomisos serán gravados sobre las rentas producidas por ellos, ya sea que se originen dentro o fuéra del país".

«Desde el momento en que la Ley 78, en los apartes citados, menciona por separado "comunidad de bienes" y "sucesiones", es porque para los efectos impositivos no considera que las segundas se hallen comprendidas en las primeras, y si en las disposiciones de la Ley 132 de 1941 hubiera querido comprender también a las *sucesiones* y no simplemente a las *comunidades* de otro orden, habría procedido en la misma forma en que lo hizo en la Ley 78 citada, es decir, habría nombrado a las unas y a las otras, pues sí al establecer el gravamen las nombró por separado, al indicar la manera de liquidar dicho gravamen también las habría nombrado separadamente si hubiera sido su deseo que la liquidación del impuesto para unas y otras se hiciera de la misma manera o en la misma forma.

«Y en cuanto al argumento de que una sucesión no puede ser sujeto pasivo del tributo por no ser una persona jurídica, estima esta Jefatura que no es por este último concepto por el cual se la debe considerar sujeto pasivo del tributo, sino por expresa disposición de la ley, la cual no exige tal carácter, pues desde el momento en que el ordinal 1º del artículo 4º de la Ley 78 citada, después de referirse a la renta "de toda persona natural o jurídica", agrega: "y de toda comunidad de bienes, sucesión o fideicomiso", establece que no es menester que el sujeto pasivo del tributo sea "persona natural o jurídica", sino que a más de éstas, quedan gravadas igualmente las sucesiones, sean consideradas o no como personas jurídicas...

«Ha sido norma en nuestra legislación tributaria diferenciar las sucesiones de las comunidades, sujetándolas en ocasiones al mismo régimen, sometiéndolas en otras a distinto tratamiento. Así por ejemplo el Decreto 794 de 1919, reglamentario de la Ley 56 de 1918, que estableció el impuesto sobre la renta, fue la primera disposición que se refirió a las sucesiones como sujetos gravables, cuando en su artículo 5º estableció: "La renta que provenga de sucesiones iliquidas queda comprendida en el impuesto". Las comunidades no quedaron entonces comprendidas en el impuesto.

«El Decreto 1923 de 1927, en su artículo 5º dispuso: "El impuesto establecido en la ley se aplica a las sucesiones y fideicomisos". Nuevamente quedaron excluidas del impuesto las comunidades.

«La Ley 81 de 1931 dijo en su artículo 3º: "Establécese un impuesto sobre la renta de los bienes en comunidad, sucesiones y fideicomisos". Se las gravó, pues, como entidades distintas.

«Y por último vinieron las Leyes 78 de 1945 y 132 de 1941, cuyas disposiciones pertinentes han quedado comentadas.

«Las sucesiones, independientemente de los herederos, tienen entidad propia, están en permanente función económica, son fuentes de renta, lo mismo que cualquier patrimonio individual, y las rentas producidas por los bienes de la sucesión solamente pertenecen a los herederos cuando se trata de asignaciones de cuerpo cierto; en los demás casos, tales rentas entran a formar parte de la herencia que luégo será objeto de partición. (Código Civil, artículo 1395). Estas son las razones de su gravamen, que como se ve son muy distintas de las que justifican el gravamen a las comunidades ordinarias.

«El argumento de que las sucesiones constituyen una comunidad es de un valor muy relativo. Es cierto que de las disposiciones del Código Civil se desprende que existen *comunidades de cosa singular o determinada y comunidades de cosa universal* y que a esta última categoria pertenecen las sucesiones; pero en realidad entre una y otra clase de comunidades existen diferencias fundamentales que las separan completamente, y la misma legislación civil tiene para cada una de ellas reglamentaciones diferentes, siendo muy escasas las normas que les son comunes. Y en la práctica, cuando se habla en general de comunidades, solamente se comprenden las comunidades ordinarias o de cosa determinada y quedan excluídas las sucesiones, a las que siempre se hace referencia por su nombre propio y especifico».

CONCEPTO DEL FISCAL DEL TRIBUNAL

Solicita el señor Fiscal en su vista de fondo se nieguen las peticiones de la demanda, sobre la base de las siguientes consideraciones:

«Si es cierto jurídicamente, que la sucesión participa de muchos elementos que son comunes a las comunidades, se diferencian ambas figuras jurídicas por las características de la universalidad que tienen las sucesiones y no las comunidades. La comunidad actúa sobre algo concreto, la sucesión actúa sobre los bienes, derechos y obligaciones transmisibles, sobre una universalidad. En determinado momento se puede cobrar el impuesto y con justicia a un comunero, porque el derecho en la comunidad es concreto. En las sucesiones, en el momento de la muerte y mientras la sucesión permanezca iliquida no se sabe, no se puede determinar el derecho del heredero para ser gravado. Pueden presentarse multitud de fenómenos jurídicos que impidan en determinado momento al recaudador de impuestos saber el monto del gravamen. Por via de enunciación nos remitiremos a algunos. La presencia de otros herederos, los fenómenos de la transmisión y de la representación, las objeciones a los inventarios y avalúos, la presencia de deudas ultraviris, la presencia de disposiciones testamentarias, la presencia de bienes propios de la sociedad conyugal con bienes propios de uno de los cónyuges. Todos estos fenómenos impiden liquidar el impuesto en forma proporcional y justa.

«Con razón se ha dicho que la sucesión es la copropiedad que tienen los herederos sobre un patrimonio universal, y que esa entidad es la que debe responder de todas las obligaciones que se causen en determinado tiempo y mientras la sucesión permanezca iliquida.

«Por todo lo anterior solicito negüéis el derecho impetrado».

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal sentenciador, luégo de establecer cómo en su concepto no pueden confundirse para efectos impositivos la comunidad sucesión con las demás comunidades de bienes, comenta el citado artículo 1º de la Ley 132 de 1941, para anotar las siguientes jurídicas e ilustradas conclusiones:

«A) Es conclusión necesaria y lógica del análisis hecho, que las *sucesiones* no pueden ni deben confundirse con las *comunidades de bienes,* ni para efectos de este impuesto sobre la renta, ni para el de comparación entre las diferentes condiciones que rodean y protegen a cada una de las diferentes sociedades o comunidades, frente a sus obligaciones legales, etc., siendo por tanto, improcedente e injurídico concluir como lo hace el demandante, diciendo que "habría unas comunidades en mejores condiciones que otras", si no fueran aplicables los mismos métodos para el cobro y liquidación del impuesto, tanto a las comunidades de bienes, en general, como a las sucesiones, o sea si no se hace recaer el impuesto sobre cada uno de los presuntos herederos, en vez de la masa global hereditaria.

«B) El artículo 1º de la Ley 132 de 1941, traído por el demandante como argumento *Aquiles,* no es ni puede ser, ni debe ser aplicado a *las sucesiones,* pues dicho artículo en parte alguna nombra dichas entidades gravables ni hace siquiera alusión a ellas en forma ligera o velada, dejando, al contrario, la plenitud de la regla interpretativa, con vigencia exclusiva y definida para las comunidades de bienes a las que asimiló para los efectos tributarios, y en forma indubitable, a las sociedades colectivas. Y no se vaya a decir que *las sucesiones son sociedades colectivas* o *pueden asimilarse,* por algunas aplicaciones de métodos tributarios, organización social o postulados civiles, que puedan tener, en determinados y limitadísimos casos, conjugación de unos con otros. No es posible, pues, seguir confundiendo estas entidades o sujetos de gravamen, para los efectos del impuesto y su aplicación y liquidación, cuando tanto los orígenes civiles y sociales de unas y otras están tan definidos en nuestras leyes vigentes y han sido tan detenida y técnicamente estudiados por expertos tratadistas especializados en estas materias.

«C) Lo que ha sucedido en el caso presente, si se mira desde el punto de vista planteado por la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, frente a la tesis antes sostenida por esa misma oficina, sobre esta materia, no es otra que *una rectificación formulada por la mentada Jefatura y que ha venido a subsanar un grave error que se venía cometiendo y que perjudicaba fundamentalmente los intereses del Estado, rectificación que, con bases ampliamente jurídicas y claridad absoluta, define la verdadera interpretación de la ley tributaria para casos como el que está a estudio y da el derecho a seguir en la aplicación del correspondiente estatuto legal.* Este el motivo por el cual este Tri-

bunal ha acogido, en todas sus partes, la interpretación aludida y sostiene que la aplicación legal que estima la Jefatura debe ser acogida, es la jurídica y adecuada.

«D) No está por demás hacer recalcar que no es del caso insistir sobre la diferenciación que existe entre *comunidades de cosa singular o determinada y comunidades de cosa universal* (perteneciendo a éstas *las sucesiones)*, porque el mismo Código Civil que rige establece grandes y sustanciales diferencias entre unas y otras, y formula reglas y normas, para cada sector, que hacen inconfundibles sus aspectos y formación, alejando así la posibilidad de hallar reglas comunes. Tiene, al respecto, toda la razón la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales cuando sostiene que *"En la práctica, cuando se habla en general de comunidades, únicamente se comprenden las comunidades ordinarias o de cosa singular o determinada, quedando excluidas las sucesiones, a las cuales siempre se hace referencia por su nombre propio y específico"*. (Este hecho quedó comprobado ampliamente con el estudio comparado que se hizo ya sobre las diferentes leyes y decretos que rigen el sistema tributario de Colombia).

«E) Estas razones de orden jurídico, hacen concluir que *las sucesiones son sujeto de gravamen mientras ellas permanezcan sin liquidarse*. Siendo sujetos de gravamen, no tiene por qué hacerse consideración alguna sobre las personas naturales que, como coasignatarios por partición en las sucesiones ilíquidas, forman el conjunto de herederos. Debe, por tanto, liquidarse el impuesto y aplicarse directamente, a las sucesiones mismas, según las reglas generales vigentes».

EL CONCEPTO DEL FISCAL DEL CONSEJO

El señor Fiscal del Consejo, doctor Morales Peña, en su vista fiscal hace suyos los argumentos del fallo recurrido, y tras de algunas referencias a distintos pasos del proveído del Tribunal complementan:

«La sucesión es sujeto pasivo del impuesto sobre la renta, pues el artículo 4º, ordinal 1º de la Ley 78 de 1935, expresamente se refiere a ellas cuando dice:

"Establécese un impuesto sobre la renta de toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, y de toda *comunidad de bienes, sucesión o fideicomiso* establecido conforme a las leyes de la República, en los términos que más adelante se expresarán".

«Y el ordinal 6º del mismo artículo citado dice:

"Todos los bienes en *comunidad, sucesiones y fideicomisos*, serán gravados sobre las rentas producidas por ellos, ya sea que se originen dentro o fuéra del país".

«Posteriormente, la Ley 132 de 1941, "por la cual se hace una interpretación y se condena a la comunidad de San Francisco de la Sierra al pago del impuesto de patrimonio", cambió el sistema pero únicamente en lo referente a las comunidades de bienes. Ya se ha visto, en todo el recuento legislativo, que las leyes tributarias habían venido estableciendo diferencias impositivas entre la comunidad de bienes y la sucesión. En el último texto transcrito se aprecia cómo no incluye el legislador dentro del mismo criterio para los efectos tributarios a la comunidad de bienes y a la sucesión y del análisis hecho en los anteceden-

tes de la Ley 132 de 1941, y de los mismos términos de la exposición de motivos se desprende claramente que sólo hace relación a las comunidades ordinarias.

«Al respecto, la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales ha hecho un completo estudio, publicado en la página 59 y siguientes de la revista número 3 de *Régimen Fiscal Nacional,* que no se transcribe por lo extenso pero que la Fiscalía acoge plenamente y cuyas conclusiones se deben considerar jurídicas, vistas las razones teóricas, legales y prácticas que impiden la asimilación entre sucesiones y comunidades ordinarias desde el punto de vista de la legislación tributaria. Dichas conclusiones son las siguientes: "la Ley 132 de 1941 sólo se refiere a las comunidades ordinarias y no a las sucesiones".

«La recta y fundada interpretación de nuestra legislación lleva a establecer que las sucesiones son sujetos del gravamen mientras permanezcan ilíquidas. Por tanto, el impuesto debe liquidarse a la herencia y no a los asignatarios por las participaciones que les correspondan.

«Conviene advertir que la sucesión deja de ser sujeto del gravamen una vez efectuada la partición. De manera que adjudicados los bienes particulares a los herederos, puede suceder que algunos de ellos pasen a ser de copropiedad de varios asignatarios y que se forme así una comunidad ordinaria sujeta al régimen de la Ley 132.

«Las anteriores consideraciones son suficientes para solicitar la *confirmación* de la sentencia materia del recurso de apelación».

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Ya viene advertido que el desenvolvimiento del litigio estriba en resolver si las leyes tributarias permiten imponer el impuesto de renta y patrimonio directamente a la sucesión como sujeto pasivo del gravamen; o, si, al contrario, la imposición procede hacerla en la persona de los herederos a prorrata de sus respectivas cuotas o derechos herenciales.

La tesis de que no es legalmente posible gravar a la sucesión directamente y como patrimonio autónomo que es, se defiende argumentando:

a) La renta y patrimonio de una sucesión sólo pueden gravarse de la misma manera como se gravan el patrimonio y la renta de los bienes de las sociedades comerciales, por la razón simple de que la sucesión es una comunidad y porque las comunidades —repite— se gravan como se gravan las sociedades comerciales, es decir, en cabeza de los socios.

b) Las leyes reguladoras del impuesto sobre la renta y patrimonio no distinguen para efectos de la fijación del gravamen entre la comunidad de bienes resultante de una herencia no liquidada con las demás comunidades de bienes en general.

c) Si el legislador estatuyó, separadamente, que la renta y patrimonio de las sucesiones están sujetos al gravamen, no quiso decir que la sucesión directamente viniese a ser sujeto pasivo del gravamen. Las sometió al tratamiento general de toda comunidad.

d) Son, sí, sujeta materia imponible las utilidades derivadas de los bienes herenciales, pero en cabeza de los herederos como personas físicas, porque ellos, no la sucesión, son los que perciben los respectivos beneficios y usufructúan los bienes.

e) Si la sucesión no es una simple comunidad, una especie del género, es obvio que el legislador de 1941, al hablar de que las comunidades de bienes, para los efectos de la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios se regularán por el mismo sistema de las sociedades

colectivas, no hizo distinción alguna entre sucesión y comunidad, sino utilizó precisamente el término genérico de comunidad, que englobaba el término específico de sucesión y donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir.

Por lo demás, ilustra el señor abogado recurrente en sus puntos de vista con fragmentos de sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del mismo Consejo, entre ellas la que afirma que «la sucesión no es persona jurídica, que es uno de los llamados patrimonios autónomos con beligerancia en juicio por activa y por pasiva o sea como demandante o demandado».

Bastaría a la Sala sentenciadora del Consejo acoger en su contenido de fondo las apreciaciones que en todas las oportunidades han venido haciendo los funcionarios que han intervenido en la definición legal de este proceso para llegar a la conclusión de que debe confirmarse la sentencia. La Administración, en sus distintas etapas administrativas, y la justicia de lo contencioso, por conducto de sus distintos órganos, hasta llegar a la Fiscalía del Consejo, han venido definiendo la cuestión sublite en forma contraria a las peticiones del actor.

Sin embargo, no parece inoportuno agregar algunas consideraciones complementarias que, unidas a las que se leen en los anteriores proveídos, llevan a optar con más firmeza aún por la confirmación de la sentencia recurrida.

Se explica:

a) Es evidente, no puede discutirse, porque es letra legal, que el régimen tributario tiene establecido como norma general la de que «todos los bienes en comunidad, sucesiones y fideicomisos serán gravados sobre la renta producida por ellos, ya sea que se originen dentro o fuéra del país». Si lo anterior es así, como lo es realmente, tiene que entenderse que cuanto hace a bienes en comunidad —en sucesión en el caso de autos—, para efecto del gravamen debe tenerse en cuenta la renta producida por ellos para hacerla efectiva de la persona o entidad que los tenga en su poder.

b) Como la sucesión en los bienes de una persona se abre en el momento de su muerte (artículo 1012 del Código Civil), desde ese mismo momento, desaparecido el titular, viene a ser sujeta materia del gravamen la masa herencial, es decir, los bienes dejados por el difunto, háyase o no abierto el juicio de sucesión correspondiente; porque, bueno es aclarar, que un hecho jurídico es la apertura de la sucesión de una persona, y otro muy distinto la apertura del juicio de sucesión de esa persona. La sucesión se abre por ministerio de la ley al fallecimiento del sujeto; el juicio de sucesión se abre al dictarse la providencia judicial del caso, artículo 893 del Código Judicial, la que puede ser provocada por toda persona que tenga interés jurídico manifestado o deducible de las resultas mismas de los bienes dejados por el causante.

c) De lo anterior resulta que como al fallecer el individuo desde ese mismo instante queda abierta su sucesión, desde ese mismo momento los bienes vienen a ser sujeta materia del gravamen, sin que sea óbice la circunstancia de que el juicio sucesorio no se haya abierto o que habiéndolo sido no se hayan presentado interesados alegando la calidad específica de continuadores legales del difunto o representantes de la herencia, vale decir, alegando la calidad de herederos del difunto. Bien sabido es que la albacea, el cónyuge supérstite, el representante del fisco, el Municipio, entre otras personas, pueden solicitar la apertura del juicio de sucesión o ciertas medidas preventivas sin que ellos sean los herederos.

d) De consiguiente, si los herederos de sucesiones iliquidas vinieran a ser tan sólo los sujetos pasivos del gravamen, y como tales afectos a

su efectividad y cobro, resultaría que sucesiones sin herederos actuantes, pero sí ocultos, quedaban al menos por tiempo indeterminado y a voluntad de los renuentes o esquivos al pago del impuesto, relevadas de la obligación de pagar el gravamen que anualmente se liquida para ser cobrado. Si el impuesto que se causa año por año debe pagarse también año por año, la Administración debe tener el derecho, el medio fácil, en todos los casos, de saber quién es físicamente el sujeto pasivo del impuesto, debiendo averiguar apenas cuál es la masa de bienes y cuál la renta de ese patrimonio.

e) En las sucesiones no siempre de manera cierta se conoce quiénes son los herederos; en las demás comunidades sí. Es por esto por lo que en las últimas se gravan, pueden gravarse separadamente a los socios, ya que, repítese, la Administración puede saber, en cada caso, quiénes son los copartícipes y cuál la cuota que a cada uno corresponde en la comunidad. El comunero de bienes singulares sabe exactamente cuál es el haber o cuota que le pertenece; en las sucesiones, legalmente el heredero viene a conocer su derecho ya particularizado sólo el día de la liquidación definitiva de la herencia.

f) Sucede, otras veces, que en la ocurrencia de conflictos herenciales donde se discute el título de heredero, sólo después de largas controversias ordinarias viene a definirse con certeza legal quiénes son los herederos de mejor derecho; y si los llegados al juicio últimamente vienen a desplazar a los primeros, entonces, si éstos pagaron el impuesto, surgirían las posibles controversias contra la Administración pidiendo el pago de lo no debido. Y no puede entenderse que el propio legislador, con sus dictados creara la posibilidad de pleitos o reclamos contra el Estado mismo o contra los particulares que equivocadamente pagaron lo que no debían.

g) La sucesión, viene repetido, es una universalidad de bienes, no una comunidad singular; y como las leyes tributarias al señalarlas como sujeto del gravamen, las singulariza separándolas, tuvo que ser para algún objeto, no otro, estima la Sala, que para indicar que para efectos de la liquidación del impuesto se quiso optar, se optó, por someterlas a distinto tratamiento. De no haber sido así, habría el legislador dicho, simplemente, que las comunidades de bienes eran entes sujetos al gravamen o impuesto de renta y patrimonio. Si se hubiese legislado así, tendría que entenderse, entonces sí, que el gravamen pagable por las sucesiones afectaría directamente a los copartícipes en la herencia en proporción de su derecho, tal como acontece con los socios de las sociedades colectivas. Pero el legislador distinguió y singularizó claramente, y como así lo hizo, tiene que aceptarse que sólo el gravamen imponible a las comunidades de bienes *que no sean sucesiones*, se fija en la persona de los comuneros en proporción de sus derechos conocidos en la comunidad, y que cuando se trata de sucesiones, como sólo en la partición viene a concretarse el derecho herencial de cada uno, el impuesto se liquida para que sea cubierto con dineros de la própia herencia o sucesión.

h) Autorizar a la Administración para que de plano o *a priori* haga ella misma la fijación del derecho de cada heredero en la masa herencial para derramar luégo, sobre cada uno, el impuesto liquidado globalmente no se compadece con las atribuciones y facultades de las autoridades administrativas. La cuantía del derecho herencial la define la ley y sólo a la justicia ordinaria, mediante el respectivo trámite, le es dable concretar en cosa cierta y determinada el interés de cada uno de los distintos copartícipes.

i) Distinto el caso, si en curso la sucesión del causante Botero se hubiese sucedido el fenómeno jurídico procesalmente conocido con el nombre de «la posesión efectiva de la herencia» en favor de determinados herederos, porque entonces éstos, como poseedores de la universalidad y usufructuarios de los bienes estarían no sólo legalmente ciertos como ta-

les, sino conocidas sus cuotas, porque en ese determinado evento residirían en ellos el derecho o facultad de disposición en relación con esos mismos bienes.

j) Un heredero, simplemente reconocido, tiene determinados derechos pero nunca facultades dispositivas. El estado iliquido de la herencia, la imprecisión del derecho de los posibles herederos y la posibilidad de ser desplazados unos por otros son circunstancias que hacen que se mire con cautela el derecho herencial que, como viene repetido, sólo viene a concretarse en cosa determinada y cierta a partir del día en que adquiera firmeza legal la partición de los bienes herenciales; antes de ésta tiene el heredero o reside en él simplemente el derecho real de herencia, traducible en mera expectativa pero ninguno sobre nada singular, como que de nada a su arbitrio puede disponer. Y si de nada puede disponer libremente y si su derecho no tiene concreción material, no parece equitativo y justo que, en cambio, pueda legalmente obligársele al pago de gravámenes en relación con bienes sobre los cuales ejerce únicamente un derecho talvez simbólico, como lo es el derecho real de herencia.

k) Finalmente, no debe olvidarse, de otro lado, que conforme al artículo 1016 del Código Civil «En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:... 3º Los impuestos fiscales que gravaren *toda la masa hereditaria*», lo que quiere decir, que los impuestos fiscales, como el de que aquí se trata, debe deducirlos y hacerlos efectivos la Administración sobre «toda la masa hereditaria», no sobre la cuota de cada uno de los coparticipes.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, en acuerdo con el señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada de fecha 3 de junio de 1948, proferida por el Tribunal Administrativo de Manizales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alvaro Pineda de Castro, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, José Urbano Múnera, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto.—Luis E. García V., Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

(Consejero ponente: doctor Manuel A. Dangond Daza).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto doce de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Luis Fernando Urbina, como apoderado judicial de los ejecutados en el juicio que la Nación sigue contra los herederos de la sucesión de Juan Cristo Saldivia, en la Sindicatura de Ejecuciones Fiscales del Departamento Norte de Santander, solicitó con fundamento en el artículo 1019 del Código Judicial, en memorial presentado el 10 de noviembre de 1951, el desembargo de los siguientes bienes, que dice le fueron indebidamente embargados:

«1. De la suma de dos mil pesos ($ 2.000) que por orden judicial se venían entregando a los socios de "Cristo, Vélez & Co.", en liquidación, destinados a su subsistencia.

«2. Del diez por ciento (10%) que en los beneficios o utilidades obtenidas por dicha firma corresponden a los socios industriales Juan J. Cristo y Elias Cristo».

Considera el señor apoderado que el embargo de las sumas a que se contraen los puntos anteriores es ilegal, máxime si se consideran los términos del auto que decretó la medida, y que dice:

«*Sindicatura de Ejecuciones Fiscales del Norte de Santander.*

«Cúcuta, mayo veintiuno de mil novecientos cincuenta y uno.

«Decrétase el embargo y secuestro del cuarenta por ciento (40%) de los beneficios sociales de "Cristo, Vélez & Co.", en liquidación, que corresponde a los herederos de la sucesión del señor Juan Cristo Saldivia.

«Este embargo y secuestro tendrá vigencia a partir del presente mes de mayo, inclusive, en adelante y hasta orden en contrario.

«..... ....»

La Sindicatura, por medio de auto de fecha 14 de noviembre de 1951, resolvió la petición presentada por el apoderado doctor Urbina; y después de hacer algunas consideraciones sobre la legalidad del embargo de la suma de $ 2.000.00, termina la providencia expresando:

«En cuanto a que para el pago de los impuestos sucesorales "únicamente pueden ser embargados los bienes de la sucesión, o sean los bienes relictos", a fuer de ser prolijo, transcribo lo que al respecto dice el inciso 7º del artículo 66 del Decreto 1020 de 1936: "Dicho embargo recaerá sobre los bienes del ejecutado

AFECTO O NO, a la respectiva mortuoria, o sobre sus respectivos derechos hereditarios".

«Según esto, ¿se pueden, señor apoderado, embargar bienes distintos de los que forma el haber sucesoral? Si.

«A qué hablar aqui de beneficio de inventario, cuando éste se refiere únicamente a las obligaciones hereditarias o testamentarias, es decir, a las deudas contraídas en vida por el causante.

«¿Son los impuestos sucesorales obligaciones hereditarias? No, porque son contraídas después de la muerte del causante, y por ministerio de la ley recaen sobre los respectivos herederos. (Véanse artículos 10 y 24 de la Ley 63 de 1936)».

El señor Fiscal 1º de la Corporación guardó silencio sobre el traslado que se le dio, de acuerdo con el articulo 502 del Código Judicial.

Consta en el expediente, folio 13 vuelto, que los beneficios sociales de la sociedad «Cristo, Vélez & Co.», según la escritura de constitución, se distribuyen de la manera siguiente:

«40% para el socio Miguel E. Vélez.
«40% para el socio Juan Cristo Saldivia.
«10% para el socio Elias J. Cristo Vélez.
«10% para el socio Juan de J. Cristo Vélez».

Por auto de 31 de octubre de 1951, la Sindicatura de Ejecuciones Fiscales aclaró el auto de embargo, así: «es lógico que lo que corresponde a la mitad de la sucesión de don Juan Cristo Saldivia pertenece a la cónyuge sobreviviente. De consiguiente, sólo puede tomarse, y así se tomó, un 20%. El otro 20% es el que corresponde a los socios industriales Elias y Juan, que también son deudores del Fisco, por ser herederos, en su calidad de hijos legítimos del causante señor Juan Cristo Saldivia. Los intereses de la cónyuge sobreviviente no se han tocado para nada».

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La participación que corresponde a los socios industriales de una sociedad comercial ¿puede embargarse para el pago de impuestos sucesorales, cuando concurren en los socios la calidad de herederos del causante?

Primeramente habrá necesidad de estudiar, así sea someramente, la institución del beneficio de inventario de que trata el articulo 1304 del Código Civil, y que «consiste en no hacer a los herederos que aceptan responsables de las obligaciones hereditarias o testamentarias, sino hasta concurrencia del valor total de los bienes que han heredado».

Esta institución, como se sabe, data desde la legislación romana, propugnada por Justiniano; con el tiempo se generalizó en beneficio del heredero que quisiera salvaguardiar sus derechos personales, frente a los resultados perjudiciales de una herencia insolvente. De suerte que el beneficio de inventario consistía, y aún conserva el mismo carácter, en separar el patrimonio del heredero del patrimonio relicto, a efecto de impedir la confusión de los derechos y obligaciones del *de cujus*, con los propios del heredero, y en forma que la responsabilidad de éste, respecto de las obligaciones hereditarias, quede limitada hasta concurrencia de su cuota heredada: *intra vires hereditatis*.

Significa lo anterior que cuando el heredero se acoge al beneficio de inventario, de acuerdo con el articulo 1309 del Código Civil, se produce la separación de patrimonios, con la consecuencia en las correspon-

dientes obligaciones, así: patrimonio del heredero y patrimonio sucesoral. No siendo posible entonces el concurso de los acreedores del difunto sobre los bienes propios del heredero, y el segundo, elude el concurso de los acreedores del heredero sobre los bienes de la herencia.

Ahora bien, los artículos 10 y 24 de la Ley 63 de 1936, sobre impuesto de sucesiones, no modificaron el principio de que se viene hablando, pues tan sólo establecieron la solidaridad de los herederos con la sucesión, para el pago de los impuestos, pero sólo *a prorrata* de sus respectivas cuotas hereditarias, esto es, que el Estado puede exigir el pago del impuesto en cabeza de uno cualquiera de los obligados, pero teniendo en cuenta para ello únicamente el patrimonio sucesoral, no el propio de los herederos.

De tal suerte que si en la escritura de constitución de la sociedad «Cristo, Vélez & Co.» se estipuló un 10% de los beneficios sociales para Elías y Juan de J. Cristo Vélez, por su aporte industrial a la sociedad, es claro que esta actividad personal, fruto de su esfuerzo, les pertenece exclusivamente, sin que pueda afirmarse, ni lógica ni jurídicamente, que ella emana del conjunto de bienes de la sucesión que constituye la herencia, y de ahí que tal beneficio no puede embargarse, por cuanto viola ostensiblemente los derechos derivados del beneficio de inventario, al cual se acogieron los ejecutados al aceptar la sucesión. La providencia recurrida habrá de modificarse en este sentido.

Y no puede argüirse, como lo ha hecho la Sindicatura, que el embargo de este beneficio industrial tiene asidero legal en el Decreto 1020 de 1936, reglamentario de la Ley 63 del propio año, al decir el inciso 7º del artículo 66 que el «embargo recaerá sobre los bienes del ejecutado afectos *o nó* a la respectiva mortuoria, o sobre sus respectivos derechos hereditarios», porque es claro que la adición que hace el Decreto al comprender bienes distintos de la herencia, excede la potestad reglamentaria y viola de otra parte instituciones sustantivas consagradas en el Código Civil. Y cuando ello ha ocurrido, tanto la doctrina de la honorable Corte Suprema de Justicia como la del Consejo de Estado se han abstenido de aplicar esta clase de disposiciones, sentando al respecto estas doctrinas:

Ha dicho la Corte:

> «La potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa (artículo 120, ordinal 3º de la Constitución), no llega hasta el punto de facultarlo para modificar o adicionar las leyes; por medio de tal facultad el Ejecutivo no se convierte en legislador, sino en guardián de los mandatos del Congreso. El Gobierno no puede variar en lo mínimo lo que se pudiera llamar la sustancia de la voluntad del legislador consagrada en la ley; lo que le está encomendado es la reglamentación, dejando intacta la esencia y el espíritu de la disposición que reglamenta». (Sentencia, 11 de octubre de 1912. Tomo XXI, página 159).

Y el Consejo de Estado, por su parte, ha expresado:

> «La potestad reglamentaria del Jefe del Estado es limitada. El reglamento completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser asegurar la aplicación de la ley que él completa; pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley, tanto por lo que se refiere a las personas como a las cosas». (Sentencia, 18 de octubre de 1946).

Esta interpretación de la Sala, para dejar de aplicar al caso sub-lite el inciso 7º del Decreto 1020, de que se ha hecho mención, cobra aún más fuerza jurídica si se tiene en cuenta que tal disposición resulta a todas luces incompatible con la norma del artículo 1304 del Código Civil, por lo cual habrá de darse aplicación a esta última disposición, en virtud de la prevalencia consagrada en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, «sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación nacional».

Tampoco puede perderse de vista que el impuesto que se cobra por medio de estas diligencias ejecutivas recae solamente sobre la masa global hereditaria, es decir, que no se trata del impuesto de asignaciones propiamente dicho, que es cuando los bienes han ingresado al patrimonio particular del heredero.

Por lo que hace a la segunda petición, o sea el desembargo de los $ 2.000.00 autorizados entregar a los ejecutados, con destino a su subsistencia, habrá de confirmarse la decisión, toda vez que esa destinación sí afecta las utilidades sociales de los herederos, en su carácter de tales, por tratarse del producto de los bienes de la herencia, que son los que responden de las cargas hereditarias, entre las cuales se encuentra esta clase de impuestos, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 1016 del Código Civil.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto apelado con la REFORMA de desembargar, como al efecto lo hace, el 20% que corresponde a los socios industriales de la sociedad «Cristo, Vélez & Co.», contra quienes se libra la presente ejecución, ordenando, como consecuencia, la entrega de las sumas retenidas por el concepto indicado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Habilítese el papel común.

Manuel A. Dangond Daza, Guillermo Acosta Acosta, José Urbano Múnera. Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

JURISDICCION COACTIVA

(Consejero ponente: doctor Guillermo Acosta Acosta).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y ocho de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

El Juzgado de Rentas Nacionales, con fecha 10 de enero de 1952, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de la sociedad denominada *Compañías Unidas de Transportes S. A.*, representada por su Gerente, señor Antonio J. Zuluaga G., «por la cantidad de trescientos cuatro mil setecientos noventa y tres pesos ochenta y cuatro centavos ($ 304.793.84) moneda corriente, más los recargos al uno y medio por ciento por cada mes o fracción de mes de demora sobre los impuestos determinados en el reconocimiento, desde el día en que se hicieron exigibles, según disposiciones legales, hasta el día del pago, y por las costas de la ejecución». Notificada esta providencia el 22 de febrero del mismo año al señor Antonio J. Zuluaga, Gerente de la compañía ejecutada, interpuso los recursos de reposición y de apelación que luégo fueron sustentados por el doctor Gerardo Cabrera Moreno, quien lleva la personería de la parte ejecutada en este negocio.

Negado el recurso de reposición, el doctor Cabrera Moreno desistió del de apelación, y, el Juzgado aceptó el desistimiento y decretó por auto de fecha 3 de marzo del precitado año, conforme a lo pedido por el ejecutado, «la suspensión temporal de las diligencias ejecutivas, en cuanto se relacionan con el cobro del impuesto sobre la renta y complementarios, por el año de 1948, mientras la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales resuelve la reclamación interpuesta por la sociedad ejecutada», y dispuso además que «cuando la Jefatura de Rentas haya fallado definitivamente acerca de la reclamación interpuesta por la compañía se dictará la providencia respectiva, relacionada con el cobro del impuesto pendiente por el año de 1948». (Cuaderno 1, folio 72 vuelto).

El doctor Gerardo Cabrera Moreno, en su carácter ya mencionado, en libelo fechado el 27 de junio de 1952, propuso las excepciones de «inepta demanda, pleito o reclamo administrativo pendiente, y la de petición antes de tiempo».

El señor Fiscal Primero de la Corporación «se opone a que se declaren probadas las excepciones formuladas por la parte ejecutada, las cuales —dice— deben ser rechazadas por improcedentes».

La compañía ejecutada fue declarada en quiebra, y el señor José Vicente Morales, en su condición de Síndico de la quiebra y por ende de su representante legal, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 10 del Decreto-ley 750 de 1940, ratificó el poder que la compañía ejecutada tiene conferido en este juicio al doctor Gerardo Cabrera Moreno.

Abierto el negocio a prueba, las partes produjeron las que estimaron convenientes, y, como la tramitación del incidente exceptivo se halla agotada, procede la Sala a decidir la cuestión.

Como lo principal en materia de excepciones en juicio ejecutivo es la enunciación y prueba de los hechos que se hacen valer como fundamento de los medios de defensa, la Sala procede al estudio de aquéllos, así como de las pruebas aducidas para sustentarlos y de las pretensiones de las partes.

El primer hecho que sirve de apoyo a la demanda de excepciones se encuentra formulado así:

> «a) La Administración de Hacienda Nacional produjo en un solo reconocimiento la deuda a cargo de mi mandante por los impuestos *adicionales* correspondientes al año gravable de 1947, como la correspondiente a los *impuestos adicionales en controversia* del año gravable de 1948, y con tal documento, como título ejecutivo, se iniciaron las acciones accesoria y ejecutiva de que da cuenta este expediente».

El señor Fiscal Primero del Consejo de Estado, al descorrer el traslado se expresó en lo pertinente en la forma siguiente:

> «Como fácilmente se puede observar, el Juzgado al librar el mandamiento de pago por los impuestos de renta correspondientes a los años gravables de 1947 y 1948 a que se contrae el título ejecutivo, estimó simplemente dos acciones acumuladas, presentándose la acumulación concurrente, por cuanto que el Fisco exige de su deudor el pago de dos obligaciones de dinero provenientes de años gravables diferentes, y ello es perfectamente legal».

La copia debidamente autenticada del reconocimiento, de fecha 17 de diciembre de 1951, emanado de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, y que sirve de título ejecutivo al presente juicio, dice en lo pertinente:

> «Reconócese a favor de la Nación y a cargo de Compañías Unidas de Transportes S. A. la cantidad de trescientos cuatro mil setecientos noventa y tres pesos con ochenta y cuatro centavos, que según registros definitivos de impuestos sobre la renta del Municipio de Bogotá, legalmente formados, debe por los siguientes periodos y conforme a la siguiente liquidación:

«Impuesto del año de 1947	$ 160.906.18
«Impuesto del año de 1948	143.887.66
«Total	$ 304.793.84

> «Debe, además, los recargos al uno por ciento por cada mes o fracción de mes de demora sobre los impuestos correspondientes a cada período, liquidados desde la fecha en que las respectivas disposiciones legales autorizan el cobro de tales recargos, hasta el día del pago».

Durante el término probatorio se trajo a los autos el certificado de la Secretaría de la Jefatura General de Rentas e Impuestos Nacionales, que en lo sustancial dice así:

> «...bajo el número 915, año de 1952, se halla radicada la reposición intentada por *Compañías Unidas de Transportes S. A.*, por el ejercicio fiscal de 1948 —mil novecientos cuarenta y ocho— y que el expresado expediente se halla actualmente al estudio del señor Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales. Dado en Bogotá a diecinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos».

Además se ordenó tener como prueba el oficio número 1393, de fecha 11 de febrero de 1952, dirigido por la misma entidad al Juez de Rentas, que dice textualmente:

«Para los fines a que pueda haber lugar me permito informarle que la sociedad *Compañías Unidas de Transportes S. A.*, con sede en esta ciudad, tiene en esta Jefatura intentado un reclamo en contra de la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios que por el año de 1948 le practicó la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca;

«2º Que en dicho expediente obra el recibo oficial número 32936, de noviembre 21 de 1949, expedido por la Oficina de Caja de la citada Administración, y en el que consta que la firma reclamante pagó la suma de $ 9.250.36, cantidad que en concepto de la Jefatura llena el requisito del articulo 6º de la Ley 23 de 1949, y

«3º Que dicho reclamo se halla para fallo».

Por otra parte, el articulo 5º del Decreto reglamentario número 461 de 1950, del precitado articulo 6º de la Ley 23 de 1949, estatuye en la parte final lo siguiente:

«... Si el impuesto determinado por la Jefatura de Rentas (como consecuencia del estudio de la reclamación presentada por el contribuyente) fuere aún superior al fijado en la liquidación reclamada, el mayor gravamen sobre ésta será exigible treinta días después de notificada la respectiva resolución y devengará intereses a partir del vencimiento de este plazo, de conformidad con el numeral b) del articulo 3º del Decreto 2361 de 1938».

Los demás hechos fundamentales de la demanda son desarrollo del primero, la mayor parte, y los otros no se relacionan con medios de defensa propios del juicio ejecutivo.

De las circunstancias de hechos constatadas plenamente en los elementos probatorios de que se ha hecho mérito se deducen varias consideraciones susceptibles de producir efectos jurídicos en el proceso ejecutivo de que trata este expediente, a saber:

Primera. La Administración de Hacienda Nacional produjo en un solo reconocimiento la deuda por el impuesto de renta y complementarios correspondiente al año de 1947, sobre la cual no ha habido controversia, y la del año de 1948, respecto de la cual la Compañía de Transportes Unidos tiene intentado un reclamo ante la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y, con base en tal documento, como titulo ejecutivo, fueron iniciadas la acción accesoria de embargo preventivo y la acción ejecutiva por los trámites de la jurisdicción coactiva, de donde se deduce que existe pleito o reclamo administrativo pendiente, en relación con una de las obligaciones que la Administración ha demandado en forma acumulativa y con base en un solo titulo ejecutivo por la suma global de $ 304.793.84, más los recargos correspondientes, pues no se trata de dos reconocimientos distintos o separados.

Segunda. De la copia del reconocimiento hecho por la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, el 17 de diciembre de 1952, a cargo de «Compañías Unidas de Transportes S. A.», respecto a los impuestos de renta y complementarios correspondientes al año de 1948, no resulta una obligación expresa, clara y actualmente exigible a favor de la Nación, en los términos contemplados en el ordinal 2º del articulo 1059 del Código Judicial, en consonancia con el inciso 2º del articulo 982 del mismo Código.

Tercera. Las dos acciones acumuladas en un solo título ejecutivo y en el mandamiento de pago, de fecha 10 de enero de 1952, librado por el Juzgado de Rentas Nacionales, no responden una y otra a las exigencias que requieren las obligaciones susceptibles de hacerse efectivas mediante la ejecución forzosa, y, por ende, no es *perfectamente legal*, ni es procedente la *acumulación concurrente* a que alude el señor Fiscal Primero del Consejo.

La acumulación simple —dicen los expositores de Derecho Procesal Civil— «tiene lugar cuando el actor pide pura y simplemente la estimación de todas las acciones acumuladas. Se denomina también acumulación concurrente. Ejemplo: el acreedor demanda a su deudor para el pago de dos obligaciones de dinero provenientes de sendos instrumentos negociables o de cláusulas diversas de un mismo contrato (horas extras y cesantía)». (Hernando Morales. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Parte general, página 278).

Y la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— tiene establecido que «un requisito esencial y común a todas las figuras de la acumulación es el de que la sustanciación de las acciones sea susceptible de hacerse bajo una misma cuerda, por seguirse el mismo procedimiento judicial», y, como en el caso de autos uno de los créditos permite la acción ejecutiva y el otro no, es claro que no son susceptibles de ser perseguidos mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, en forma de acumulación objetiva simple o concurrente, y desde este punto de vista resulta indubitable la razón que asiste al excepcionante para impugnar, como lo ha hecho, el procedimiento adoptado por el Juzgado de Rentas Nacionales para ejecutarlo por la suma global de $ 304.973.84, más los recargos del uno por ciento por cada mes o fracción de mes de demora sobre los impuestos, a que se refiere la copia de la liquidación que obra como único título ejecutivo.

Respecto de la excepción de petición de modo indebido, que es la que se perfila en el caso de autos, según los hechos aducidos por el excepcionante, ha dicho la Sala de Negocios Generales de la honorable Corte Suprema de Justicia que cuando el Juez encuentra un hecho justificativo de petición de modo indebido, irrevocablemente la considera como perentoria, no teniendo la virtud de desconocer la existencia de la obligación o declararla extinguida si alguna vez existió. Como no se está en presencia de una excepción dilatoria, ella destruye la acción, pero apenas en la forma como se ha ejercitado en el proceso, es decir, mata el juicio, pero no extingue el derecho. (*Gaceta Judicial*, número 1944, página 683).

Si bien es cierto que por medio del auto de fecha 3 de marzo de 1952 el Juzgado de Rentas Nacionales decretó la suspensión temporal de las diligencias ejecutivas, en cuanto se relacionan con el cobro de los impuestos correspondientes al año de 1948, no puede perderse de vista que el mismo Juzgado —que en estos juicios es Juez y parte— dio curso a la actuación en ese particular cuando por auto de fecha 12 de marzo del mismo año no accedió a limitar el embargo y adujo como fundamento de esta decisión el hecho de que «*la ejecución que se adelanta por concepto de impuestos es por la cantidad de $ 304.793.84, y aunque se decretó la suspensión en lo referente al impuesto de 1948, en manera alguna quiere ello decir que la acción esté limitada al impuesto de 1947...*» Aparte de que esa clase de suspensión parcial o de una parte del juicio no está autorizada por ninguna disposición de orden procedimental y atenta contra el principio de la unidad procesal. Figura distinta es la contemplada en el artículo 412 del Código Judicial, según la cual se suspende el curso del juicio que está más próximo a su terminación hasta que los demás procesos se hallen en el mismo estado, cuando procede la acumulación de autos. De modo que la circunstancia anotada en nada incide respecto a la prosperidad de la excepción de que se ha hecho mérito.

En vista de las razones expuestas, el Consejo de Estado —Sala de Negocios Generales—, en desacuerdo con el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción perentoria de forma sobre petición de modo indebido y, en consecuencia, ordena cesar la ejecución, así como el levantamiento del embargo y secuestro de los bienes afectados con esta medida.

Queda a salvo el derecho de la parte ejecutante para hacer valer en forma debida los derechos o acreencias a que se refiere este juicio.

Públiquese, cópiese, notifiquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera. Guillermo Novoa R., Secretario.

JURISDICCION Y COMPETENCIA

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Contra la providencia del Consejo, de fecha 6 de mayo pasado, en este incidente de nulidad por incompetencia de jurisdicción, propuesto por el señor Personero Municipal de Bogotá, ha interpuesto el doctor Alberto Preciado Peña, como apoderado de la Compañia Bogotana de Teatros, S. A., recurso de reposición que funda en los siguientes argumentos:

Primer argumento. Que el Consejo en ocasión anterior sostuvo que el incidente de regulación de la cuantia de la condena se estaba tramitando en forma legal.

Este razonamiento apenas puede implicar una critica al Consejo, mas no un ataque al auto reclamado, ya que en ese entonces la sujeta materia no era la incompetencia de jurisdicción sino si la providencia que se revisaba era o no apelable, por ser o interlocutoria o de simple sustanciación, lo que explica el por qué no se estudió ese extremo.

Segundo argumento. Que el articulo 123 de la Ley 167 de 1941 debe interpretarse, haciendo una distinción, en el sentido de que corresponde a los jueces ordinarios la ejecución de las sentencias in génere, dictadas por los organismos de lo contencioso administrativo, cuando se necesita seguir un nuevo juicio, mas no cuando únicamente se trata de la fijación del quántum por medio del incidente a que se refiere el articulo 553 del Código Judicial. Sobre el particular se expresa el doctor Preciado Peña:

«Conviene transcribir el texto de esta disposición:

"Las condenaciones de otro orden, en favor o en contra de la Administración, *se regirán por las reglas del capitulo 1º, Titulo XV del Código Judicial.* La competencia la tienen los Jueces ordinarios, *según las disposiciones comunes".*

«Las palabras "Jueces Ordinarios" son las que han llevado ahora a la Sala a declarar la incompetencia de jurisdicción.

«..... ....

«Volviendo a la expresión "Jueces Ordinarios" que menciona ya el nombrado articulo 123 de la Ley 167 de 1941, precisa establecer:

«a) Que esta disposición no establece un trámite especial, en cuanto al procedimiento que deba seguirse para liquidar en concreto las condenaciones hechas en abstracto en contra de la Administración. No establece un régimen especial, porque, con toda claridad dice que en tales casos se deben aplicar las reglas del Código Judicial. Esto es, que para liquidar tales condenaciones no se sigue un procedimiento especial, sino que debe adoptarse el procedimiento común a que se refiere la Ley 105 de 1931. Al

efecto dice el artículo que se comenta: "... *se regirán por las reglas del Capítulo 1º, Título XV del Código Judicial*".

«b) Que la expresión "Jueces Ordinarios" está subordinada por mandato del mismo artículo, a las *disposiciones comunes*. ¿Qué quiere esto decir? Pues sencillamente que los Jueces Ordinarios pueden llegar a tener que intervenir en fallos de la Jurisdicción Administrativa, *pero de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil*. ¿Cuándo pueden tener intervención? La respuesta es obvia: *en todos aquellos casos en que para ejecutar una sentencia de la Jurisdicción Administrativa sea necesario seguir otro juicio, es decir, adelantar un proceso diferente de aquel que sirvió de base para dictar la sentencia que se va a ejecutar...*»

De la misma opinión es el doctor Ramón Miranda, en concepto que se ha acompañado, y que dice:

«No obstante las dificultades expuestas —carencia de material doctrinario con qué ilustrar mis modestas opiniones— sin embargo consignaré a continuación las reflexiones, muy pocas por cierto, que en torno al objeto de la consulta se me ocurren, con el anhelo de que puedan resultar de alguna utilidad para la acertada resolución del problema jurídico sobre el cual versa el desacuerdo.

«Es sabido que el anterior Código de lo Contencioso Administrativo no contenía norma alguna sobre cumplimiento y ejecución de los fallos proferidos por esa jurisdicción especial, por lo que eran de forzosa aplicación las del Código Judicial de la época; y ello se explica porque la ley original sobre la materia —la 130 de 1913—, sólo instituyó el contencioso de anulación de ciertos actos de los funcionarios y corporaciones administrativas, y porque las leyes posteriores que adicionaron aquel estatuto, inclusive la 80 de 1935, apenas estructuraron en forma incompleta y rudimentaria el llamado contencioso de plena jurisdicción, institución que sólo vino a tener su entero desarrollo cuando se le incorporó en el vigente Código, o sea en la Ley 167 de 1941.

«Ahora bien, la figura jurídica de este contencioso —el de plena jurisdicción, o contencioso de reparación, como también se le conoce en la doctrina de los expositores— implica que la jurisdicción especial en lo administrativo conoce y decide —con la misma eficacia legal y con la misma extensión con que lo haría la justicia ordinaria— de las controversias que ante aquélla se promuevan por las lesiones que en sus derechos o intereses lleguen a sufrir las personas por actos jurídicos o hechos materiales propios de la actividad administrativa del Estado. Síguese de esto que siendo de naturaleza esencialmente reparatoria los fallos generados por el ejercicio del contencioso de plena jurisdicción, se hiciera necesaria una adecuada reglamentación legal para su cumplimiento, ya que se les revestía de idéntica fuerza obligatoria a la que comportan las decisiones de los jueces comunes. Además, a la época en que fue expedido por las Cámaras la Ley 167 apenas existía un precepto legal —el artículo 554 del Código de Procedimiento Civil— que regulaba, de manera bastante imperfecta por cierto, el trámite concerniente al cumplimiento de las decisiones judiciales proferidas contra el Estado. De ahí que en el vigente estatuto sobre jurisdicción de lo contencioso administrativo se encuentre un capítulo especial relativo al cumplimiento y ejecución de los fallos, en el cual es

manifiesta y predominante la voluntad legislativa de que los dictados por los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado —salvo cuando cumplidos o ejecutados por estas mismas entidades, como en los litigios electorales, por ejemplo— se cumplan por la persona pública condenada, o bien se surtan ante la propia jurisdicción especial los trámites necesarios para aquellos fines. Este es el principio fundamental que orienta la materia; y por ello los artículos 120, 121 y 122 no hacen otra cosa que establecerlo positivamente; y sólo por excepción, en la regla del artículo 123 se remite a los ordenamientos del Código de Procedimiento Civil, encaminado a hacer legalmente efectivas las consecuencias de las decisiones emanadas de los organismos contencioso administrativos.

«Consagra la última disposición citada la regla especial de que las condenaciones a cargo o a favor de la Administración Pública —cuando no son de las mencionadas en los tres primeros artículos del indicado Capítulo XIV— seguirán las vías establecidas en el Código de Procedimiento Civil, en su Capítulo 1º, Título XV, sobre ejecución de las resoluciones.

«Evidente resulta que la norma en cuestión es susceptible de dos interpretaciones diferentes, en cuanto a la jurisdicción competente para conocer de los trámites enderezados a cumplir los fallos de condena *in abstracto* pronunciados por los organismos de lo contencioso administrativo, y al respecto están ahora enfrentadas las dos tesis que en seguida se examinan:

«1ª La que se inclina por la competencia de la justicia ordinaria, fundada exclusivamente en el texto del mencionado artículo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo, y en el razonamiento de que en él se dijo que la competencia la tienen los jueces ordinarios, según las disposiciones comunes; y

«2ª La que prohija la competencia de la justicia en lo contencioso administrativo, que a su vez está sustentada en el argumento de que debiendo aplicarse los preceptos del Código Judicial, como expresamente lo ordena el mencionado artículo 121, precisa entonces —para determinar la jurisdicción competente— tener en cuenta la norma del artículo 550 del Código Judicial, según que el cumplimiento del fallo dictado por las autoridades de lo contencioso administrativo requiera o no la iniciación de otro juicio; y, en la última de las hipótesis previstas, corresponde de derecho la competencia al autor de la decisión.

«Con toda lealtad he de manifestar a usted que recientemente aunque en forma ocasional, al interrogárseme sobre el tema, hube de inclinarme por la primera de las conclusiones expuestas; pero hoy, y en vista de los razonamientos aducidos por usted en su alegato ante el Consejo de Estado, y de un detenido examen de la cuestión controvertida, no vacilo en aceptar el punto de vista que radica en esta eminente entidad y en los Tribunales Administrativos, la competencia que se trata de establecer con certeza. En efecto, de la relación y concordancia entre el indicado precepto del Código de lo Contencioso Administrativo (artículo 123) y los correspondientes del Código Judicial, aplicables al cumplimiento de los diversos tipos de sentencias que puedan proferirse, resulta incuestionable que sólo cuando es necesario promover un nuevo juicio para ejecutar lo resuelto definitivamente en la contención administrativa, se traslada la competencia de esta jurisdicción especial a la ordinaria (artículos 550, primera parte; 551, último inciso y 552 del Código últimamente citado); pero si no es necesario abrir nuevo juicio, entonces la competencia continúa intacta en la entidad contencioso adminis-

trativa que dictó el pronunciamiento definitivo en primera o única instancia, y se prolonga hasta la conclusión del incidente que su ejecución provoque. Precisamente, este es el caso de las condenaciones al pago de unas sumas de dinero que no se concretan en una cifra numérica, puesto que entonces previsto está en el mandato legal que no se requiere instaurar juicio alguno (artículo 550), sino adelantar, mediante el procedimiento señalado en el artículo 553, el incidente destinado a hacer la regulación de los perjuicios, frutos y demás prestaciones de la misma índole.

«Otra interpretación distinta a la aquí adoptada dejaría sin posibilidad de aplicación la regla, de carácter general, que domina el sistema: "En el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia".

«Ni qué decir tiene que jamás puede ser materia de duda el hecho de que, procesalmente, la actuación cuyo objeto es el de fijar el *quántum* de las prestaciones jurisdiccionalmente establecidas en abstracto, tienen un mero carácter incidental, conforme lo expresa la ley y lo reconoce explícitamente la doctrina de los Tribunales. La Corte ha dicho, a este respecto, lo que se transcribe de uno de los numerosos fallos sobre esta materia:

"La principal razón es la de que conforme a las regulaciones del Código de Procedimiento Civil (Capítulo 1º del Título XV), las sentencias de los jueces pueden cumplirse en dos formas: dentro del mismo juicio, mediante un incidente posterior, o por el ejercicio de otro juicio, generalmente de carácter ejecutivo.

"El primer sistema tiene cabida cuando en la sentencia se condena a pagar una cantidad iliquida por frutos, perjuicios u otra cosa semejante, según lo ordena el artículo 553 de aquella obra. En tal caso, la ejecución de la sentencia tiene el carácter de un incidente anexo al juicio principal, hace parte de él, y es la única vía procesal señalada en la ley para alcanzar aquellos fines. No podría, por ende, la parte favorecida por el fallo optar entre promover el incidente o seguir un juicio especial u ordinario, pues ninguna norma procedimental autoriza esta actitud. Tanto es así que la misma disposición citada prescribe que el auto interlocutorio por medio del cual se aprueba la liquidación, o la regule, presta mérito ejecutivo". (*Gaceta Judicial*. Tomo LXI, páginas 541 y siguientes).

«Pero no solamente del examen exegético de los textos surge muy clara la conclusión por usted sostenida, pues es posible robustecerla jurídicamente mucho más con argumentos de otro linaje, como serían por ejemplo, los que en seguida enuncio:

«1º Lo inicialmente expuesto —sobre los propósitos y la orientación fundamental de la vigente legislación sobre lo contencioso administrativo, en cuanto instituyó las acciones de plena jurisdicción para hacerles producir—en el vasto campo de las controversias en que el Estado y las personas públicas secundarias son parte las mismas consecuencias e idénticos efectos de los que tendrían si las decisiones se originaran en justicia común. Por tal motivo es obvio que, dentro de ese criterio y salvo disposición en contrario, en todo lo concerniente a la solución de las contenciones administrativas predomina siempre el criterio que mejor se ajuste y adecúe a la estructura esencial de la jurisdicción especial en materia administrativa, como es el cumplimiento de sus propias resoluciones.

«2º Es manifiestamente opuesto y contradictorio con el sistema de la ley procesal civil que conociera del incidente de que se habla un Juez o Tribunal distinto al que decidió el litigio, ya que la autoridad ante la cual se desarrolló el pleito y estableció en su sentencia las bases para determinar cuantitativamente la condenación tiene mayores y más cabales elementos de convicción para ejecutar lo resuelto; y por ello, sólo en el evento de necesitarse iniciar una nueva acción es jurídicamente aceptable el traslado o desplazamiento de la competencia de los organismos contencioso administrativos a la órbita de la justicia común.

«Un criterio distinto conduciría a desconocer elementales conceptos de economía procesal y de unidad en las actuaciones jurisdiccionales.

«3º La solución de que sean los jueces ordinarios quienes conozcan del incidente sobre cumplimiento de los decretos de condena adoptados por los Tribunales Administrativos o el Consejo de Estado, en sus respectivos casos, tiene el inconveniente de que como la competencia de los primeros se gobierna por los estrictos ordenamientos del Código de Procedimiento Civil, y, por consiguiente, están imperativamente obligados a aplicar la regla contenida en el artículo 550, en su último inciso, sobrevendría fatalmente un conflicto de jurisdicción de carácter negativo, en cuya solución —conforme a los mandatos de los artículos 146 y siguientes del Código de lo Contencioso Administrativo— prevalecería, en último extremo, la insistencia de los funcionarios judiciales; lo que vale tanto como decir que la competencia, motivo del desacuerdo, quedaría siempre radicada en los organismos especiales de la justicia administrativa».

(Ponencia del Consejero doctor Eduardo Piñeros y Piñeros).

Redactado el proyecto del fallo por el honorable Consejero doctor Ildefonso Méndez, la Sala no aceptó sus puntos de vista y dispuso pasara el Consejero de opinión contraria que sigue en turno para la redacción del proyecto definitivo, para lo cual se considera:

I

El fondo de la cuestión se reduce a definir si el trámite establecido por el artículo 553 del Código Judicial contenido dentro del Capítulo 1º del Título XV de la misma obra y a que hace referencia el artículo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo, puede considerarse como un juicio distinto de aquel en que se produjo la condenación ilíquida, o es un incidente dentro del mismo juicio.

Porque si es lo primero, entonces resulta sumamente claro, de acuerdo con las normas establecidas en el Capítulo del Código de Procedimiento Civil, que la competencia la tendrían los jueces ordinarios siguiendo las disposiciones comunes. Si es lo segundo, tratándose de un incidente, corresponde decidirlo a quien conoció del juicio en primera o única instancia, según se previene en el mismo Capítulo 1º del Título XV del Código Judicial.

Debe anotarse, aparte de las consideraciones que la Sala hará más adelante, que la interpretación del artículo sería la de que en caso de condenaciones ilíquidas correspondería siempre a los jueces comunes,

según el artículo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo, si esta disposición dijera simplemente:

> «Las condenaciones de otro orden en favor o en contra de la Administración, se regirán por las reglas del Capítulo 1º, Título XV del Código Judicial. La competencia la tienen los jueces ordinarios».

Pero al agregar el legislador la expresión «según las disposiciones comunes», está condicionando esa competencia a esas disposiciones comunes del Capítulo en referencia, lo cual quiere decir que «el *juicio* que deba seguirse para ejecutar la resolución judicial (proveniente en este caso de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) debe promoverse ante el Juez o Tribunal competente, conforme a las reglas generales de competencia» (artículo 550 del Código Judicial). Pero cuando, como en el caso de autos, no se requiere juicio aparte para el cumplimiento de la sentencia, sino simplemente un incidente de regulación del *quántum* ya ordenado en la sentencia, la competencia le corresponde, según ambos códigos, el contencioso administrativo y el judicial, «al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia» (inciso 2º del artículo 550 del Código Judicial).

Que la regulación de frutos, perjuicios u otra cosa semejante, no es un juicio sino un incidente o sea una controversia o cuestión accidental que requiere una decisión especial (artículo 391 del Código Judicial) lo está diciendo el propio artículo 553 ibidem cuando dice que si la liquidación motivada y especificada es objetada, «el incidente se abre a prueba por el término de quince días». Y cuando afirma que «El *auto* en que el Juez apruebe la liquidación o la regule, es apelable *como interlocutorio* y presta mérito ejecutivo». Bien sabido es que la decisión que pone fin a un juicio no es auto interlocutorio, el cual esté sujeto a recursos de reposición o súplica, sino una sentencia que no tiene otro recurso que el de pedir su aclaración.

Es claro que hay incidentes que ponen fin a un juicio, pero en forma alguna pueden confundirse con los juicios mismos y menos su decisión puede equipararse a una sentencia.

La Corte Suprema de Justicia en numerosas doctrinas le ha asignado el carácter de incidentes a los de regulación de perjuicios, frutos, etc., de que trata el artículo 553 del Código Judicial.

En auto de la Sala de Negocios Generales, de 3 de diciembre de 1945 —*Gaceta Judicial*, Tomo LIX, página 1188— dice:

> «La naturaleza del *incidente* del artículo 553 del Código Judicial exige prontitud para la regulación de perjuicios, intereses, frutos, etc. Su redacción es un mandato imperativo, si la liquidación no se objeta "el Juez dicta auto aprobatorio". Si se objeta, se abre a prueba por quince días y vencidos "el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado".»
>
> «Se ve, pues, cómo una vez vencido el término queda precluída *esta etapa del incidente*, para que surja la subsiguiente...»

Por auto de la misma Sala de 28 de agosto de 1946 —*Gaceta Judicial*, LX, página 893— dijo la Corte:

> «Aunque el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial *no constituye un juicio distinto*, no es menos cierto que la ejecución del fallo bajo este sistema adquiere individualidad propia y es, además, posterior a la cuestión de fondo ya decidida. *Dentro del incidente* las partes pueden solicitar la apertura a pruebas y adoptar los medios que consideren convenientes para la mejor defensa de sus derechos».

Posteriormente, en 27 de marzo de 1947 dijo la misma Sala *(Gaceta Judicial,* Tomo LXII, página 242):

> «El cumplimiento de los fallos que contienen condenaciones referentes a cantidades iliquidas por frutos, perjuicios y otras de la misma indole, se verifica de acuerdo con las reglas conocidas del articulo 552 del Código Judicial. El conjunto de estas normas *conforma el incidente de regulación,* el cual remata según las palabras del Código, con el auto interlocutorio que, por ministerio de la ley, presta mérito ejecutivo».

De manera que según la Corte, el procedimiento del articulo 553 del Código Judicial es un incidente, su terminación es un auto interlocutorio, el que recurrido debe someterse al procedimiento de los autos interlocutorios y no de las sentencias y que tal incidente «no constituye un juicio distinto», aun cuando tenga una individualidad propia *sui géneris.*

De aquí resulta inválido el argumento de que a pretexto de claridad del precepto legal deba, según el articulo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo, asignarse la competencia a los jueces ordinarios, porque ya se ha dicho que al agregar el citado articulo la expresión «según las disposiciones comunes», está diciendo que debe acudirse a las disposiciones del Código Judicial para la ejecución de los fallos o sea el Capitulo 1º del Título XV, libro 2º de esa obra, que establece que si para el cumplimiento del fallo hay que seguir un juicio distinto, la competencia corresponde al Juez o Tribunal que deba conocer de ellas según las reglas generales (inciso 1º, articulo 550) y si para cumplir el fallo no se necesita de otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera instancia.

Aquí, como se ha demostrado que para cumplir la sentencia del Consejo, no hay que seguir un juicio distinto porque el procedimiento señalado es el del incidente de regulación de que trata el articulo 553, luego su conocimiento corresponde a quien conoció del asunto en primera instancia, o sea al Tribunal Administrativo de Bogotá.

Así se ve cómo el sentido del articulo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo es claro, y no se puede desatender su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Lo que resultaria confuso y equivocado seria asignar la competencia para conocer de un incidente a quien no conoció del juicio principal ni en primera ni en única instancia, violando esas disposiciones comunes a que se refiere el articulo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo.

II

Pero hay más.

La jurisdicción es la facultad de administrar justicia, y ella corresponde a la Nación (articulo 143 del Código Judicial).

La Constitución la atribuye concretamente a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, cuando dice: «La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia». (Articulo 58 de la Constitución Nacional).

Pero, concretamente, la misma Constitución y las leyes, por razones de división de trabajo y de orden técnico, han dividido esa jurisdicción en diversos grupos, cada cual con su jerarquia propia:

1º) Jurisdicción ordinaria que regula las relaciones de los particulares por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles (articulo 1º del Código Civil); como también la represión por infracciones previstas en la ley penal, por acción u omisión. (Articulo 11 del Código Penal). (Titulo XV de la Constitución Nacional).

2º) Jurisdicción laboral, ordenada establecer por el artículo 164 de la Carta, cuya finalidad es la de lograr la justicia en las relaciones entre patronos y trabajadores dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social, por razón del derecho individual del trabajo de carácter particular y las del derecho colectivo, tanto oficiales como particulares. (Artículos 1º y 3º del Código Sustantivo del Trabajo).

3º) Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ordenada por el Título XIII y el artículo 154 de la Constitución Nacional, y que regula el control de legalidad de los actos y operaciones de la Administración por razón de la prestación de los servicios públicos y de los derechos de los particulares frente al poder del Estado. (Artículos 34, 51, 52, 53, 54, 55, 66, 67, 68 y otras muchas disposiciones del Código de lo Contencioso Administrativo).

4º) Finalmente la Jurisdicción Castrense, para el juzgamiento de los delitos cometidos por los militares en servicio activo, establecida en el artículo 170 de la Constitución, que estableció las Cortes Marciales y los Tribunales Militares, norma desarrollada por numerosas leyes y decretos.

De aquí resulta que la Constitución Nacional distribuyó en grupos jerárquicos la función Jurisdiccional del Poder Público, delimitando la órbita de cada uno de ellos.

La 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 143 del Código Judicial).

Si, como dice Corneluti, la *jurisdicción* es el *género* y la *competencia* la *especie*, y si la Constitución distribuyó la jurisdicción en grupos especiales, se tiene que, ni aun la ley puede, para variar la competencia, cambiar de jurisdicción.

Por lo tanto, un negocio que, como se pretende en el auto que se revisa, está dentro de la órbita de una jurisdicción, la contencioso administrativa, la cual lo llevó hasta definirlo completamente, no se puede cambiar de jurisdicción, sin que se vulneren las normas constitucionales que la regulan y distribuyen.

Cosa muy distinta sucede cuando para el cumplimiento de la sentencia ya dictada y definida hubiera que seguir otro juicio, que no está comprendido dentro de la jurisdicción propia, y cayera dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria, es claro que sería a ésta a la que correspondería el conocimiento del asunto.

Hay ejemplos que aclaran suficientemente la cuestión:

Supóngase que en un juicio de indemnización por trabajos públicos se dispone en la sentencia que por tratarse de una ocupación de una propiedad inmueble y por haberse condenado a la Administración al pago de lo que valga la parte ocupada, deberá por el demandante otorgarse en favor de la Administración el título traslaticio de dominio (artículo 269 del Código de lo Contencioso Administrativo). Y resulta que inconforme el interesado con el monto de la suma reconocida y con la orden de otorgamiento del título se niega a hacerlo, entonces, para cumplimiento del fallo, habrá de acudirse a la jurisdicción ordinaria para los efectos del pago por consignación y otorgamiento del título por el Juez, en reemplazo de quien se deniega a hacerlo, como lo ordenaba el fallo contencioso administrativo.

Supóngase, igualmente, que a pesar de haberse hecho las gestiones dentro del término del artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo, para que por una entidad administrativa o de derecho público se restableciera el derecho de un perjudicado por un acto, hecho u operación administrativa, ordenado en una sentencia, aquella entidad se negare a hacerlo. Resulta apenas lógico, que con base en el fallo, debería seguirse un nuevo juicio ante la justicia ordinaria para el cumplimiento de la sentencia.

Entonces, si en cualquiera de estos casos la competencia corresponde a la jurisdicción de los jueces comunes, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo 1º del Titulo XV del Código Judicial, «Ejecución de las resoluciones de los Jueces colombianos», o sea, como dice el artículo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo, «la competencia corresponde a los jueces ordinarios, según las disposiciones comunes».

En el caso de estudio no se trata de un juicio para el cumplimiento de una sentencia del Consejo, sino de un incidente de regulación para el pago de una cantidad iliquida, cuyas bases se dejaron predeterminadas en la sentencia.

Proceder en otra forma sería romper la continencia ya aprehendida de una causa ya fallada, con violación de claros preceptos no solamente de economía procesal sino de la misma Constitución Nacional, como se ha visto.

III

Corresponde a la Sala dilucidar cómo se hallan estas cuestiones previas, si se acepta la declaración de perjuicios presentada por el doctor Alberto Preciado Peña, por la suma de doscientos cuarenta y tres mil trescientos ochenta y ocho pesos ($ 243.388.00), la que fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en auto de 4 de febrero de 1953, objeto del recurso ante el Consejo.

Cabe en primer término anotar que al serle corrido al señor Personero Municipal el traslado de la liquidación motivada y especificada, este funcionario solicitó reposición de aquella providencia, fundándose en la incompetencia de jurisdicción del Tribunal para conocer del negocio y manifestó que: «me abstengo de formular la correspondiente objeción a la liquidación, lo cual haré ante la justicia ordinaria».

Posteriormente el mismo funcionario manifestó que impugnaba la liquidación presentada por la parte actora y solicitaba se abriera el incidente a prueba, a lo cual accedió el Tribunal, no obstante eso, no se pidió prueba alguna para fundamentar las objeciones propuestas.

La parte actora, en cambio, solicitó que los peritos que habían actuado en el juicio, ampliaran su dictamen, de acuerdo con las bases de la sentencia proferida por el Consejo de Estado.

El Tribunal acogió esta petición y ordenó que se ampliara la pericia que ya se había practicado en el curso del juicio.

Los peritos ampliaron el experticio y en forma fundamentada y que no deja dudas se reafirmaron en sus primitivos puntos de vista y agregaron algunas consideraciones tendientes a demostrar que el primitivo dictamen se refirió a productos o utilidades liquidas, y hechos los previos descuentos de los gastos de explotación y demás señalados en la sentencia del Consejo de Estado, como deducibles de las sumas estimadas como perjuicios.

A la ampliación del dictamen no se le hicieron por el representante del Municipio de Bogotá objeciones de fondo. Se limitó el señor Personero a impugnar el hecho de que dentro del incidente los peritos han debido ser distintos de los que actuaron en el juicio principal; pero esta tacha fue desvirtuada por el Tribunal Administrativo con sólidos argumentos, los que en forma alguna han sido rebatidos.

El Consejo estima, por su parte, que aun cuando tendría facultad para apartarse de las conclusiones a que llegaron los peritos, si en su concepto éstas no estuvieran suficientemente fundadas, comparando lo que aquéllos expresaron en su dictamen original y las aclaraciones que hicieron en la ampliación dentro del incidente, se llega al convencimiento de que la pericia está sólidamente fundamentada, que en ella se tuvieron en cuenta todos los factores determinantes de las cantidades que dejaron señaladas como perjuicios y que ellas se refieren a utilidades ne-

tas dejadas de percibir por la sociedad demandante por razón del acto administrativo demandado.

Por las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, REVOCA su propio auto de fecha seis (6) de mayo de mil novecientos cincuenta y tres (1953) que, a su turno, revocó el proferido con fecha cuatro (4) de febrero de este mismo año por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y declaró nulo por incompetencia de jurisdicción el incidente allí seguido, para liquidación y regulación de los perjuicios previstos en la sentencia del Consejo de Estado, y en su lugar RESUELVE:

CONFIRMASE en todas sus partes el auto recurrido dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el cuatro (4) de febrero de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ildefonso Méndez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez.—Luis E. García V., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR ILDEFONSO MENDEZ

Expongo a continuación los motivos que me obligaron a apartarme de las conclusiones de la mayoría de la Sala en la anterior providencia:

La Compañía Bogotana de Teatros, S. A., solicitó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad del Decreto número 449, de 14 de diciembre de 1948, expedido por la Alcaldía de Bogotá, por medio del cual se clausuró el salón de cine «Nuevo Teatro», ubicado en la carrera 7ª número 12-26, de esta ciudad.

La demanda fue fallada desfavorablemente en la primera instancia, mas el Consejo revocó la sentencia y en su lugar, previa anulación del acto demandado, condenó al Municipio de Bogotá al pago en abstracto de los perjuicios causados.

La compañía demandante procedió a formular ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el trámite del artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, la liquidación motivada y especificada de los perjuicios sufridos, en su decir; liquidación que fue aprobada por la mayoría del Tribunal con el fundamento de no haberla objetado el Personero del Municipio.

Como el Personero desde un principio alegó la incompetencia del Tribunal para conocer de esa demanda, consecuencialmente no aceptó la providencia y apeló de ella para ante el Consejo. El recurso fue resuelto por unanimidad, declarando nulo, por esta causa, el incidente, mas a virtud de un nuevo recurso de reposición del apoderado de la compañía demandante, la Sala del Consejo, por mayoría, revocó su resolución, con los siguientes argumentos:

1. Que por ser tal trámite un incidente, la competencia para conocer de él corresponde al Tribunal que conoció del juicio.

2. Que el artículo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo, al estatuír que la competencia en las condenaciones distintas a las de pago de una suma líquida de dinero se rigen por las reglas del Capítulo XV del Código de Procedimiento Civil, y que «la competencia la tienen los

jueces ordinarios, según las disposiciones comunes», está diciendo que debe acudirse a las normas de este Código que establecen que si para el cumplimiento del fallo hay que seguir un juicio distinto, la competencia corresponde al Juez o Tribunal que deba conocer de él, según las reglas generales, y que si no se requiere otro juicio, su ejecución corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia, porque al agregar el legislador la expresión «según las disposiciones comunes», sometió la competencia a esas disposiciones comunes.

3. Que si el artículo 123 del Código de lo Contencioso Administrativo asignara la competencia a la jurisdicción ordinaria «para la regulación de una cantidad ilíquida cuyas bases se dejaron predeterminadas en la sentencia», cuando no se trata de seguir un nuevo juicio sino sólo un incidente, sería inaplicable, porque dicho trámite es el que define completamente el juicio y, por lo tanto, está dentro de la órbita de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por mandato constitucional.

CRITICA DE LOS RAZONAMIENTOS:

Para mayor inteligencia de la cuestión transcribo las disposiciones pertinentes:

Código de lo Contencioso Administrativo

«Artículo 120. Las sentencias firmes dictadas por el Consejo de Estado o por los Tribunales Administrativos se comunican como se previene en el artículo 132, salvo que deban cumplirse por estas mismas entidades, de conformidad con esta ley o con disposiciones especiales.

«Artículo 121. Las autoridades, corporaciones o funcionarios de todo orden a los cuales corresponda la ejecución de una sentencia de los organismos de lo contencioso administrativo, dictarán dentro del término de treinta días, contados desde su ejecutoria, la resolución competente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para el debido cumplimiento de lo resuelto.

«Artículo 122. Cuando la Administración hubiere sido condenada al pago de una cantidad liquida de dinero, deberá acordarlo y verificarlo en la forma que determinen las disposiciones legales referentes al pago de las obligaciones y deudas del Estado, los Departamentos, Municipios y otras personas administrativas.

«Artículo 123. Las condenaciones de otro orden, en favor o en contra de la Administración, se regirán por las reglas del Capítulo 1º, Título XV, del Código Judicial. La competencia la tienen los Jueces ordinarios, según las disposiciones comunes».

Código de Procedimiento Civil:

«Artículo 550. El juicio que haya de seguirse para ejecutar una resolución judicial debe promoverse ante el Juez o Tribunal a quien corresponda el conocimiento, conforme a las reglas generales sobre competencia.

«En el caso de que para cumplir el fallo no se requiera seguir otro juicio, la ejecución de aquél corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia.

«Artículo 553. Si en la sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios, u otra cosa semejante, la parte favorecida, al pedir el cumplimiento del fallo, hace una liquidación motivada y especificada, de la cual se da traslado a la contraparte por el término de cinco días.

«Si la liquidación no es objetada, el Juez dicta auto aprobatorio de ella; si es impugnada, se abre el incidente a prueba por el término de quince días, vencido el cual el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado.

«El auto en que el Juez apruebe la liquidación o la regule, es apelable como interlocutorio y presta mérito ejecutivo».

Considero:

El artículo 122 contempla la manera como debe procederse cuando la condena es por una cantidad líquida de dinero.

El artículo 123 se refiere a las condenaciones de otro orden, entre ellas las ilíquidas.

Como es fácil apreciar, se trata de la exégesis de una norma de claridad solar —el artículo 123—, de forma que no le es dable a la mayoría de la Sala hacer de ella una interpretación distinta de la literal, por las siguientes razones:

Rezan los siguientes artículos del Código Civil:

«Artículo 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

«Artículo 31. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes».

El doctor Rodríguez Piñeres, en su *Curso Elemental de Derecho Colombiano,* Tomo I, números 130 y 131, al comentar los ordenamientos transcritos, conceptúa:

«120. Regla fundamental. "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu": verbis legis tenaciter inhaerendum (a. 27, 1º).

«En esta regla se basa principalmente la responsabilidad de los juzgadores, puesto que si ellos tuvieran potestad amplia para hacer decir a las leyes cosa diversa de lo expresado literalmente en ellas, se convertirían en legisladores irresponsables y desaparecería la seguridad social, desde el punto de vista de la correcta administración de justicia.

«Empero, no obstante el modo perentorio como la ley sienta este principio, y los fundamentos en que se apoya, es forzoso obedecerlo con ciertas restricciones.

«131. Casos en que debe interpretarse un texto claro. En efecto, casos hay en que el legislador, falible como todos los hombres, ha podido sufrir un error y decir precisamente algo diverso de lo que quiso expresar, y en hipótesis tal razón será no darle aplicación al texto erróneo, en el sentido que indique su tenor literal: non enim lex quod scriptum est. Sed quod legislator voluit...»

El mismo expositor concluye que hay necesidad de interpretar la ley, en las cuatro hipótesis siguientes:

«1. La de que el texto sea claro en su tenor literal, pero contrario éste al pensamiento del legislador;

«2. La de que el texto no sea claro en su sentido;

«3. La del silencio de la ley, y

«4. La de la existencia de textos contrarios entre sí».

Aplicando, pues, estos principios de hermenéutica al caso concreto de autos, afirmo que el artículo 123 es claro en su tenor literal y en su sentido; que no se ha demostrado que la interpretación dada por el Consejo en la providencia reclamada sea contraria al pensamiento del legislador —tanto más cuanto bien se puede pensar que así se hizo porque la fijación del quántum de una condena in génere no es cuestión propiamente administrativa, sino de derecho común—; que no se contempla en él ningún vacío ni contrariedad que haga recurrir a otros textos legales; y que, además, cuando la ley no distingue no le es permitido a su intérprete distinguir, como lo hace la mayoría de la Sala.

No discuto que el trámite previsto por el artículo 553 del Código de Procedimiento Civil, es un incidente, no obstante que la Corte Suprema de Justicia en numerosas ocasiones lo ha considerado un verdadero juicio, mas en todo caso se trata de un incidente especial con *individualidad propia y posterior a la cuestión de fondo ya decidida:*

> «En los *juicios* sobre ejecución de sentencias, previstos por el artículo 553 del Código Judicial no son admisibles excepciones dilatorias. (Auto, Sala de Negocios Generales, febrero 11 de 1937. Tomo XLIV, página 765).
>
> «Aunque el procedimiento de que trata el artículo 553 del Código Judicial no constituye un juicio distinto, no es menos cierto que la ejecución del fallo bajo este sistema adquiere *individualidad propia,* y es además *posterior a la cuestión de fondo ya decidida.* (Auto, Sala de Negocios Generales, 28 de agosto de 1946, LX, página 893)».

En la justicia ordinaria este trámite corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia, pero no por ser un incidente, sino porque así lo ordena el artículo 550 del Código de Procedimiento Civil, mas no pasa lo mismo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde hay una norma especial que ordena que del proceso de ejecución de los fallos en condenaciones distintas a las de pago de una suma líquida de dinero conozcan los jueces ordinarios, sin hacer la artificiosa distinción, según la cual la competencia unas veces la tiene esta jurisdicción y otras la ordinaria, según se necesite seguir un nuevo juicio o un simple incidente. Tal proceso de ejecución es el trámite del artículo 553, como el juicio posterior subsiguiente que se requiera. Para llegar a esta conclusión basta la simple lectura del referido artículo, que para más veras se halla incluido en el Título de «Ejecución de las Resoluciones». El argumento de que la expresión en el artículo 123 «según las disposiciones comunes» sujeta la competencia del incidente a esas *disposiciones comunes,* lo considero errado, pues lo que somete a las *disposiciones comunes* ese ordenamiento, en mi pensar, no es la *competencia* sino la *tramitación.*

Es exacto que la justicia de lo contencioso administrativo es la única que tiene atribución constitucional para resolver sobre la validez o la nulidad de los actos de la Administración. Pero pronunciada ya la sentencia, queda cumplida la voluntad del constituyente, y de ahí en adelante la competencia para la ejecución de lo resuelto sí podía darla el legislador, como lo hizo en el artículo 123 —que por lo demás es la norma general—, a la jurisdicción ordinaria, sin incurrir en el vicio de inconstitucionalidad; y no se diga que las sentencias en que se hacen condenaciones in génere no se define completamente el juicio, pues es lo cierto que la ejecución del fallo bajo este sistema adquiere *individualidad propia y posterior a la cuestión de fondo ya decidida,* según

voces de nuestra Corte Suprema de Justicia, en la providencia antes transcrita.

No está de más anotar que no es exótico en nuestra legislación que se atribuya la competencia de recursos e incidencias de un juicio a otras jurisdicciones. Por ejemplo, en los juicios por jurisdicción coactiva, de la jurisdicción fiscal, corresponde a la de lo contencioso administrativo las apelaciones y el incidente de excepciones, por regla general, y a la ordinaria, cuando el juicio se funda en un acto de gestión de la Administración; igual cosa sucede con las tercerías, cuya competencia está asignada normalmente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, menos cuando la que se propusiere, o alguna de ellas, se funda en un acto de gestión de la Administración o un acto entre particulares (véase sentencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, de 1º de septiembre de 1944. *Gaceta Judicial* número 1016, página 452). De forma que en un mismo juicio de esta naturaleza se puede presentar el caso de que un incidente de tercería lo conozca la jurisdicción ordinaria y que el incidente de excepciones corresponda a la de lo contencioso administrativo.

También peca, en mi concepto, la providencia contra el principio expuesto en la siguiente doctrina de nuestra Corte:

> «En materia de jurisdicción ella tiene que aparecer determinada en forma *precisa* en la ley, sin que sea aceptable asignarla por interpretación o por analogía». (Sentencia, Sala Penal, febrero 16 de 1940. Tomo XLIX, página 641).

Por las razones anteriores, no comparto la tesis del doctor Miranda, quien cree que la norma en cuestión —el artículo 123— es susceptible de dos interpretaciones diferentes: una según la cual corresponde el trámite de este incidente a la justicia ordinaria, y la otra, que asigna su conocimiento al Tribunal Administrativo que conoció del negocio en primera o única instancia; ni la de la mayoría de la Sala, ya expuesta, pues según mi pensar, esa disposición sólo expresa que la competencia para conocer del incidente de regulación de la cuantía cuando hay condena en abstracto la tienen los jueces ordinarios, con la tramitación ordenada por el artículo 553 del Código Judicial, porque estimo que la fijación del quántum es el primer movimiento en orden a la ejecución de un fallo en que se condenó a una cantidad ilíquida de dinero.

Bogotá, noviembre veinticuatro (24) de mil novecientos cincuenta y tres (1953).

Ildefonso Méndez

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor José Urbano Múnera).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Enrique Arango Sánchez, apoderado de la señora Carmen Lozano de Perlaza, demanda la revisión de la sentencia de fecha 25 de marzo de 1952, por la cual esta Sala confirmó la Resolución del Ministerio de Educación Nacional, que negó el reconocimiento de pensión de invalidez a la referida señora Lozano de Perlaza.

El fundamento de derecho de la demanda no es otro que la tesis contraria a la sostenida por la Sala acerca del derecho a la doble pensión de invalidez: la Sala sostuvo que los maestros de escuela que hayan sido pensionados a cargo del Departamento, por invalidez, no tienen derecho a la pensión consagrada por la Ley 64 de 1947, habida cuenta de la prohibición de la doble asignación, hecha por el artículo 64 de la Constitución. Y la demanda sostiene la afirmativa.

Ahora bien: la sola disparidad de criterio del interesado no es causal de revisión de la sentencia sobre pensión. Las causales 3ª y 6ª del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, invocadas por la demanda, se refieren a casos muy distintos del actual, como son el recobrar un documento, una prueba que por sí sola da lugar a la modificación de la sentencia, y el de haber sido aumentado o disminuida la cuantía por ley posterior, o haber sido mal aplicada la cuantía vigente al tiempo de la sentencia.

De otra parte, la Sala ratifica su tesis en los siguientes términos:

El artículo 64 de la Constitución Nacional, sustituido por el 23 del Acto legislativo de 1936, prohibió terminantemente que una persona recibiese dos sueldos o asignaciones del Tesoro Público, «salvo lo que para casos especiales determinen las leyes».

La disposición sustitutiva (artículo 64 de la Codificación vigente) se limitó a modificar la forma, como puede verse en el siguiente texto:

> «Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios». (Artículo 23 del Acto legislativo número 1º de 1936.

En ejercicio de la facultad de establecer excepciones a tal prohibición, el legislador autorizó a los maestros de escuelas primarias, por medio de la Ley 114 de 1913, artículo 4º, numeral 3º, para recibir «a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento».

Pero es claro que tal autorización se refirió a las pensiones de jubilación, que fueron las creadas por dicha ley, no a las de invalidez, cuyo establecimiento data apenas del año de 1945, Ley 6ª, para empleados y obreros del Estado, en general, y del año de 1947, para los maestros de escuela primaria en particular.

Es indudable que el legislador de 1913, al autorizar la doble pensión para los maestros de escuela, tuvo en mientes la circunstancia de que la pensión nacional no excedía del 50% del último sueldo, y que la generosidad de los Departamentos no llegaría hasta el extremo de exceder del otro 50% la pensión por su cuenta, de modo que el total no pasaría del monto del sueldo de actividad, lo que ya dejaría de ser justo para ser inequitativo con los maestros en ejercicio, porque no es razonable que un maestro en retiro gane más que el que está trabajando, que sería lo que ocurriere si al maestro pensionado a cargo de la Nación, por invalidez, es decir con una cuantía igual al sueldo de actividad, se le pudiera pensionar también por el Departamento, en la misma cuantía, es decir, para completar, no simplemente más del sueldo de actividad, sino cabalmente el duplo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 1º de la corporación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión demandada por la señora Carmen Lozano de Perlaza, en el libelo de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente, previa devolución del cuaderno primitivo al Ministerio de Educación.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera. Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor Guillermo Acosta Acosta).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

El doctor Milciades Novoa Rodríguez, apoderado especial del señor Jorge Aurelio Celis, demanda la revisión de la sentencia de fecha 7 de marzo de 1944, pronunciada por el Consejo de Estado, por medio de la cual se confirmó el reconocimiento de pensión jubilatoria hecho en favor de su poderdante, por servicios prestados al magisterio primario oficial, para que se eleve la cuantía de esa prestación a la cantidad que resulte de tomar el 50% del promedio de los sueldos devengados por el beneficiario durante el último año de servicio, más el aumento autorizado por la Ley 64 de 1947.

Como se encuentra agotada la tramitación correspondiente, procede resolver.

Conforme a los hechos de la demanda, el señor Jorge Aurelio Celis obtuvo en su favor reconocimiento de pensión jubilatoria en cuantía de $ 43.75 mensuales. Luégo de disfrutar por algún tiempo de esa prestación se reincorporó al servicio del magisterio primario oficial, habiendo devengado mayores sueldos de los que se tuvieron en cuenta para determinar la cuantía de la prestación reconocida.

El señor Fiscal Primero del Consejo, en su vista de fondo se expresa en estos términos, en lo pertinente:

> «De conformidad con recientísimo fallo del honorable Consejo de Estado, la Corporación ha dicho:
>
> "El hecho de haberse retirado del servicio el beneficiario, para entrar a disfrutar de la pensión reconocida, lo privó del derecho al reajuste de la prestación con base en los mayores sueldos devengados por los nuevos servicios, pues el Consejo de Estado ha sostenido acordemente que los mayores sueldos por servicios prestados *mediante solución de continuidad,* no pueden tenerse en cuenta para el reajuste de la prestación, si por otra parte el beneficiario ha disfrutado de la pensión reconocida, como ocurre en el presente caso. Y como de esta norma no puede apartarse la Corporación, por no existir razón legal, se concluye que la revisión solicitada por el señor Arias Escobar no puede prosperar". (Sentencia del 2 de diciembre de 1952. Ponente: doctor Acosta Acosta).
>
> «El demandante alega en su favor la doctrina del honorable Consejo de Estado, en virtud de la cual no hay impedimento legal para que un funcionario pensionado perciba su pensión y devengue un sueldo como empleado público, siempre que no pase

la cuantía de lo percibido por ambos conceptos de la suma de $ 400.00, aplicando el Decreto 320 de 1949. Y transcribe el demandante algunos apartes del fallo en que el honorable Consejo sostuvo esa tesis, con ponencia del Consejero doctor Gómez Parra, apartes que dicen:

"Es lógico que si la ley faculta a los funcionarios para percibir la pensión jubilatoria y cobrar sueldos oficiales con la sola condición de que la prestación y el sueldo no sobrepasen la suma de cuatrocientos pesos, no se ve la razón jurídica para negar el reajuste a quien se encuentre dentro de los requisitos previstos por las disposiciones legales, máxime si se considera que el legislador entre las condiciones exigidas para tener derecho a la pensión de jubilación permite la acumulación de los distintos servicios prestados en cualquier época, sin tener en cuenta la entidad de servicio público que se ha beneficiado con ellos... Pues hay que presumir que la ocurrencia o compatibilidad que se viene considerando fue promulgada en beneficio de aquellos funcionarios que por una u otras circunstancias no devengan un sueldo suficiente con el cual puedan hacer frente, así sea medianamente, a las exigencias que demanda el costo de la vida".

«Nada se dice en este fallo, ni en el posterior dictado en el caso de Luis E. Osorno, sobre *continuidad* de los servicios de que habla la sentencia del 2 de diciembre en curso; antes bien, en el caso del señor Osorno se trataba de servicios discontinuos prestados con posterioridad al reconocimiento de la pensión jubilatoria. Por lo demás, el artículo 33 de la Ley 6ª de 1945, que es la base de estos pronunciamientos, parece dar a entender que los servicios pueden ser continuos o discontinuos, pues dice: "Los trabajadores oficiales jubilados podrán desempeñar cargos públicos y continuar recibiendo la pensión, siempre que el valor conjunto del sueldo y la jubilación no pase de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales". Es claro que el caso más frecuente sería el de un pensionado que estando en disfrute de una pensión insuficiente, consigue un cargo cuya remuneración, juntamente con la pensión, no pase de $ 400.00, pero en forma que la nueva remuneración por los nuevos servicios, haga posible luégo el aumento de la pensión por medio del reajuste.

«El nuevo fallo del honorable Consejo, de hace apenas dos días, viene a definir que en este caso el reajuste es imposible, pues según tal pronunciamiento "...los mayores sueldos por servicios prestados *mediante solución de continuidad* no pueden tenerse en cuenta para el reajuste de la prestación, si por otra parte el beneficiario ha disfrutado de la pensión reconocida..."

«Tratando de armonizar los dos proveídos del honorable Consejo se concluye, entonces, que la revisión para estos casos de que se viene hablando y el consiguiente reajuste, queda circunscrito así:

«1º No hay impedimento legal alguno para que un empleado público obtenga su pensión de jubilación y la cobre y al mismo tiempo desempeñe un cargo oficial y cobre sueldo, siempre que el total del cobro no pase de cuatrocientos pesos.

«2º Puede más tarde obtener por medio de la revisión el reajuste y aumento de su pensión, pero para que ello sea posible, los servicios deben ser continuos; si ha habido solución de continuidad no hay lugar a reajuste.

«3º Forzosamente se concluye, de la última doctrina transcrita, que puede operar el reajuste por medio de la revisión, teniendo en cuenta los nuevos servicios, si por otra parte el beneficia-

rio NO ha disfrutado de la pensión reconocida, pero el sueldo de los mayores servicios no pasa de cuatrocientos pesos.

«En el caso de autos, por existir solución de continuidad, las peticiones de la demanda DEBEN NEGARSE, en CONCEPTO de esta Fiscalía y con apoyo en la doctrina del Consejo comentada».

Para resolver, se considera:

El artículo 33 de la Ley 6ª de 1945 establece que «los trabajadores oficiales jubilados podrán desempeñar cargos públicos y continuar recibiendo la pensión, siempre que el valor conjunto del sueldo y la jubilación no pase de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales». Cuantía esta que fue elevada a la cantidad de cuatrocientos pesos mensuales por el artículo 7º del Decreto legislativo número 320 de 1949.

Es indudable, como lo dijo esta Sala en el segundo de los fallos citados por el señor Fiscal Primero de la Corporación, que «hay que presumir que la ocurrencia o compatibilidad que se viene considerando fue promulgada en beneficio de aquellos funcionarios que por una u otras circunstancias no devengan un sueldo suficiente con el cual puedan hacer frente, así sea medianamente, a las exigencias que demanda el costo de la vida», pues, considerada a la luz del ordenamiento jurídico nacional, la facultad que la Ley y el Decreto precitados consagran en favor de los trabajadores oficiales, para percibir simultáneamente la pensión jubilatoria y cobrar sueldos oficiales con la sola condición de que la prestación y el sueldo no sobrepasen la suma de cuatrocientos pesos, implica apenas un desarrollo del precepto contemplado en la Constitución Nacional en los siguientes términos:

«Artículo 64. Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por Tesoro Público el de la Nación, los Departamentos y los Municipios».

Pero de que esto sea así, como en realidad lo es, no puede admitirse que el funcionario público que se encuentre en tales condiciones tenga derecho, por esta sola consideración y en razón de los mayores sueldos devengados con posterioridad al reconocimiento de la pensión, al reajuste de la prestación, como parece darlo a entender el demandante cuando invoca, como fundamento de derecho de sus pretensiones, el fallo de que se acaba de hacer mérito.

El recurso sobre revisión de las sentencias que se hubieren dictado sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero, consagrado en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, constituye una excepción al principio de la cosa juzgada y solamente es procedente en los casos taxativamente enumerados en el artículo 165 del mismo Código y, para la viabilidad en juicio, es requisito indispensable que la demanda indique *precisamente la causal en que se funda* (subraya la Sala).

En el libelo de demanda invoca el doctor Milciades Novoa Rodríguez las causales 3ª y 6ª del artículo últimamente citado y que se hallan enunciadas así:

«3ª Cuando después de conferido o denegado se recobren piezas decisivas con las cuales hubiera podido pronunciarse una decisión distinta;

«6ª Cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuida por disposición posterior al reconocimiento, o cuando la que sirvió de fundamento a éste fue mal aplicada o interpretada».

No es el caso de hacer consideración alguna, en cuanto a la primera de las causales aludidas, por cuanto que el actor se abstuvo de producir las piezas decisivas pertinentes, y, sabido es que toda decisión proferida por el órgano jurisdiccional del poder público «se funda en los hechos de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley». Principio que consagra expresamente el artículo 593 del Código Judicial y cuya aplicación autoriza el 282 del Código Contencioso Administrativo.

El reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación de $ 43.75 moneda legal mensuales, efectuado a favor de Jorge Aurelio Celis, por medio de la Resolución número 16, de 21 de febrero de 1944, confirmada por la sentencia del Consejo de Estado, de cuya revisión se trata, tuvo como fundamento las normas consagradas en los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 114 de 1913, vigentes en la época en que fue proferido, y, por lo mismo, no cabe pensar siquiera que hubiera habido mala aplicación o indebida interpretación de tales disposiciones.

En cambio, la cuantía si ha sido aumentada por disposiciones posteriores al reconocimiento, como lo son las contempladas en las leyes 24 y 64 de 1947, a que se refiere el demandante, cuya aplicación es de rigurosa exigencia en el caso sub-lite. Sólo que, como el beneficiario «disfrutó por algún tiempo de la pensión reconocida y fue reintegrado al servicio de la educación oficial del Departamento de Cundinamarca, el primero de mayo de 1948», según lo afirma el demandante en el hecho tercero del libelo, quedó roto el vínculo o relación de derecho entre el funcionario y el Estado, en cuanto a las prestaciones sociales debidas por éste a aquél, y, por ende, no es el caso de tener en cuenta, en cuanto a la revisión se refieren, y solamente para este efecto, los mayores sueldos devengados con posterioridad al reconocimiento, y es así como tiene plena vigencia la doctrina sentada por esta misma Sala en la sentencia de fecha dos del presente mes y año, quedando a salvo, naturalmente, los derechos que por la nueva prestación de servicios al Estado se originan a favor del peticionario y que bien puede ejercitar en la acción que corresponda y ante la autoridad competente.

De lo anterior se deduce que el derecho que asiste al demandante y que habrá de serle reconocido por el Consejo de Estado es tan sólo aquel que por virtud de las Leyes 24 y 64 de 1947 tiene, para que la cuantía de la prestación otorgada sea acomodada a tales normas. Entonces, habiendo devengado el beneficiario un sueldo promedio de $ 90.00, en el año anterior al otorgamiento de la pensión le corresponde, por tal concepto, el 50% de tal promedio, más el aumento del 40%, o sea la cantidad total de $ 63.00 mensuales, conforme a los textos legales últimamente citados.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo en parte con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVISA su propio fallo de fecha 7 de marzo de 1944, para disponer, como en efecto dispone, que a partir de la ejecutoria de esta providencia se pague en cuantía de sesenta y tres pesos ($ 63.00) mensuales la pensión jubilatoria reconocida al señor Jorge Aurelio Celis.

Niégase la petición referente al aumento de la cuantía de la prestación de que se trata, con base en los mayores sueldos devengados por el beneficiario en el año anterior a su separación definitiva del servicio oficial, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Con salvamento de voto, *Pedro Gómez Parra; Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza.—Alfonso Gómez Hernández,* Oficial Mayor.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR PEDRO GOMEZ PARRA

Con todo respeto fundo el salvamento de voto del anterior fallo en las propias razones expuestas en la sentencia del honorable Consejo, de que fue ponente el suscrito y de que hace mérito la vista de fondo del señor Fiscal.

Fecha: ut supra.

Pedro Gómez Parra

José A. Gaitán A., Oficial Mayor.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor Manuel A. Dangond Daza).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintiséis de febrero de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Adolfo Gómez Támara, obrando como apoderado del señor Marco Tulio Quintero, demanda la revisión de la sentencia del 16 de octubre de 1947, por medio de la cual el Consejo de Estado al confirmar, en grado de consulta, la Resolución número 473, del 1º de agosto del mismo año, originaria del Ministerio de Educación Nacional, reconoció a su representado una pensión mensual vitalicia de *jubilación,* de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 114 de 1913, para que, previos los trámites legales, la Corporación declare:

«*Primero.* Que el maestro de escuela, Marco Tulio Quintero, tiene derecho al reajuste de su pensión, la que debe serle pagada en la cuantía íntegra de su sueldo, por ser inválido, desde antes de la fecha de su retiro, de acuerdo con las certificaciones médicas que aparecen en el expediente que levantó el interesado para conseguir que se le decretara pensión;

«*Segundo.* Que la pensión que devenga el actor, reajustada, fijándole la totalidad del sueldo que devengaba en servicio activo, y que era de $ 200.00, según certificación que se acompaña a este libelo, debe serle pagada desde la fecha de su retiro, reconociéndole el derecho que tiene para reclamar el excedente;

«*Tercero.* Que el actor, como inválido, tiene derecho a que el Consejo de Estado, en la sentencia que desate esta demanda, le reconozca las prerrogativas a que es acreedor por su situación, de acuerdo con la legislación social vigente y con los preceptos constitucionales que mandan amparar a los servidores del Estado».

Y como HECHOS de la demanda expone los siguientes:

«a) El actor, Marco Tulio Quintero, prestó servicios en el ramo docente durante más de 20 años y levantó y solicitó del Ministerio de Educación el reconocimiento de su pensión de jubilación, la que le fue reconocida por medio de la Resolución número 473 de 1947 (agosto 1º);

«b) La Resolución del Ministerio de Educación, que le concedió una pensión de jubilación equivalente a la mitad del sueldo que devengaba, fue confirmada por ese honorable Consejo de Estado, mediante fallo del 16 de octubre de 1947, cuya revisión se pide en este libelo;

«c) El actor padecía de invalidez total y absoluta desde antes de la fecha de su retiro y su pensión debió reconocérsele por invalidez, en la cuantía íntegra de su remuneración; que es lo que ahora se solicita por medio de esta demanda».

Rigió el trámite de la demanda el articulo 167 del Código de lo Contencioso Administrativo y en la oportunidad legal el señor Agente del Ministerio Público, Fiscal 2º de la Corporación, doctor Nicolás Torres Niño, al traslado de la demanda dio respuesta en los términos que a continuación se transcriben:

.....

«La pensión le fue conferida al señor Quintero en consideración a encontrarse "incapacitado para continuar en el servicio", por no registrar la edad de 50 años que exige la Ley 114 de 1913, articulo 4º

«En tales circunstancias, no procede, a juicio de esta Fiscalía, la revisión que se solicita de la referida sentencia para sustituir la pensión de *jubilación* reconocida al señor Quintero por la de *invalidez*, y elevar, en consecuencia, la cuantía a la totalidad del último sueldo por él devengado, de conformidad con el articulo 4º de la Ley 64 de 1947, porque cuando se produjo el retiro del demandante, y se hizo el reconocimiento no regía aún el mencionado estatuto, sino aquel en que se apoyó la resolución ministerial y el fallo del honorable Consejo de Estado que la confirmó, y según la cual, para el reconocimiento de pensión de jubilación se requiere, entre otros requisitos, haber cumplido 50 años de edad o, en su defecto, "que se halle en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.

«Además, ninguna de las causales de revisión expresadas en el articulo 165 de la Ley 167 de 1941 encaja en el caso *sub-júdice*, pues lo que se pretende es cambiar una prestación ya reconocida por otra de naturaleza completamente distinta, creada por una norma legal de vigencia posterior a su otorgamiento.

«Por último, conviene observar que si bien en la sentencia de 16 de octubre de 1947 se da por establecida la incapacidad permanente del señor Quintero para continuar al servicio del magisterio, no está demostrado que tal incapacidad haya sido afirmada por los médicos, de que trata el Decreto reglamentario de la citada Ley 64 de 1948.

«En consecuencia, soy de parecer se nieguen las peticiones de la demanda de revisión a que me he referido».

No hay, dentro de las que taxativamente enumera la ley, CAUSAL que permita la REVISION del fallo de 16 de octubre de 1947, por medio del cual el Consejo de Estado confirmó la Resolución número 473 del 1º de agosto del mismo año, dictada por el Ministerio de Educación Nacional, y que en beneficio del señor Marco Tulio Quintero hizo el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación.

El señor apoderado del demandante, doctor Adolfo Gómez Támara, echó mano de las que consagran los ordinales 3º y 6º del articulo 165 de la Ley 167 de 1941. Pero, como es fácil advertirlo, los hechos allí contemplados no han tenido ocurrencia en el caso de autos, pues ni se han recobrado piezas decisivas con las cuales hubiera podido pronunciarse una decisión distinta, ni la cuantía de la pensión de *jubilación* de que disfruta el señor Quintero, ha sido en manera alguna *aumentada* por disposición posterior a su reconocimiento. Esto es indiscutible.

Al señor Marco Tulio Quintero se le reconoció en el mes de agosto de 1947 una pensión de *jubilación*, con base en lo dispuesto por el articulo 4º de la Ley 114 de 1913, es decir, por haber servido en el ramo docente por un lapso mayor de 20 años y hallarse incapacitado para ganar lo necesario para su sostenimiento.

Con la comprobación de su incapacidad llenó el demandante, a falta de la edad de cincuenta (50) años, aquel otro de los extremos o condiciones que en los servidores del ramo docente y de conformidad con la disposición ya citada determinan el derecho a la prestación denominada pensión de *jubilación*.

Sentado lo anterior, no se puede ni legal, ni jurídicamente sostener que sea de *invalidez* la pensión de que disfruta el señor Quintero, con miras a obtener la elevación de su cuantía. La resolución de reconocimiento y el fallo del Consejo de Estado, que la confirmó, no dejan dudas al respecto. Por otra parte, la prestación así llamada, sólo en el año de 1947 fue consagrada por la Ley 64. Y en tales circunstancias la inutilización o imposibilidad físicas sufridas al término de los 20 años de servicio, dábanle derecho *únicamente* a la *jubilación*, voz esta última empleada por la Ley 114 en su significado exacto, pues que según el Diccionario de la Real Academia Española, *jubilar* significa:

> «Eximir del servicio, por razón de ancianidad o imposibilidad física, a la persona que desempeña o ha desempeñado algún cargo civil, señalándole pensión vitalicia en recompensa de los servicios prestados».

Y al decir del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia:

> «No se conceden jubilaciones sino a los empleados que pasen de cincuenta años de edad *o a los que por sus achaques se hallen en absoluta imposibilidad de servir;* debiendo en ambos casos tener *a lo menos veinte años de servicio*». (Subraya la Sala).

Y fue precisamente por haber cumplido el señor Marco Tulio Quintero más de 20 años al servicio del magisterio y hallarse *imposibilitado* para ganar lo necesario para su sostenimiento que el Ministerio de Educación Nacional y el Consejo de Estado le reconocieron una pensión de *jubilación*, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 114 de 1913.

Si es rigurosamente exacto cuanto se deja dicho, ¿cómo revisar el fallo de 16 de octubre de 1947, y mediante tal revisión elevar a la *totalidad* del último sueldo devengado por el interesado, la cuantía de una prestación, cuyo monto, de acuerdo con la ley debe ser equivalente al 50% del sueldo recibido en los dos últimos años de servicio?

Análogas consideraciones a las aquí expuestas sirvieron de apoyo legal a los fallos de 12 de abril de 1951, en los juicios de *revisión* promovidos por los abogados Miguel Antonio Cárdenas y Alfonso Pérez Palacio, como apoderados de la señora Olimpia Pinzón viuda de Galvis y la señorita Clara Ramírez, respectivamente, cuya doctrina en esta oportunidad ratifica y reitera la Sala, rectificando y recogiendo aquella otra que posteriormente y en casos similares sirvió de fundamento a decisiones contrarias.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión demandada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera.—Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor Manuel A. Dangond Daza).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

Andrés Martínez Yup se retiró del servicio de los Ferrocarriles Nacionales —Departamento de Talleres, secciones de ajuste y montaje— el día 4 de julio de 1939 y en este año y por medio de las Resoluciones números 5879 y 5983 se le reconoció la suma de un mil cuatrocientos veintiséis pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 1.426.55), como auxilio de excedencia correspondiente a once años, seis meses y quince días, comprendidos entre el 25 de agosto de 1927 y el 30 de enero de 1939.

Por cuanto en las resoluciones mencionadas no se tomó en consideración un tiempo de 3 años, 9 meses y 4 días, de ellas reclamó el interesado. Y como el Consejo Administrativo no accediera a sus pretensiones, acudió entonces a la Gran Comisión de Conciliación y Arbitraje, entidad que a su favor resolvió la controversia en términos que al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales sirvieron de fundamento para dictar la providencia número 1701, de fecha 29 de noviembre de 1941, por medio de la cual se adicionaron las resoluciones atrás citadas, en el sentido de reconocer al demandante, Andrés Martinez Yup, la suma de $ 1.891.42, como auxilios de excedencia por servicios durante 15 años, 3 meses y 19 días en los Ferrocarriles del Norte, Sección Segunda, y Nordeste.

Todo lo anterior ocurrió bajo el imperio de las Leyes 1ª de 1932, 206 de 1938 y 63 de 1940, que en sus artículos 1º, respectivamente, disponían:

> «*Ley 1ª de 1932. Artículo 1º* Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años, que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro, una pensión mensual vitalicia de jubilación, según la escala siguiente...»
>
> «*Ley 206 de 1938. Artículo 1º* El personal de maquinistas, fogoneros, ayudantes de fogoneros, trabajadores de calderos, fundidores y mineros tienen derecho, al cumplir los veinte años de servicio, continua o discontinuamente, en una empresa ferroviaria, oficial o particular, a la jubilación de que habla el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, cualquiera que sea la edad».
>
> «*Ley 63 de 1940. Artículo 1º* Los beneficios establecidos por los artículos 1º y siguientes de la Ley 1ª de 1932 y 206 de 1938 se extienden a los trabajadores de los talleres de las empresas ferroviarias oficiales o particulares, al cumplir los veinte (20) años de servicios, continuos o discontinuos, cualquiera que sea la edad».

Se expidió posteriormente —en 1943— la Ley 49, sobre trabajadores ferroviarios, que en su artículo 6º dispuso:

> Los trabajadores de soldadura, tanto eléctrica como autógena, tendrán derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación al cumplir quince años de servicio, cualquiera que sea entonces su edad».

Vino más tarde, en 1947, la Ley 24, cuyo artículo 6º es del tenor siguiente:

> «El personal de las secciones de ajuste y montaje de los Ferrocarriles se asimila, para los efectos de la pensión vitalicia de jubilación, al personal de soldadura eléctrica y autógena, de que trata el artículo 6º de la Ley 49 de 1943».

Y echando mano de las disposiciones transcritas, especialmente de las dos últimas, el ex-trabajador Martínez Yup pidió al Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, en el mes de diciembre de 1947, que por tal entidad se le decretara pensión mensual vitalicia de jubilación.

El Consejo Administrativo negó por medio de la Resolución número 6056 la prestación demandada y como el Ministerio de Obras Públicas aprobara la mentada Resolución, en providencia del 11 de febrero de 1949, contra esta última se interpuso el recurso de apelación de que decidió el Consejo de Estado, revocándola y reconociendo en su lugar la pensión reclamada.

Del fallo del Consejo, proferido el 3 de noviembre de 1949, demandó REVISION el representante legal de los Ferrocarriles Nacionales, doctor Jorge de la Cruz, y sometida la demanda al trámite legal correspondiente, a dictar sentencia procede la Sala, previas las consideraciones siguientes:

En su escrito se expresa el demandante así:

> «... atentamente me presento ante la honorable Corporación, a pedir demanda de revisión contra el fallo de fecha 3 de noviembre del año en curso, que concede pensión de jubilación al ex-ferroviario Andrés Martínez Yup. Son hechos de la demanda los siguientes:
>
> «*Primero*. Lo pertinente de la parte dispositiva de la sentencia dice: "... a partir del día de su retiro definitivo de los Ferrocarriles Nacionales".
>
> «*Segundo*. Para rebatir la honorable Corporación los fundamentos expuestos por el Ministerio de Obras Públicas, en su providencia de fecha 11 de febrero de 1949, la cual aprueba la Resolución de este despacho, número 6056, de 14 de agosto de 1948, que niega la pensión de jubilación a Martínez Yup, sobre la no retroactividad de las leyes que tratan del reconocimiento de pensiones de jubilación de los trabajadores ferroviarios, el honorable Consejo de Estado argumenta en su fallo lo siguiente:
>
> "En segundo lugar, el reconocimiento se negó a Martínez Yup por haber sido retirado del servicio el 4 de julio de 1939, y no tener efecto retroactivo la citada disposición. Pero esta tesis resulta inadmisible, porque, como lo ha dicho el Consejo de Estado, 'en términos generales la legislación sobre pensiones empieza por expedirse con el ánimo de que produzca efecto retroactivo'. Además, fueron otras leyes las que crearon el derecho a la pensión vitalicia de jubilación para los ferroviarios, y esos estatutos se encontraban en vigor cuando se causó el retiro del trabajador Martínez Yup. Lo que ocurre es que nuevas disposiciones

redujeron a 15 años el tiempo de servicio que se requiere para reconocer pensión a los trabajadores de soldadura eléctrica y autógena, herrería y calderería y a los de las secciones de ajuste y montaje de los Ferrocarriles (antiguos reparadores de locomotoras); con la prerrogativa de que se consolida su derecho a dicha prestación cuando hubieren trabajado en esos por más de siete años y medio".

«Al primer punto de los hechos de esta demanda de revisión, los Ferrocarriles Nacionales exponen:

"a) Mal podría el honorable Consejo de Estado que la efectividad del reconocimiento de la pensión de jubilación de Martínez Yup es a partir del 4 de julio de mil novecientos treinta y nueve (1939), fecha del retiro definitivo de los Ferrocarriles Central del Norte, Sección 2ª, y Nordeste. Para esa fecha el legislador colombiano no había expedido el artículo sexto de la Ley 24 de 1947, disposición que es la que aplica el honorable Consejo para otorgar la prestación. El artículo 17 del Decreto número 1471 de 1932, reglamentario de la Ley 1ª del mismo año, ordena: '... se deberá desde el día en que el empleado u obrero haga la solicitud correspondiente...' Al folio 10 del expediente aparece un memorial suscrito por Andrés Martínez Yup, en el cual solicita el reconocimiento de su pensión de jubilación. Este memorial fue presentado en legal forma el día 10 de diciembre de 1947.

"b) Los Ferrocarriles Nacionales han venido sosteniendo en distintas ocasiones que lo preceptuado en los artículos 6º de la Ley 49 de 1943, 13 de la Ley 64 de 1946 y el artículo 6º de la Ley 24 de 1947 no tiene carácter retroactivo, por cuanto dichas leyes no se lo dan. En concepto de este despacho estas disposiciones establecen un doble privilegio para ciertos ferroviarios. Están exonerados de la edad de 50 años y de los 20 de servicio. Al dar retroactividad la honorable Corporación a la vigencia de estos estatutos para los trabajadores que tienen muchos años de haber sido retirados de los Ferrocarriles Nacionales, se establece una grave situación perjudicial a los intereses del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales".

«Desde que el honorable Consejo de Estado con su jurisprudencia le dio retroactividad a lo dispuesto en los artículos antes mencionados, el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales estimó que esta doctrina era equivocada y sobre ella no había hecho un estudio detenido y amplio la honorable Corporación. Y porque esto es así, la Rama Ejecutiva del Poder Público en las objeciones al proyecto de ley que eleva el monto de las pensiones de jubilación de los trabajadores ferroviarios vino a confirmar lo que el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales había sostenido sobre el particular».

«Las objeciones al citado proyecto de ley de la Rama Ejecutiva del Poder Público, que están publicadas en el *Diario Oficial* del día miércoles 22 de diciembre de 1948, bajo el número 26900, en lo conducente se expresan así:

"De ahí procede que las leyes o decretos sobre pensiones o recompensas 'no pueden aplicarse a hechos acaecidos o a épocas cumplidas antes de su vigencia', como con singular acierto y a tono con la garantía institucional consignada en el artículo 30 de la Constitución se expresa en la *Gaceta Judicial*, órgano informativo de la honorable Corte Suprema de Justicia. Realmente, aparece elemental de todo punto que las leyes de carácter social, lo mismo que las de carácter estrictamente civil, sólo pueden afectar hechos posteriores a su vigencia porque la Constitución Nacio-

nal garantiza la irretroactividad de las leyes como una tutela de los derechos patrimoniales".

«Cuando la honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 12 de noviembre de 1937, declaró exequible, por mayoría de un voto, las disposiciones acusadas de la Ley 10ª de 1934, y del Decreto 652 de 1935, tuvo la precaución de advertir en varios pasajes del fallo que esa decisión se basaba en la consideración de que solamente debían completarse los años anteriores de servicios, a los fines de la liquidación de la cesantía y en lo relativo a aquellos contratos de trabajo *que estuvieren vigentes* al tiempo de iniciarse la observación de aquellas disposiciones. Como se ve, podrían citarse infinidad de decisiones análogas, ha sido constante el celo de la honorable Corte a garantizar la permanencia de las instituciones y a la efectividad de los derechos justamente adquiridos, por ser, incluso, una cuestión de orden público.

«¿Qué tal si el ejercicio de los derechos adquiridos con justo título estuviera sometido a contingencias, entre las que bien pueden contar los cambios provocados por una legislación posterior? Aquí de las palabras de un ilustre Procurador General de la Nación, que corren publicadas en el tomo XLV, número 1929 de la *Gaceta Judicial:*

"Es francamente inconstitucional ese tipo de retroactividad por cuya virtud la ley toma del bolsillo del patrono una cierta suma de dinero y se la hace entregar al empleado a título de reajustes que, al tiempo de producirse, no creaban tal responsabilidad ni permitieron presumirla".

«Si el trabajo es una obligación social de los capaces, que debe gozar especial protección del Estado, y el contrato laboral, por lo mismo, participa del concepto de orden público, forzoso es que las autoridades de la República cuiden de su normal desenvolvimiento, con un alto sentido de responsabilidad. No de otro modo se explica que así como la Carta consagra la garantía del capital, le otorgue al trabajo en su artículo 17, en desarrollo del cual y sin contar las convenciones internacionales aprobadas sobre garantías a los trabajadores, han sido dictadas distintas leyes y antes de la reforma constitucional innumerables, que arrancan de 1915».

Por su parte, el señor Agente del Ministerio Público, al producir su vista respecto de la demanda instaurada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, hace notar cómo es principal fundamento de la sentencia, objeto de la acción revisoría, el concepto del entonces Fiscal de la Corporación, cuya parte esencial transcribe así:

«En segundo lugar, el reconocimiento se negó a Martínez Yup por haber sido retirado del servicio el 4 de julio de 1939, y no tener efecto retroactivo las citadas disposiciones. Pero esta tesis resulta inadmisible, porque, como lo ha dicho el Consejo de Estado, "en términos generales la legislación sobre pensiones empieza por expedirse con el ánimo de que produzca efecto retroactivo". Además, fueron otras las leyes que crearon el derecho a la pensión vitalicia de jubilación para los ferroviarios, y esos estatutos se encontraban en vigor cuando se causó el retiro del trabajador Martínez Yup. Lo que ocurre es que nuevas disposiciones redujeron a 15 años el tiempo de servicio que se requiere para reconocer pensión a los trabajadores de soldadura eléctrica y autógena, herrería y calderería y a los de las secciones de ajuste y montaje de los Ferrocarriles (antiguos reparadores de loco-

motoras); con la prerrogativa de que se consolida su derecho a dicha prestación cuando hubieren trabajado en esos oficios por más de siete años y medio».

Y argumentando en favor de las peticiones de la demanda de REVISION, que en su concepto deben prosperar, continúa el señor Fiscal 1º del Consejo su alegato, en los términos siguientes:

«Muy a su pesar esta Fiscalía se ve precisada a declarar que no está completamente de acuerdo con las tesis anteriores de su distinguido antecesor en el Ministerio Público y acogidas por el honorable Consejo de Estado; sería muy peligroso generalizar y extremar la tesis de la retroactividad de las leyes sociales en materia de pensiones, y especialmente, aplicándola a casos como el que se estudia. Los resultados prácticos de esta interpretación serían incalculables, por lo cual se permite el suscrito invitar muy respetuosamente al honorable Consejo a que se haga un estudio serio y a fondo sobre el particular, revisando la jurisprudencia establecida, si fuere el caso.

«En su concepto número 883, de 9 de octubre de 1951, la Fiscalía expuso lo siguiente:

"El principio de la no retroactividad de las leyes es universal y elemental. 'Racionalmente —dice un autorizado comentador— la ley, en cuanto que es una orden, una prescripción del legislador, es decir, del soberano, solamente puede tener por esfera de acción el porvenir y no el pasado. No se dan órdenes sino para el porvenir'. Y en nuestra legislación, la ley tiene efecto retroactivo 'sólo por utilidad pública, entendiendo por tal la moralidad pública y la salubridad, y en dos casos más: el del artículo 14 del Código Civil y el del 26 de la Constitución, que es el mismo artículo 44, de la Ley 153 de 1887. Cuando el legislador quiera que una ley produzca efecto retroactivo deberá decirlo expresamente y no simplemente darlo a entender. En esta materia no cabe la ambigüedad. Es claro que la legislación social es amplia y debe aplicarse e interpretarse en sentido favorable, mas no basta el extremo de producir violación de normas fundamentales y sustantativas de derecho; es igualmente obvio que la legislación social sobre pensiones viene a reconocer y compensar servicios ya prestados, pretéritos, pero desde luego esa compensación y reconocimiento sólo está destinada a producir efectos para el futuro, a partir de la vigencia de la ley, pues de lo contrario tal ley violaría abiertamente el principio consagrado de la no retroactividad'."

«Ni una coma tendría hoy que tachar o agregar la Fiscalía a los conceptos anteriores; apenas los ampliaría y reafirmaría diciendo que la legislación social no puede expedirse en términos generales con el ánimo de que produzca efecto retroactivo, como lo sostiene el fallo cuya revisión se estudia; esa legislación se expide, como es natural, con el ánimo de crear derechos que nacen con la vigencia de la misma ley; otra cuestión muy distinta es la de que al aplicarla se reconozcan servicios prestados antes de su expedición, como atrás se dijo; este sí sería el efecto RETROSPECTIVO de que habla en este negocio el señor apoderado de Martínez Yup, pero nunca el verdadero efecto retroactivo; éste se ha consumado en el caso del mismo Martínez Yup, al concederle el honorable Consejo de Estado, muchos años después de haber concluído su contrato de trabajo en forma definitiva, y habiendo recibido la prestación a que tenía derecho en la época de su retiro, una nueva prestación, no prevista entonces ni re-

motamente, creada por leyes posteriores, a las cuales el legislador no les ha dado expresamente efecto retroactivo.

«Y que las leyes sociales sobre pensiones no se expiden con ánimo de que produzcan efecto retroactivo, en términos generales, lo está diciendo el artículo 1º de la Ley 1ª de 1932, que estableció la pensión de jubilación de los empleados y obreros ferroviarios. El inciso 1º de dicho artículo expresa: "Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años, que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, *en el caso de su retiro* (subraya la Fiscalía), una pensión mensual vitalicia de jubilación, según la escala siguiente..."

«Esa frase, "en el caso de su retiro", da a entender claramente que el legislador quiso cobijar o amparar con la disposición a los empleados y obreros que en el momento de entrar en vigencia la ley habían cumplido ya, y desde luego a los que estaban en vía de cumplir, los requisitos en ella impuestos para gozar de la jubilación, esto es, veinte años de servicio y cincuenta y cinco de edad; así la ley reconoce virtualmente servicios prestados con anterioridad, con efecto retroactivo. Pero para que la disposición tuviera en parte efecto retroactivo fue dictado el inciso último del precitado artículo 1º, que dice:

"Las disposiciones de este artículo se hacen extensivas a los empleados y obreros de las condiciones antedichas que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de la presente ley".

«De consiguiente, en sentir de la Fiscalía, la Ley 1ª de 1932 no tiene efecto retroactivo para todos los ferroviarios, sin discriminaciones, que al entrar ella en vigencia estaban ya fuéra del servicio; el inciso que se acaba de transcribir es bien claro en el sentido de amparar solamente a los obreros y empleados despedidos o retirados durante el año anterior a su vigencia, que hubieran llenado las condiciones requeridas para tener derecho a la jubilación, y nada más; solamente en este sentido tiene efecto retroactivo expreso.

«Pero el caso del señor Andrés Martínez Yup, que nos ocupa, es más complicado aún. Según se vio, este señor quedó definitivamente retirado del servicio en el año de 1939, con más de quince años de servicio, pero la vigencia de leyes que exigían para tener derecho a la pensión de jubilación, veinte años de servicio, lo excluían de esa prestación, por lo cual se le reconoció un auxilio de excedencia, quedando roto su vínculo contractual con los Ferrocarriles. Vino luégo la Ley 49 de 1943, y rebajó los años de servicio a quince, pero no para todos los ferroviarios, sino para los trabajadores de soldadura eléctrica y autógena; la Ley 64 de 1945 extendió más este privilegio y asimiló al personal de las secciones de herrería y calderería, para efectos de la pensión de jubilación, a los trabajadores de soldadura eléctrica y autógena, y por último, la Ley 24 de 1947 decretó una nueva extensión del citado privilegio, incluyendo el personal de las secciones de ajuste y montaje, es decir, que todas estas leyes de excepción, dictadas en favor de grupos especiales de trabajadores, convertidos en una verdadera casta superior dentro del gremio de ferroviarios, fueron acumulando sobre los Ferrocarriles Nacionales una abrumadora carga de nuevas y sorpresivas prestaciones sociales».

Por último, el señor apoderado de Andrés Martínez Yup, doctor Jorge Enrique Sánchez, pide al Consejo que no acceda a la revisión solicitada, y lo hace argumentando previamente así:

«El demandante confunde dos acciones, dos fenómenos jurídicos distintos, cuyas consecuencias jurídicas son también disdintas. No se trata aquí, como dice el Consejo de Ferrocarriles, de que las leyes sociales tengan efecto retroactivo. Se trata, simplemente, del fenómeno jurídico de la RETROSPECTIVIDAD de las leyes sociales que afectan situaciones jurídicas no definidas, no consumadas aún.

«El honorable Consejo de Estado en numerosas sentencias ha sostenido que las leyes sobre pensiones de jubilación tienen efecto retroactivo. (Sentencias de 6 de agosto de 1948 y 29 de febrero de 1949, sobre la pensión del ferroviario Honorio Murillo Villanueva). Sentencia del 28 de marzo de 1949, pensión del ferroviario José Andrade A., en la cual dijo el Consejo de Estado: "Y en la sentencia pronunciada por el Consejo de Estado, con fecha 9 de marzo de 1949, en el caso del ferroviario Francisco Perdomo Parra, se dejó establecido en forma nítida que en materia de prestaciones sociales, como las pensiones de jubilación, las leyes que no tienen efecto retroactivo son las desfavorables a los trabajadores. De suerte que, en el caso del ex-ferroviario José Andrade, si se atiende a la doctrina y a la ley, no cabe duda que conforme al artículo 6º de la Ley 24 de 1947, tiene derecho a pensión de jubilación con sólo quince años de servicio".

Tal como lo alegan el señor Agente del Ministerio Público y el señor representante de la entidad demandante, principio general de derecho, universalmente aceptado y particularmente reconocido por nuestra ley fundamental, es el de la IRRETROACTIVIDAD de las leyes.

Pues que —se lee en Escriche— la ley es una regla que se establece para dirigir nuestras acciones, y que no tiene fuerza obligatoria sino desde su promulgación, es consiguiente que no pueda aplicarse a los tiempos pasados sino sólo a los venideros. Por eso se dice que la ley mira sólo al porvenir, y que no tiene efecto retroactivo, a no ser que el legislador haya atribuído formalmente este efecto a ciertas disposiciones legales. Esta es una máxima consagrada en todos los códigos y que puede considerarse como un principio de moral legislativa, pues sin ella no habría libertad, ni seguridad, ni propiedad respecto de que una ley nueva podría venir a quitar a los ciudadanos tan sagrados derechos.

No obstante la universalidad del tutelar principio, en virtud del cual la ley no debe aplicarse sino a los negocios que ocurran después de su promulgación o sanción, hay sin embargo casos en que por expresa disposición puede extenderse su imperio a los hechos pasados. Por excepción, la ley tendrá, pues, efecto retroactivo, cuando el legislador así lo disponga expresamente, abrazando tiempos pretéritos y hechos o negocios que todavía se hallan pendientes o no han sido juzgados.

Hechas las anteriores indispensables consideraciones, importa, para el mejor acierto en el fallo que a este juicio de revisión ha de poner término, determinar con precisión, así el carácter de la retroactividad en la ley, como los extremos o circunstancias que deben cumplirse para que ella pueda considerarse como tal. Y en esta tarea, por conducto del Consejero ponente nuevamente acude la Sala a la autoridad de Escriche, quien, en su diccionario de legislación y jurisprudencia, y tomando por guía la doctrina de Merlín, al procurar fijar la extensión o limitación

del principio de la no-retroactividad de las leyes, se expresa en los términos siguientes:

«... Este principio no se escribió en el frontispicio de los códigos romanos y de los nuestros, sino para servir de preservativo a los individuos de la sociedad contra los caprichos del legislador, esto es, para impedirle que viole nuestra seguridad personal, haciéndonos castigar hoy por un hecho de ayer que no estando vedado cuando se ejecutó se debía tener por permitido, o que atente arbitrariamente contra nuestra propiedad despojándonos de bienes o derechos que habíamos adquirido bajo los auspicios de leyes anteriores. Este es, y no otro, el verdadero y único motivo del principio.

«Para que haya retroactividad en la ley se requiere el concurso de dos circunstancias: primera, que la ley vuelva sobre lo pasado y lo mude; segunda, que vuelva y lo mude en perjuicio de las personas que son objeto de sus disposiciones.

«Requiérese en primer lugar que la ley mude lo pasado. Mas, ¿qué es lo pasado con respecto a la ley? Defínelo muy bien la citada Ley 7ª, *C. de legibus*, la cual, después de decir que las leyes disponen para lo futuro y no retrogradan a lo pasado, *leges et constitutiones futuris certam dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari*, añade a continuación: a menos que el legislador haya entendido determinadamente su disposición al tiempo pasado y a las cosas todavía pendientes, *nisi nominatim et de praeterito tempore et adhue pendentibus negotiis eautum sit*. Vemos aquí las cosas todavía pendientes puestas en posición con las cosas ya pasadas. *No se podrá, pues, considerar como pasado a los ojos de la ley sino lo que ya no está pendiente:* y por tanto todo lo que pende todavía, se encuentra comprendido por la ley, aun cuado ésta dispone pura y simplemente, y que por eso queda sustraído a su imperio lo pasado...» (Subraya la Sala).

Examinando el caso de autos a la luz del principio general cuyo sentido y alcance se dejan nítidamente expuestos, averiguado como está que Andrés Martinez Yup se retiró del servicio de los Ferrocarriles Nacionales, en el año de 1939, vale decir, OCHO años antes de que por virtud de lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 24 de 1947, el personal de las secciones de ajuste y montaje fuera asimilado, para los efectos de la pensión vitalicia de jubilación, al de soldadura eléctrica y autógena, personal este último que desde 1943 es acreedor a la aludida prestación, con sólo QUINCE años de servicio, cualquiera que sea la edad, y establecido, además, que a la fecha de su retiro la entidad demandante le pagó INTEGRAMENTE la prestación a que entonces tuvo derecho, de conformidad con la ley a la sazón vigente, es incuestionable que tal caso no podía actualizarse, ni jurídicamente revivirlo ni darle solución distinta bajo los auspicios de un estatuto nuevo. Si así lo hizo esta Corporación por medio del fallo materia de la demanda de revisión, y al exferroviario Martínez Yup reconoció una pensión vitalicia a cargo de los Ferrocarriles Nacionales, con pretendido fundamento en la citada disposición de la Ley 24 de 1947, mal aplicó la ley, porque menospreciando el principio de la no-retroactividad volvió sobre lo pasado y lo mudó en perjuicio de una de las partes objeto de sus disposiciones.

Y no vale, ni es útil argumentar —como acogiendo el concepto del señor Agente del Ministerio Público lo hizo el Consejo en el fallo de marras—, que «en términos generales la legislación sobre pensiones empieza por expedirse con el ánimo de que produzca efecto retroactivo», porque con no contar esta afirmación, así generalizada, con respaldo legal

ni jurisprudencial ninguno, al caso especialisimo en estudio no podía aplicarse el criterio, con exceso generoso, que el Consejo empleó para juzgarlo, por cuanto que, como se ha visto, cuando la Ley 24 de 1947 entró a regir no existía ya vínculo ninguno entre el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y el trabajador Andrés Martínez Yup.

Hallárese pendiente el reconocimiento y pago de prestaciones sociales al ex-trabajador ferroviario cuando se expidió y entró a regir el precepto que asimiló al de soldadura eléctrica y autógena el personal de las secciones de ajuste y montaje y a su «caso» alcanzarían *retrospectivamente* los efectos de la mentada disposición. Es este el tipo de retroactividad que, en tratándose de pensiones u otros reconocimientos de la misma naturaleza, el principio general tolera y la justicia social y la equidad aconsejan y aplican. Pero, conviene repetirlo, Andrés Martinez Yup se retiró del servicio de los Ferrocarriles Nacionales varios años antes de que se expidiera la Ley 24 y cuando esto último ocurrió, aproximadamente igual tiempo había pasado desde la fecha en que sus prestaciones le fueron reconocidas y *pagadas totalmente*. Así las cosas, el fallo por medio del cual la Corporación le decretó una pensión vitalicia de jubilación con cargo a la Caja de los Ferrocarriles, desprovisto se halla de todo fundamento jurídico y legal, pues que se lo niegan esos mismos principios, justicia y equidad, que, igual que los intereses del trabajador los de la empresa o patrón obligados están a proteger.

Y no es la que esta providencia contiene, doctrina nueva en relación con la que el Consejo sostuvo antaño relativamente a lo esencial del tema aquí debatido, pues que, entre otras, en sentencia del 4 de julio de 1947 dijo:

> «Respecto de la irretroactividad de las prestaciones sociales dijo ya el Consejo en sentencia reciente: "Una cosa es que la ley posterior modifique en sentido favorable al beneficiario una prestación social a que ya tenia derecho, como cuando se aumenta la cuantía de una pensión, y otra muy distinta que la ley posterior cree un derecho, derecho que no existía al tiempo en que un trabajador estuvo en la situación prevista para crearlo. En el primer caso el Consejo se ha pronunciado por la aplicación de la nueva ley; *en el segundo no puede avanzar hasta allá, porque en el momento de entrar a regir no existía ya vínculo ninguno entre el patrón y el trabajador*".»

Si, pues, es razonada y constitucional y legalmente fundada la petición formulada en la demanda de REVISION que a este juicio dio origen, a ella, consecuencialmente habrá de acceder la Sala.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal 1º de la Corporación y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVISA su propio fallo de 3 de noviembre de 1949, para declarar, como en efecto lo hace, que el señor Andrés Martínez Yup no tiene derecho a la pensión vitalicia de jubilación que le fue reconocida por medio del fallo en referencia, y que, en consecuencia, el pago de tal prestación se suspenderá a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Con salvamento de voto, *Guillermo Acosta Acosta; Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera.—Guillermo Novoa Rodríguez,* Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO ACOSTA ACOSTA

El honorable Consejero, doctor Pedro Gómez Parra, fue reemplazado en la Sala de Negocios Generales por el honorable Consejero doctor José Urbano Múnera, quien llevó a la Sala el convencimiento de que la demanda de revisión en este negocio debía ser interpretada para fallarla en el fondo, como se proponía en la ponencia del honorable Consejero doctor Dangond Daza. En tal virtud el suscrito Consejero formuló el siguiente proyecto que pasa ahora a ser salvamento de voto.

Por sentencia de fecha tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, el Consejo de Estado reconoció a favor de Andrés Martínez Yup y a cargo de los Ferrocarriles Nacionales una pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía del ochenta por ciento (80%) del último sueldo o jornal devengado, a partir del día de su retiro definitivo de los Ferrocarriles Nacionales, y dispuso, además, que para poder disfrutar de la pensión, el señor Martínez Yup deberá efectuar el reintegro total de la suma recibida por él por concepto de auxilio de cesantía o excedencia por la totalidad del tiempo servido, o que descuente la totalidad de las pensiones mensuales hasta amortizar el valor de la deuda.

El 11 de diciembre de 1949, el doctor Jorge de la Cruz U., en su condición de representante legal de los Ferrocarriles Nacionales presentó demanda de revisión —ratificada por el apoderado, doctor Napoleón Ignacio Sáenz—, contra el fallo precitado, con fundamento en los hechos allí expuestos y que desarrolla con razonamientos de diversa índole, para concluir así:

> «Por todo lo anteriormente expuesto, solicito de la manera más respetuosa del honorable Consejo de Estado revise su propia sentencia de fecha 3 de noviembre de 1949, por medio de la cual otorga pensión de jubilación a Andrés Martínez Yup, para revocar dicho fallo, o sea declarar sin derecho a la pensión de jubilación a este ex-ferroviario. Por último, no debe perderse de vista que la pensión de jubilación de los trabajadores ferroviarios cuando están retirados del servicio es efectiva a partir de la fecha en la cual formulen la solicitud, si es que para esa fecha tienen derecho a la prestación.
>
> «Fundamento el recurso de revisión en lo dispuesto en los artículos 164 y 165 del Código Contencioso Administrativo. Para los efectos de esta revisión me permito acompañar el expediente, el cual consta de 39 hojas útiles».

Por auto del 6 de octubre de 1950, el honorable Consejero doctor Dangond Daza, a quien correspondió el negocio en el reparto, dispuso lo siguiente:

> «Por cuanto la parte demandante no ha comprobado en forma legal su personería, de acuerdo con lo ordenado en auto de 21 de abril del año en curso, no es el caso de dar curso a la demanda de revisión. En consecuencia, se ordena que previa desatonación, sea devuelto el expediente a la oficina de origen».

Posteriormente el doctor Alvaro Guerrero, en su carácter de Ingeniero Asistente de la Administración General de los Ferrocarriles Nacionales y encargado de la Administración General de los mismos, por renuncia del titular otorgó poder especial al doctor Napoleón Ignacio Sáenz, y autorizado por éste presentó nueva petición de revisión de la pensión de jubilación del señor Andrés Martínez Yup, ratificando y ampliando la demanda de que se hizo mérito anteriormente y acompañando los do-

cumentos exigidos para acreditar la personería sustantiva de la parte demandante.

La demanda fue admitida por auto de 23 de agosto de 1951, y surtida la tramitación correspondiente, el señor Fiscal Primero de la Corporación rindió concepto favorable, y, el honorable Consejero doctor Dangond Daza, en sesión del 11 de septiembre del año próximo pasado, presentó proyecto de fallo.

Estudiada y discutida en varias sesiones la ponencia del honorable Consejero doctor Dangond Daza fue negada por el resto de la Sala, en sesión del 30 de octubre de 1952, y en consecuencia pasó el negocio, para los fines consiguientes, al honorable Consejero de turno, doctor Gómez Parra.

El 18 de noviembre presentó este último el proyecto respectivo, que fue discutido y negado en sesión de 10 de diciembre próximo pasado, y, en consecuencia, pasó el negocio para formular proyecto de sentencia al Consejero de turno que ahora éntra a cumplir la función que le corresponde con fundamento en las siguientes consideraciones:

I

Todos los tratadistas de Derecho Procesal Civil, nacionales y extranjeros, así como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, en constante y reiterada jurisprudencia están acordes en sostener que el recurso extraordinario de revisión no implica una tercera instancia en los juicios o procesos en que tiene cabida.

Constituye este recurso, por lo que al orden contencioso administrativo se refiere, un medio de impugnación ante el Consejo de Estado o ante el respectivo Tribunal Administrativo, de las sentencias que se hubieren dictado sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero. (Articulo 164 del Código Contencioso Administrativo). Tiene entre otras características las siguientes:

a) Unicamente puede ocurrirse por esta vía con fundamento en motivos pre-establecidos y determinados por la ley, sin que sea permitido ampliarlos por interpretación analógica. (Articulo 165 ibídem).

b) Condiciona estrictamente la actividad de las partes para evitar que el recurso se desvíe u oriente hacia fines distintos de los contemplados por la ley. De ahi por qué el artículo 166 de la obra ya citada preceptúa que la demanda de revisión, además de las formalidades del artículo 84, «*Indicará precisamente la causal en que se funda, y deberá presentarse acompañada de los documentos que se estimen necesarios y de la solicitud de las pruebas que quieran hacerse valer*».

c) Limita la facultad de decisión, por cuanto el Consejo de Estado o el respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, según el caso, tienen que pronunciarse o decidir solamente sobre el motivo o causal legal de revisión planteados por el recurrente, sin que puedan hacer extensiva su actividad revisoría a motivos o causales no aducidos, en forma expresa y concreta, en la demanda y, muchísimo menos a otros errores de hecho o de derecho que hayan podido viciar el conocimiento del fallador.

d) Persigue un fin renovador, porque se encamina a lograr un nuevo examen de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, cuando se encuentra fundado uno de los determinados motivos o causales hechos valer por el recurrente.

e) Constituye una acción concedida en interés general, ya que el articulo 164 del Código Contencioso Administrativo permite ejercitar el recurso «a solicitud de cualquier persona o del Ministerio Público» y el

artículo 165 *ibidem* indica que puede incoarse en cualquier tiempo y en los casos allí enumerados taxativamente.

f) La acción es de carácter esencialmente formal porque el escrito por medio del cual se interpone el recurso tiene que indicar, precisamente, la causal en que se funda, como lo ordena el artículo 166 del precitado Código, para fijar desde un principio la posición del recurrente ante la sentencia que por ese medio se combate.

Respecto a esta última característica del recurso de revisión, precisa observar que no es suficiente para la viabilidad de la acción que se aduzca simplemente como fundamento de la demanda, el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, cuando se deja de expresar, precisamente, es decir, en forma inequívoca, el motivo o motivos legales, congruentes y adecuados que tenga el actor para impetrar la revisión de la sentencia respectiva, toda vez que ello equivaldría a desvirtuar la técnica de esta clase de recursos y dejar al arbitrio del juzgador el planteamiento, desarrollo y decisión de las ocurrencias en que es permitido provocar, a petición de parte y en manera alguna en forma oficiosa, una controversia entre la ley y una sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada.

II

Aceptado lo anterior, en tesis general, la Sala se ha detenido en la discusión y estudio de este negocio a considerar si, no obstante que el demandante omitió indicar numéricamente la correspondiente causal del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo para fundar su pretensión, a través de la demanda de revisión se hallan enunciadas, en forma inequívoca, las circunstancias o condiciones que integran alguna de las causales taxativas que dan lugar al recurso extraordinario de revisión, y, si por ende sería el caso de decidir en el fondo del recurso en vez de dar por probada la excepción de la petición de modo indebido que a *prima facie* parece que se halla configurada de autos.

III

La parte demandante expresa las siguientes razones y fundamentos de la pretensión encaminada a obtener la revisión de la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1949, por medio de la cual se concedió pensión de jubilación a Andrés Martínez Yup, que la Sala enumera y sintetiza así:

Primera. El Consejo de Estado mal podía ordenar, en la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1949, de cuya revisión se trata, que la efectividad del reconocimiento de la pensión de jubilación a favor del exferroviario Andrés Martínez Yup fuera a partir del 4 de julio de 1939, fecha de su retiro definitivo de los Ferrocarriles Central del Norte, y Sección 2ª, y Nordeste, siendo así que para esa fecha el legislador colombiano no había expedido el artículo 6º de la Ley 24 de 1947, que fue la disposición que aplicó el honorable Consejo para otorgar la prestaeión.

Segunda. El artículo 17 del Decreto número 1471 de 1932, reglamentario de la Ley 1ª del mismo año, ordena: que la pensión de jubilación «se deberá desde el día en que el empleado u obrero haga la solicitud correspondiente» cuando están retirados del servicio, si es que para esa fecha tienen derecho a la prestación, y, al folio 2 del expediente aparece un memorial suscrito por Andrés Martínez Yup, en el cual solicita el reconocimiento de pensión de jubilación, fechado y presentado el 10 de diciembre de 1947.

Tercera. Los Ferrocarriles Nacionales han venido sosteniendo que lo preceptuado en los artículos 6º de la Ley 49 de 1943, 13 de la Ley 64 de 1946 y 6º de la Ley 24 de 1947 no tiene carácter retroactivo, por

cuanto dichas leyes no se lo dan. Que dichas disposiciones establecen un doble privilegio para ciertos ferroviarios a quienes se exonera de la edad de 50 años y de los 20 de servicios, y, al dar retroactividad la honorable Corporación a la vigencia de dichos estatutos para los trabajadores que tienen muchos años de haber sido retirados de los Ferrocarriles Nacionales, se establece una grave situación perjudicial a los intereses del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales.

Cuarta. Desde cuando el Consejo de Estado con su jurisprudencia le dio retroactividad a lo dispuesto en los artículos antes mencionados, el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales estimó que esta doctrina era equivocada y sobre ella no había hecho un estudio detenido y amplio la honorable Corporación. Y porque esto es así, la Rama Ejecutiva del Poder Público en las objeciones al proyecto de ley que eleva el monto de las pensiones de jubilación de los trabajadores ferroviarios, vino a confirmar lo que el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales había sostenido sobre el particular. Razones que transcribe en el libelo de demanda al folio 42 y a las cuales se acoge la entidad demandante para sostener la no retroactividad de las leyes que tratan del reconocimiento de pensiones de jubilación de los trabajadores ferroviarios.

Quinta. Que se estudie y analice ampliamente la anterior situación y considere que no es justo ni legal que el ferroviario Martinez Yup, habiéndole cesado el vínculo contractual desde hace más de 11 años con los Ferrocarriles Nacionales, venga ahora a percibir una pensión de jubilación, siendo así que el artículo 6º de la Ley 24 de 1947 no tiene carácter retroactivo.

Sexta. Por último, el doctor Napoleón Ignacio Sáenz, en su carácter de apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, refiriéndose a la demanda de revisión dice al folio 71:

> «En dicha demanda, el Consejo de los Ferrocarriles sostiene dos tesis principales: una que las normas laborales y disposiciones sobre prestaciones sociales no tienen efecto retroactivo; otra, que las pensiones de jubilación de trabajadores ferroviarios sólo pueden hacerse efectivas a partir del día en que se formula la solicitud, cuando el ferroviario está retirado del servicio, en orden de lo establecido en el artículo 17 del Decreto 1471 de 1932, reglamentario de la Ley 1ª del mismo año, de carácter especial para los trabajadores ferroviarios y artículo 170 del Reglamento General de Trabajo de los Ferrocarriles Nacionales».

Las causales de revisión las consagra, taxativamente, el Código Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

Artículo 165. La Revisión, que podrá solicitarse en cualquier tiempo, tendrá lugar en los casos siguientes:

> «1º Cuando el reconocimiento se obtuvo con fundamento en documentos falsos o adulterados;
>
> «2º Cuando la persona en cuyo favor se decretó no reunía, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o si con posterioridad a la sentencia hubiere perdido esa aptitud;
>
> «3º Cuando después de conferido o denegado se recobren piezas decisivas con las cuales hubiera podido pronunciarse una decisión distinta;
>
> «4º Cuando, decretado el reconocimiento a favor de una persona, aparece otra de mejor derecho para reclamarlo;
>
> «5º Cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuida por disposición posterior al reconocimiento, o cuando la que sirvió de fundamento a éste fue mal aplicada o interpretada».

IV

Confrontados los fundamentos expuestos por la parte demandante, para sustentar la pretensión de que sea revisada la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1949, con las causales que justifican el recurso extraordinario de revisión en el orden Contencioso Administrativo, no cabe remitir a duda que del contexto mismo de la demanda se perfila, sin el menor esfuerzo de lucubración mental, la causal contemplada en la parte final del ordinal 6º del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, consistente en que la disposición que sirvió de fundamento al reconocimiento «fue mal aplicada o interpretada», o sean los artículos 17 del Decreto 1471 de 1932, reglamentario de la Ley 1ª de 1932, y 170 del Reglamento General de Trabajo de los Ferrocarriles Nacionales, citados en forma expresa y concreta por la entidad demandante, comoquiera que en vez de haber sido hecho el reconocimiento a favor de Andrés Martinez Yup, en la sentencia materia del recurso, a partir del día 10 de diciembre de 1947, o sea, la fecha de presentación de la demanda en legal forma, se hizo a partir del día de su retiro definitivo de los Ferrocarriles Nacionales.

Así analizada la cuestión, queda descartada la excepción de petición de modo indebido y cumplida la exigencia del artículo 166 del Código Contencioso Administrativo, pues la causal 6ª del artículo 165 ibidem, en su parte final, resulta configurada del contenido expreso de la demanda, en forma precisa e inequívoca, por más que no se haya enunciado con la enumeración correspondiente que trae el precitado artículo.

Por otra parte, el doctor José Enrique Sánchez, en su calidad de apoderado de la parte demandada, en el escrito de oposición a la demanda de revisión en estudio, se expresa como sigue en relación con la causal aludida:

> «2º En cuanto a que las pensiones se deben desde la fecha en que se piden, es lo cierto que el honorable Consejo de Estado ha sentado doctrina en el sentido de que se deben desde la fecha del retiro definitivo del servicio». (Sentencia de 3 de noviembre de 1949).

De tal suerte que la misma parte demandada se encarga de reconocer la existencia de la causal de revisión aludida y que consagra la parte final del ordinal 6º del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, y, por ende, procede la revisión, por este aspecto, de la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1949, en el sentido de establecer que la prestación social allí reconocida debe serlo a partir del 10 de diciembre de 1947, fecha de la presentación en forma legal de la demanda, en vez del 4 de julio de 1939, fecha del retiro, como allí se dispuso.

V

El artículo 6º de la Ley 24 de 1947, que fue otra de las disposiciones que sirvieron de fundamento al Consejo de Estado para otorgar la prestación a que se refiere la sentencia de cuya revisión se trata, se limitó a asimilar el personal de las secciones de ajuste y montaje de los Ferrocarriles, *para los efectos de la pensión de jubilación*, al personal de soldaduda eléctrica y autógena, de que trata el artículo 6º de la Ley 49 de 1943, y, esta última disposición estableció que «los trabajadores de soldadura tanto eléctrica como autógena, *tendrán derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación*, al cumplir quince años de servicio, cualquiera que sea su edad». Una y otra disposición limitaron para el personal

en ellas contemplado, a quince años de servicio, cualquiera que fuese su edad, el tiempo necesario para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación, creado y reconocido por la Ley 1ª de 1932. De tal suerte que dado el carácter restrictivo de aquellas normas legales, asi como los motivos de salubridad pública que las inspiran, es innegable que debían producir efecto general inmediato, al tenor de lo ordenado por el artículo 18 de la Ley 153 de 1887, y eran de obligada aplicación para el personal de empleados y obreros ferroviarios allí mencionados, que no hubiera definido a la sazón con la empresa de los Ferrocarriles Nacionales *su situación jurídica, en cuanto el derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación,* aunque ya se hubiera retirado del servicio, como aconteció con el señor Andrés Martinez Yup, toda vez que el artículo 170 del Reglamento General de Trabajo de los Ferrocarriles Nacionales preceptúa que «la pensión de jubilación se pagará para los trabajadores que estén en servicio, desde la fecha del retiro; y para los trabajadores que se encuentren fuéra del servicio, desde la fecha de la presentación, en forma legal, de la solicitud correspondiente».

Conclúyese, por tanto, que el artículo 6º de la Ley 24 de 1947, si es aplicable retrospectivamente, en tesis general, y que por este aspecto carecen de fundamento los reparos hechos por la entidad demandante a la sentencia objeto del recurso de revisión, en cuanto a que fue mal aplicada o interpretada la disposición del artículo 6º de la Ley 24 de 1947, que sirvió de fundamento al reconocimiento.

VI

El Consejo de Estado le ha dado efecto retrospectivo, en numerosos y constantes fallos no solamente a los artículos 6º de la Ley 49 de 1943, 13 de la Ley 64 de 1946 y 6º de la Ley 24 de 1947, citados por el representante legal y el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales, sino a todas las disposiciones legales que mejoran, en diversos ramos, las condiciones exigidas para el reconocimiento del derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación en las leyes o estatutos que consagran este derecho. Al efecto basta recordar entre otros fallos, relativamente recientes, los siguientes:

En el fallo de fecha 24 de septiembre de 1951, caso de la empleada de Correos y Telégrafos, Matilde Torres Vergara, quien se había retirado del servicio oficial desde el día 13 de marzo de 1933, con 21 años, 1 mes y 23 dias de servicio, época en la cual la Ley 2ª de 1932 exigia 30 años de servicios para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación mediante la aplicación retrospectiva de la Ley 28 de 1943, que limitó a 20 años de servicio requeridos para los empleados de Correos y Telégrafos, para tener derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación. En tal ocasión sostuvo la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado lo siguiente:

> «Cuando el 13 de marzo de 1933 se retiró del servicio público la señorita Matilde Torres Vergara, después de haberle prestado sus servicios al Estado, en el ramo de Telégrafos, durante 21 años, 1 mes y 23 días, regulaba las prestaciones sociales para el gremio de empleados de que ella hizo parte la Ley 2ª de 1932, que en su artículo 16 disponía:
>
> "El empleado que comprobare treinta o más años de servicio sin que en ninguna ocasión se le hubiere separado por causa de mala conducta, tendrá derecho a retirarse de su empleo con una pensión de jubilación, equivalente a la mitad del promedio mensual de las asignaciones que hubiere devengado durante el último año de servicio anterior a la presentación de la solicitud; pero

esta pensión no podrá en lo futuro, exceder de sesenta pesos ($ 60.00)".

«Se expidió posteriormente la Ley 70 de 1937 "por la cual se modifica la Ley 2ª de 1932, y se dictan otras disposiciones en los ramos de Correos y Telégrafos", cuyo artículo 1º preceptúa:

"Para obtener la pensión de jubilación, de que trata el artículo 16 de la Ley 2ª de 1932, se requiere que el empleado haya prestado servicios por lo menos durante veinticinco (25) años en los ramos adscritos al Ministerio de Correos y Telégrafos, en las condiciones expresadas en dicho artículo, y que tenga más de cincuenta (50) años de edad".

«El artículo anteriormente transcrito fue a su turno modificado por el 1º de la Ley 28 de 1943, así:

"Para obtener la pensión de jubilación de que trata el artículo 16 de la Ley 2ª de 1932, se requiere que el empleado haya prestado sus servicios en los ramos adscritos al Ministerio de Correos y Telégrafos, por lo menos durante veinte años, en las condiciones expresadas en dicho artículo, y que su edad no sea inferior a cincuenta años.

"En caso de que haya servido durante veinticinco años y se le retire del servicio, tendrá derecho a la jubilación sin tener en cuenta la edad.

"*Parágrafo.* Sin embargo, los Operadores de Radio y de Telégrafo tendrán derecho a la jubilación cuando cumplan veinte años de servicio, cualquiera que sea la edad".

«30, 25 y 20 años han sido, pues, los tiempos mínimos de servicio al Estado exigidos sucesivamente por la ley a los empleados del Ministerio de Correos y Telégrafos como condición indispensable para el goce de la pensión de jubilación. Y cuando eran treinta los exigidos, con sólo 21 años, un mes y 23 días de servicio se retiró del empleo la señorita Torres Vergara. De donde dedúcese, incuestionablemente, que ningún derecho a la pensión había ella adquirido en la fecha de su retiro. Sólo lo adquirió, por excepcional aplicación retroactiva de la Ley 28 de 1943, el 22 de octubre del mismo año, en que fue promulgado el citado estatuto.

«Si el derecho a cobrar pensión de jubilación nació para la señorita demandante con la expedición de la Ley 28 de 1943, que de veinticinco redujo a veinte los años de servicio exigidos para el goce de dicha prestación, y, por mandamiento expreso de su artículo 11, *la ley mencionada rige desde su promulgación*, que lo fue, como se ha visto, el 22 de octubre del año citado, el reconocimiento de ese derecho en ningún caso podrá hacerse para fecha *anterior* a la promulgación, sino a partir de aquella en que, con posterioridad al estatuto de 1943, se hizo la solicitud, tal cual lo ordenó la Junta Directiva de la Caja de Auxilios de los Ramos Postal y Telegráfico en su Resolución número 1955 de 1950.

«Procediendo como anteriormente se anuncia, con retroactividad se aplicará excepcionalmente la ley, pues que en el caso de autos efecto producirá ella con respecto a un tiempo pasado.

«Decretar el reconocimiento a partir de la fecha del retiro de la señorita Torres Vergara, como lo pretende el apoderado recurrente, o desde fecha anterior a la de promulgación de la ley, tal cual se dispone en la resolución apelada, equivaldría, más que a aplicar con retracción el mandamiento legislativo, a contrariarlo excediendo sus propios términos y a violar flagrante-

mente el texto legal vigente en la época en que el retiro se produjo». (Libro copiador, Tomo XIV de 1951, página 514).

En el fallo de fecha 3 de octubre de 1951, caso del Sargento 1º Abelardo Pardo Rojas, quien fue retirado del servicio activo del Ejército el 16 de marzo de 1937, con un tiempo de servicio de 10 años y 15 días, bajo la vigencia del artículo 18 de la Ley 104 de 1927, que exigía 15 o más años de servicio para que les fuera reconocido a los Suboficiales de las Fuerzas Militares el derecho a sueldo o asignación de retiro, no obstante le fue reconocido tal derecho con aplicación retrospectiva de la Ley 3ª de 1937, que entró en vigencia el día 5 de mayo de dicho año. Entonces dijo la Sala de Negocios Generales lo siguiente:

«El criterio sobre *aplicación de la ley más favorable en materia de prestaciones sociales* fue introducido en nuestra legislación positiva por el artículo 36 de la Ley 6ª de 1945, vigente en la época en que fue proferida la sentencia de cuya revisión se trata.

«De este modo, la cuestión *sub-júdice* queda reducida a determinar si la Ley 3ª de 1937 rige para los Suboficiales llamados a calificar servicios después de 10 o más años de actividad en las Fuerzas Armadas, prestados con anterioridad a la vigencia de dicha ley, y si por consiguiente debe ser aplicada de preferencia la Ley 104 de 1927, igualmente vigente en la época en que se produjo el retiro del peticionario.

«Indudablemente, la reducción de quince a diez años de servicios prestados en las Fuerzas Militares, como requisito para tener derecho a sueldo o asignación de retiro, dado el carácter eminentemente social de la Ley 3ª de 1937, obedeció a motivos de utilidad pública y por tanto debía producir o tenía un efecto general inmediato respecto a las condiciones o exigencias contempladas en la nueva ley pero cumplidas con anterioridad a su vigencia, y por ende, ha debido ser aplicada retrospectivamente, conforme a la doctrina del artículo 18 de la Ley 153 de 1887, con tanta mayor razón cuando se trata de una norma más favorable.

«Sin embargo, el Consejo de Estado en sentencia de fecha veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, dio aplicación a la Ley 104 de 1927, creando así un *status* jurídico que si bien es cierto que habrá de ser modificado por el presente fallo revisorio, solamente podrá hacerlo a partir de la ejecutoria de éste y en manera alguna desde la vigencia de la Ley 3ª de 1937». (Libro copiador, Tomo XV de 1951, página 73).

En el fallo de fecha 13 de noviembre de 1951, caso de Teodosio Fortich Castillo, quien se retiró del cargo que desempeñaba en el ramo de Aduanas, el día 15 de noviembre de 1942, con más de veinte años de servicio, pero menos los exigidos por la Ley 29 de 1905, que consagró el derecho a la pensión mensual vitalicia de jubilación para «los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años», la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado aplicó retrospectivamente la Ley 6ª de 1945, como se deduce de los siguientes apartes del memorado fallo:

«El doctor Enrique Gómez Támara demanda, como apoderado del señor Teodosio Fortich Castillo, revisión de la sentencia del Consejo de Estado, fechada el 5 de febrero de 1951, confirmatoria de la Resolución número 1425 de 17 de junio de 1950, por medio de la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconoció al demandante una pensión mensual vitalicia de jubilación de $ 23.32, por servicios prestados en sus dependencias por más de 20 años. Aspira la demanda, por una parte, a que

la pensión se pague desde la fecha del retiro del pensionado del servicio por haberse así hecho reajustes en otros ramos y porque donde hay las mismas razones existe el mismo derecho; y por la otra, a que se corrija el error numérico en que se incurrió al liquidar como monto de la pensión una suma inferior a las dos terceras partes del último sueldo devengado, que es el porcentaje pertinente a su pensión.

«Para resolver, se considera:

«Como causales de revisión de los reconocimientos de prestaciones periódicas en dinero a cargo del Tesoro Público se encuentra entre las precitadas por el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, la constituida por mala interpretación de la disposición que le sirvió de base, o por su mala aplicación.

«En el caso del actor eran aplicables las normas del inciso b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, las complementarias del artículo 3º de la Ley 65 de 1946, y las de opción del artículo 36 de la primera de tales leyes, conforme a las cuales los empleados y obreros nacionales de carácter permanente tendrán derecho cuando hayan llegado a los 50 años de edad, después de 20 años de servicio continuo o discontinuo, a una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, y a elegir, cuando haya varias disposiciones que lo favorezcan, las que más los beneficien, entre las de la antecitada Ley 6ª y las que especialmente regulen cada materia.

«Por lo tanto, si, como está acreditado en el proceso, el señor Fortich Castillo devengó durante su último año de servicios un promedio mensual de $ 50.00, y aun cuando su retiro tuvo lugar antes de la vigencia de la precitada Ley 6ª, el haber demandado la pensión posteriormente a ella le da derecho a optar por sus mejores beneficios, comparados con los que anteriormente concedían las leyes a los empleados nacionales, la interpretación indebida dada los preceptos fundamentales de la pensión es manifiesta, por no haberse reconocido las dos terceras partes como porcentaje para su liquidación. De lo cual resultó también el error numérico acusado, que puede corregirse en cualquier tiempo por el Juez, o Tribunal que incurrió en él, a términos del artículo 483 del Código Judicial, aspectos por los cuales la revisión es procedente.

«No así en cuanto al tiempo desde el cual debe reajustarse la pensión, complementándola, porque la previdencia confirmada y que revisa a través de su confirmatoria, señaló como comienzo de sus efectos su propia fecha, se confirmó únicamente en grado de consulta lo que indica que fue aceptada y es definitiva en cuanto al tiempo, y que por sobre esas consecuencias no puede obrar de modo retrospectivo al reajuste. Y hecha la liquidación, corrigiendo el porcentaje o con sujeción al que legalmente corresponde, resulta que la pensión, deducidas las dos terceras partes de $ 50.00, es de $ 33.32». (Libro copiador, Tomo XIV, página 70).

VII

Queda, por tanto, superabundantemente rebatida la primera de las tesis principales a que se contrae la demanda de los Ferrocarriles Nacionales, según lo manifestado por el apoderado de éstos en su alegato legible al folio 71, es decir, que las leyes sobre prestaciones sociales no tienen

efecto retroactivo, o retrospectivo, que es o debe ser la denominación técnica y jurídica de este fenómeno.

En cuanto a la segunda de las tesis generales de la demanda, sustentadas por el apoderado de la parte demandante en el memorial precitado, ya se vio que debe prosperar, esto es, que «las pensiones de jubilación de trabajadores ferroviarios sólo pueden hacerse efectivas a partir del día en que se formule la solicitud, cuando el ferroviario está retirado del servicio, en orden a lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto número 1471 de 1932, reglamentario de la Ley 1ª del mismo año, de carácter especial para los trabajadores ferroviarios y artículo 170 del Reglamento General de Trabajo de los Ferrocarriles Nacionales.

No es el caso de fundamentar este fallo revisorio en aspectos distintos de los aducidos por la entidad demandante, porque el recurso extraordinario de revisión, por su propia naturaleza, exige que la decisión se contraiga solamente a los motivos o causales legales de revisión aducidos, en forma expresa y concreta en la demanda y que fija la posición del recurrente en el litigio o controversia que, por este medio, se plantea entre la ley y una sentencia que tiene la certidumbre de la cosa juzgada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVISA su propio fallo de fecha 3 de noviembre de 1949, para disponer, como en efecto dispone, que la pensión jubilatoria reconocida al señor Andrés Martínez Yup, con cargo a los Ferrocarriles Nacionales, debe pagarse a partir del 10 de diciembre de 1947, fecha de la presentación, en forma legal, de la solicitud correspondiente.

Bogotá, julio 8 de 1953.

Guillermo Acosta Acosta

Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor Manuel A. Dangond Daza).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio treinta de mil novecientos cincuenta y tres.

Por providencia número 191, del 5 de marzo del presente año, el Ministerio de Gobierno aprobó la Resolución 762, de 18 de mayo de 1951, por medio de la cual la Caja de Protección Social de la Policia Nacional negó al ex-agente Laurentino Galindo Parra el reconocimiento de una pensión de *invalidez*. E inconforme con la decisión ministerial, contra ella interpuso el demandante, por conducto de su apoderado el doctor Francisco Sáenz Arbeláez, el recurso de apelación que la Sala procede a fallar agotado como está el trámite legal correspondiente.

Expone el Ministerio las razones de su determinación, en los términos siguientes:

«El ex-agente de la Policia Nacional, Laurentino Galindo Parra, fue expulsado por mala conducta de la institución, el 1º de mayo de 1948. Posteriormente obtuvo que se modificara la calificación de su conducta por buena. Retirado del servicio demandó de la Caja de Protección Social de la Policia Nacional el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, prestación que le fue otorgada en cuantía de cuatrocientos noventa pesos con setenta y siete centavos ($ 490.77).

«Algún tiempo después pidió un auxilio por enfermedad pero la Caja, en Resolución número 4090, de 15 de octubre de 1948, que fue confirmada por este Ministerio se lo negó por no haber llenado los requisitos exigidos por la disposición que establece dicha prestación.

«Treinta meses más tarde y aduciendo un certificado expedido por el médico particular doctor Guillermo Uribe Cualla, el ex-agente Galindo Parra reclamó de la Caja, por medio de apoderado, una pensión de invalidez, que dicha entidad le negó por medio de la Resolución número 762, de 18 de mayo de 1951...

«Según el dictamen de los médicos del servicio de Sanidad de la Policía Nacional, rendido por los doctores Servio Tulio Acuña y Enrique Casas C., el 10 de enero de 1951, y ratificado bajo juramento en la misma fecha, que de conformidad con el artículo 30 del Decreto 981 de 1946, constituye prueba suficiente en los reconocimientos de prestaciones a cargo de la Caja mencionada en que se requiere certificación médica, en la fecha de su baja, el ex-agente demandante sí se encontraba incapacitado para trabajar por hernias inguinales bilaterales, pero con incapacidad temporal, toda vez que dichas lesiones son susceptibles de curación mediante intervención quirúrgica "con pronóstico muy bueno".

«Si, pues, la incapacidad es sólo temporal, el ex-agente Galindo Parra no tiene ningún derecho a la prestación que deman-

da, por cuanto la pensión de invalidez se concede únicamente de conformidad con los artículos 1º, de la Ley 108 de 1946 y 16, ordinal a), del Decreto 981 de 1946, a los miembros del personal uniformado de la Policía Nacional, que sean retirados por invalidez *absoluta y permanente* adquirida en el servicio y que los incapacite *para toda ocupación u oficio*. No se cumplen en el caso de autos los requisitos exigidos por los preceptos legales citados».

Por su parte, el señor Agente del Ministerio Público, Fiscal 2º de la Corporación, doctor Nicolás Torres Niño, al descorrer el traslado de la demanda pide que se confirme la resolución apelada, y al respecto emite su concepto así:

«Encuentro debidamente fundada la Resolución apelada que negó pensión de invalidez al ex-agente de la Policía Nacional Laurentino Galindo Parra, por cuanto en realidad de verdad no reúne los requisitos exigidos por el parágrafo del artículo 2º de la Ley 74 de 1945, ya que la invalidez que padece no es *absoluta* y *permanente*, según se desprende del dictamen de los médicos de aquella institución.

«Es conveniente observar, además, que para el 10 de febrero de 1943, fecha en que por segunda vez ingresó a la Policía Nacional el demandante Galindo Parra, éste se encontraba seriamente afectado de la enfermedad de la sífilis, como aparece de los exámenes que se le habían practicado el año anterior, resultando por lo tanto NO apto para el servicio. De modo que si a pesar de tales resultados se le dio de alta en la Policía, no puede afirmarse que dicha novedad la hubiese adquirido en el servicio, y por lo mismo la Caja no tiene por qué responder de la pensión causada por la invalidez, si es que esta incapacidad fuese absoluta y permanente para el trabajo, como lo exige la ley.

«Por otra parte, debe tenerse en cuenta que si el interesado había reclamado y obtenido el pago de su auxilio de cesantía, tal circunstancia hace presumir que no existía ni existe su invalidez absoluta y permanente para el trabajo...»

Como lo anota el señor Fiscal, con ocasión de la solicitud de reingreso a la Policía Nacional, fue sometido a examen médico en noviembre de 1942 el señor Laurentino Galindo Parra, y el diagnóstico dado entonces lo declaró NO APTO físicamente para el servicio, según se ve por la certificación correspondiente cuyo texto es el siguiente:

«*República de Colombia—Policía Nacional—Jefatura de Personal.* (Solicitud de admisión). *Sección de Sanidad—Examen y Consulta.* Bogotá, 3 de noviembre de 1942. Número 11163 — Los suscritos médicos examinadores *Certifican:* Que al señor Laurentino Galindo Parra, portador de la cédula 1012967, expedida en Chia, le fueron practicados los respectivos exámenes con el siguiente resultado: Examen Radioscópico: *Ligera dilatación de la presión ascendente del cayado aórtico.* Examen Físico: *Disminución de la respiración de la base pulmonar derecha.* Reacciones de Wassermann y de Kahn: POSITIVO. Por tanto NO es apto físicamente para prestar servicio en la institución como Agente. El Médico Examinador, firmado, firma ilegible. El Médico Examinador, firmado, *Martinez Dorrien.* Hay un sello que dice: "República de Colombia—Policía Nacional. Sección de Examen y Consulta". Anotado al folio 290 del L. R.»

Si, pues, en tales condiciones físicas volvió al servicio de la Policía el ex-agente demandante, no puede darse por establecido que adquirió la invalidez alegada en las circunstancias establecidas por la ley, tanto menos cuanto que ningún dictamen médico, que obre en el proceso, así lo asegura.

Es cierto que el doctor Guillermo Uribe Cualla, en su calidad de profesor de la Facultad de Medicina, certifica que las lesiones sufridas por Laurentino Galindo Parra le producen una incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo remunerado; pero, con ser que tal certificación no aparece ratificada bajo juramento, es igualmente cierto que en ella nada se dice relativamente a la época en que la invalidez se adquirió.

Así las cosas, forzoso es concluir que no se halla acreditado uno de los requisitos que el artículo 1º de la Ley 108 de 1946 exige para tener derecho a la prestación que la misma disposición consagra.

Además, el ex-agente Galindo Parra, que fue dado de baja el 1º de mayo de 1948, solicitó y obtuvo entonces el auxilio de cesantía correspondiente a la totalidad de los años de servicio prestados por él a la Policía Nacional y este hecho demuestra inequívocamente que prefirió esta prestación a la que por invalidez hipotéticamente tuvo derecho. Sólo treinta meses más tarde, como lo anota el Ministerio de Gobierno, vino a demandar de la Caja de Protección la pensión cuyo reconocimiento le fue negado.

Ya en tramitación el recurso de apelación para ante el Consejo, el señor apoderado del recurrente pidió la práctica de algunas pruebas que el Consejero sustanciador no decretó, ajustando el procedimiento a lo dispuesto por el artículo 160 del Código de lo Contencioso Administrativo, y habida consideración de que ellas no fueron solicitadas en la actuación administrativa. Y porque, además, tales pruebas resultarían inconducentes a lo fundamental del hecho controvertido.

Si el actor considera que con posterioridad a la resolución que le negó el reconocimiento de la prestación reclamada, puede él aducir pruebas decisivas con las cuales hubiera podido pronunciarse una decisión distinta, quédale expedito el camino de la acción de revisión que consagra el artículo 164 de la Ley 167 de 1941.

Por lo que hace a la solicitud relativa a la aclaración por parte del Servicio de Sanidad, del concepto médico que de fundamento sirvió a la Caja y al Ministerio para despachar desfavorablemente las pretensiones del ex-agente Galindo Parra, tampoco resulta conducente, toda vez que los términos del referido concepto respecto a la incapacidad alegada, son claros y ninguna duda dejan relativamente a ella.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la Resolución ministerial objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel Antonio Dangond Daza, José Urbano Múnera.—Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor Manuel A. Dangond Daza).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio quince de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Néstor Leal Contreras, en su carácter de apoderado del señor Alfonso Rodríguez Otálora, demanda la revisión de la sentencia de esta Corporación, de fecha 12 de diciembre de 1950, que reconoció a su mandante una pensión jubilatoria con cargo a la Caja de Auxilios de los Ramos Postal y Telegráfico, a efecto de que por medio de esta acción revisoría sea aumentada la prestación reconocida al 80% del promedio de sueldos devengados en el último año de servicio, habida consideración a que se halla escalafonado en la Carrera Administrativa, a que no disfrutó de la pensión reconocida y a que devengó mayores sueldos a los que se tuvieron en cuenta al determinar la cuantía de la pensión.

Tramitado el negocio conforme al artículo 167 del Código Contencioso Administrativo, y corrido el traslado al señor Fiscal, este funcionario es de parecer se nieguen las súplicas de la demanda, por cuanto no se ha comprobado el último sueldo devengado por el peticionario, sobre el cual puede hacerse el reajuste.

Con posterioridad al concepto de la Fiscalía, el interesado allegó el comprobante a que alude la vista de fondo, por lo cual es llegado el momento de decidir, previas las siguientes consideraciones:

El demandante, señor Rodríguez Otálora, quien se halla inscrito en la Carrera Administrativa, y pretende la aplicación de la ley más favorable, invoca la 165 de 1938, que la creó, para que su prestación se liquide en el 80% del último sueldo devengado. Sin embargo, ocurre que para el caso del señor Rodríguez, el estatuto que invoca es menos favorable a sus intereses, pues si bien es cierto que los empleados escalafonados en la Carrera Administrativa gozan de prestaciones iguales a los empleados y obreros ferroviarios, quienes, conforme a la Ley 53 de 1945, tienen derecho a pensión jubilatoria en cuantía del 80% del último salario, sin exceder de $ 200.00 mensuales, la cuantía de la prestación que corresponde al demandante habría de limitarse a dicha suma, ya que el derecho de opción para acogerse a un estatuto, entre varios existentes que reglamentan un caso dado, no implica en manera alguna que el interesado pueda escoger de varias leyes las disposiciones que le sean más favorables; todo lo contrario: tal fenómeno jurídico dice relación sólo al conjunto de disposiciones relativas a determinada prestación reglamentada en la ley que se considera más favorable. Así lo ha entendido la doctrina del Tribunal Supremo del Trabajo, en fallos de julio 4 de 1947 y marzo 4 de 1948, siguiendo el concepto de brillantes expositores sobre la materia, entre otros, al doctor Ernesto Herrnstadt.

En cambio, la aplicación de la Ley 22 de 1945 y el Decreto 2658 de 1950 le resulta más favorable al demandante, por cuanto que, conforme a estos textos legales, la cuantía de la pensión de los servidores del ramo

de Correos y Telégrafos debe ser equivalente al 75% del promedio de los sueldos devengados en el último año de servicios, sin limitación alguna. Y como el peticionario Rodríguez Otálora devengó en el lapso mencionado una asignación mensual de $ 295.00 (folio 8), y por concepto de doble asignación en el mes de diciembre de 1951 $ 295.00, cuya doceava parte equivale a $ 24.58 que, agregada al sueldo básico da un total o sueldo promedio de $ 319.58, cuyo 75% es igual a $ 239.69, cantidad ésta que le corresponde como monto de la pensión reajustada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, en desacuerdo con su Fiscal colaborador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVISA su propio fallo de fecha 12 de diciembre de 1950, para disponer, como lo hace, que la pensión de jubilación allí reconocida al señor Alfonso Rodríguez Otálora se liquide y pague a partir de la ejecutoria de esta providencia, en la cantidad de doscientos treinta y nueve pesos, sesenta y nueve centavos ($ 239.69) mensuales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera. Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor Manuel A. Dangond Daza).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos cincuenta y dos.

El doctor Jorge Grueso Arboleda, en su condición de apoderado del señor Ramón Jiménez, ex-trabajador de los Ferrocarriles Nacionales, presentó a la Secretaría de esta Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado demanda de revisión de la sentencia proferida por la Corporación con fecha 8 de junio de 1948, e invocando las causales 3ª y 6ª del artículo 165 de la Ley 167 de 1941, pidió al Consejo que por medio de sentencia declarara lo siguiente:

> «Mi poderdante el señor Ramón Jiménez, como ex-trabajador del Ferrocarril del Pacífico tiene derecho a que se le decrete y ordene pagar pensión de invalidez».

Plantea el señor apoderado los hechos de su demanda, así:

> «1º Por la sentencia recurrida se negó a mi poderdante la pensión de invalidez solicitada.
>
> «2º Los motivos por los cuales ese honorable Consejo no concedió la pensión de invalidez fueron los de que no estaba incapacitado para toda labor remunerativa y que no aparecía claramente comprobado que la novedad que padece fuera adquirida al servicio del Ferrocarril».

Se sometió la demanda al trámite de rigor y durante él el señor Fiscal Primero del Consejo emitió su concepto respecto al objeto perseguido por ella, en los términos que a continuación se transcriben:

> «Respecto a la causal 3ª en que se apoya la solicitud de revisión, encuentra la Fiscalía que el documento aducido por el demandante no aporta ningún elemento de juicio nuevo capaz de hacer variar la decisión del honorable Consejo de Estado, porque a más de que esa pieza obrara en el expediente cuando se produjo aquel fallo (folio 29), los términos del certificado del Jefe del Departamento de Sanidad de la empresa le son completamente desfavorables al peticionario al fin que se propone, dado que en él claramente se expresa que la empresa no tuvo dato alguno acerca del traumatismo que sufrió el trabajador Jiménez y que por tal causa no estuvo hospitalizado. Por otra parte, en el supuesto de que el traumatismo lo hubiera sufrido el obrero estando al servicio del Ferrocarril de acuerdo con el Reglamento de la empresa, era forzoso haber dado cuenta de él y como no lo hizo así es claro que el Departamento de Sanidad no podía registrar el caso.

«Respecto de la causal 6ª, que también se invoca, ningún reparo tengo que formular a las consideraciones de derecho expuestas en la sentencia que es objeto de la demanda de revisión y que sustentaron la negativa a la solicitud del trabajador para gozar de pensión de invalidez.

«Por estas breves consideraciones soy de parecer se NIEGUEN las peticiones de la demanda».

Tal como lo anota el señor Agente del Ministerio Público, el abogado demandante ningún documento nuevo acompañó a su demanda de revisión, pues que los hechos a que se contrae la certificación visible al folio 2 de este cuaderno, examinados fueron ya por el Consejo al pronunciar su fallo de 8 de junio de 1948, y así las cosas, no puede válidamente afirmarse que se han recobrado piezas decisivas con las cuales hubiera podido pronunciarse una decisión distinta. Por el contrario, aquellas que al juicio vinieron por iniciativa de la Sala son medios de prueba que a igual y no a distinta determinación conducirían, pues que a través de ellos se reiteran al juzgador los hechos y circunstancias que de apoyo sirvieron al fallo primitivo.

En la Resolución del Ministerio de Obras Públicas que fue confirmada por la sentencia cuya revisión demanda el doctor Grueso Arboleda, se argumentó así:

«El segundo argumento se refiere a que no está acreditado que el ex-trabajador Ramón Jiménez haya sufrido el accidente de trabajo al servicio de los Ferrocarriles Nacionales y que a consecuencia de ese accidente esté incapacitado para toda labor remunerativa.

«Para llegar a esta conclusión se tiene en cuenta que el ex-trabajador Jiménez, con fecha 26 de diciembre de 1946, presentó renuncia de su cargo de frenero de tráfico en los siguientes términos: "Atentamente me permito dirigirme a usted para solicitarle se sirva ordenar a quien corresponda se me conceda mi retiro voluntario de la empresa del Ferrocarril del Pacífico, en donde vengo prestando mis servicios como frenero de tráfico. Por tanto, ruego el favor de que se me adelanten las gestiones para el reconocimiento y pago de las excedencias a que tengo derecho..."

«De acuerdo con la anterior solicitud y por medio de la Resolución número 185, de fecha 27 de febrero del corriente año, la Administración General de los Ferrocarriles Nacionales declaró terminado el contrato de trabajo y reconoció al señor Ramón Jiménez la suma de mil doscientos veinticinco pesos, veintidós centavos ($ 1.225.22), por concepto de auxilio de cesantía por el tiempo de servicio correspondiente a 9 años, 2 meses y 2 días, comprendido entre el 11 de agosto de 1937 y el 20 de enero del corriente año. Esta providencia le fue notificada legalmente al interesado, quien la aceptó en todas sus partes. En aquella fecha el interesado no manifestó padecer enfermedad ninguna, y mucho menos estar incapacitado para toda labor remunerativa. Y por lo demás ya se ha dicho que en los archivos no aparece la declaración o registro del accidente de trabajo sufrido por el señor Ramón Jiménez, y en el cual pretende fundamentar su pensión de invalidez...»

Ni durante la gestión que culminó con la Resolución ministerial parcialmente transcrita, ni durante el curso del negocio ante esta Corpora-

ción, demostró el demandante que el traumatismo que sufriera en el ojo izquierdo le ocurriera hallándose al servicio de los Ferrocarriles Nacionales. Y este hecho y su comprobación por parte del interesado son esenciales al logro de la prestación reclamada.

Sin que oportunamente se diera el aviso del accidente invocado, lo que privó a la empresa de datos a él relativos, y seguramente motivó la no hospitalización del trabajador, es evidente que este último fue tratado por el médico especialista; pero tal circunstancia en manera alguna trae al juicio la comprobación que antes se echa de menos.

En demanda de la pensión de invalidez que ahora vuelve a pedirse mediante el juicio de revisión a que estos autos se contraen, una y otra vez se ha invocado la incapacidad sufrida por el ex-ferroviario a consecuencia del accidente otras tantas mencionado, pero, se repite, ni del mentado accidente, ni de la fecha de su ocurrencia se ha traído al expediente demostración suficiente y sí sólo algunas ligeras referencias.

Precisamente, advertida por la Sala la deficiencia probatoria anotada, por auto para mejor proveer se pidió al Departamento de Sanidad del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales una pormenorizada información al respecto y la respuesta fue dada en los términos siguientes:

«a) El origen o causa de la lesión o traumatismo es incierto: En el Oficio número 1675-C, de abril 23 de 1947, dice el Sindicato Ferroviario del Pacífico al señor Administrador del Ferrocarril: "A consecuencia de traumatismo sufrido en accidente de trabajo, como tripulante del tren de carga número 101 (la última cifra es ilegible, no se aprecia bien si es 1 o 2, pero parece que fuera 1), Maquinista Mario Castro en 1944, cuya historia clínica existe en el Departamento de Sanidad, el frenero *Jiménez* ha perdido totalmente la visión por el ojo izquierdo y 3/10 por el derecho, quien fue retirado en febrero de este año (febrero 7 de 1947) sin que la empresa le haya reconocido y pagado las indemnizaciones correspondientes". Y en oficio número 95212-L de julio 18 de 1947, nos dice el señor abogado del Ferrocarril: "En atención a que el trabajador citado en la referencia y el Sindicato de la empresa insisten en su vieja reclamación sobre indemnización por accidente de trabajo para el señor Jiménez, y en vista de que no ha sido posible por ausencia de datos determinar si se trata en verdad de un accidente de trabajo la lesión que en uno de los ojos sufrió este trabajador, a fin de establecer por los medios supletorios de prueba lo que haya en el origen de tal lesión, me permito manifestar que el lesionado informa que *el 2 de febrero de 1940* sufrió un accidente consistente en golpe recibido en el ojo afectado cuando un tren de carga hacia recorrido; le he suministrado el anterior dato a fin de que se sirva usted informar si, como lo afirma el interesado, por esta fecha fue hospitalizado para tratamiento en relación con dicho golpe, o si fue hospitalizado para tratamiento en relación con dicho golpe, o si fue hospitalizado por otra causa sírvase expresarlo".

«Como se ve, el interesado se contradice con relación a la fecha del accidente; según la primera transcripción, el accidente tuvo lugar en 1944, y en la segunda, da como fecha de éste la de febrero 2 de 1940.

«Por su parte, Sanidad dice al señor abogado de la empresa en oficio número 1089, de junio 15 de 1947, sobre el particular: "El señor Ramón Jiménez sufrió un accidente (traumatismo en el ojo izquierdo) hace unos siete años, según declaración del mismo, que produjo una opacidad de la córnea con pérdida total de la visión por dicho ojo. En el derecho presenta una opacidad

de origen patológico que ha reducido la visión a 8/10. No existe dato alguno sobre el accidente, pero sí figura en su tarjeta el tratamiento que desde hace seis años viene haciéndole el especialista. Según mi leal saber y entender creo que dicho señor tiene una lesión traumática en el ojo izquierdo y un proceso patológico en el derecho que ha complicado igualmente la lesión traumática sufrida ahora años...".»

Y resulta igualmente cierto que, si el accidente se produjo por causa o con ocasión del trabajo, de él ningún aviso dio el trabajador al superior respectivo y esta omisión exime a la empresa de responsabilidad relativa a las consecuencias del accidente, de conformidad con el artículo 111 del Reglamento de Sanidad de los Ferrocarriles Nacionales, que a la letra dice:

«Cuando el accidente sea leve, y no incapacite al trabajador para ello, éste estará obligado a dar noticia de él al superior respectivo. *El Consejo y las empresas no se harán responsables de las consecuencias atribuidas a accidentes de trabajo de esta índole cuando el trabajador se abstenga de dar aviso a que se refiere este artículo*». (Subraya la Sala).

No existe, pues, probado en autos ninguna de las dos causales de revisión en que se apoya la demanda y, consecuencialmente, ella no habrá de prosperar.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público, y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión demandada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Manuel A. Dangond Daza, Pedro Gómez Parra, Guillermo Acosta Acosta. Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor Guillermo Acosta Acosta).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Guillermo Fonnegra Sierra, como apoderado especial del señor Víctor Zambrano, con fundamento en la causal 6ª del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, demanda la revisión de la Resolución númro 1492, del 1º de junio de 1952, proferida por el Ministerio de Guerra, «por la cual se aprueba el Acuerdo número 127, del 28 de marzo de 1952, en que la Junta Directiva de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares reconoce sueldo de retiro al Suboficial Técnico Subjefe de la Fuerza Aérea, Víctor M. Zambrano Villanueva, y se reconocen otras prestaciones al mismo Suboficial».

Pretende el demandante que mediante la acción revisoria sea aumentado el porcentaje reconocido en la Resolución demandada del 85% al 89%, a efecto de que le sean computadas a su representado las 421 horas de vuelo que efectuó como tripulante de aviones militares, y, señala como disposición dejada de aplicar la del artículo 3º de la Ley 101 de 1946.

El negocio recibió ya la tramitación que le corresponde y el señor Fiscal 1º de la Corporación es de concepto que se acceda al reajuste solicitado, con la sola condición de que opere desde la ejecutoria de este fallo en virtud de lo dispuesto por el Decreto 1085 de 1952.

Para resolver se considera:

I. La prestación social denominada «pensión de retiro» del personal perteneciente a la Aviación Militar fue establecida por el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936, que dice:

> «Artículo 1º Los colombianos que hayan servido a la República como aviadores militares o civiles durante un lapso mayor de ocho años y que estén incorporados en el Ejército tendrán derecho a una pensión de retiro igual al 80% del sueldo que estén devengando en el momento en que se les concede el retiro, el cual no podrá decretarse sino por las causas que determine el Gobierno en el decreto reglamentario de esta ley».

Las causas determinantes del retiro fueron establecidas por el Gobierno en el Decreto reglamentario número 658 de 1936, en los siguientes términos:

> «Artículo 1º Las causas por las cuales podrá decretarse el retiro de los pilotos aviadores, militares o civiles al servicio de la República, para los efectos de la pensión de retiro a que se refiere el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936 serán sometidas en todo caso al juicio del Gobierno, según las circunstancias y ante-

cedentes de cada caso. Tales causas serán taxativamente las siguientes:

«1ª Por llamamiento del Gobierno a calificar servicios; y
«2ª Por solicitud del aviador, con aquiescencia del Gobierno.
«Artículo 2º En los casos anteriores deben ocurrir además los siguientes requisitos:

«1º Que el aviador sea colombiano;
«2º Que haya servido al Estado como piloto aviador, bien en el ramo militar o en el civil, durante más de ocho años;
«3º Que dicho servicio se compruebe con la respectiva hoja de servicios del aviador, en la cual debe constar un mínimo de vuelos que se considere suficiente por el Gobierno, oído el concepto de la Dirección General de Aviación; y
«4º Que el piloto aviador esté incorporado en el Ejército».

El mínimum de las horas de vuelo a que se refiere el ordinal 3º del artículo 2º del Decreto de que se acaba de hacer mérito, fue establecido previo concepto de la Dirección General de Aviación, por el artículo único del *Decreto reglamentario número 2474 de 1936*, así:

«Artículo único. Para los efectos de la pensión de retiro de que trata la Ley 6ª de 1936 se exigirá, además de los requisitos señalados en el Decreto número 658 de 1936, que el piloto compruebe un mínimum de vuelos de mil quinientas horas mediante certificación que en forma legal expida la Dirección General de Aviación».

En esta forma quedó agotada la facultad reglamentaria del Gobierno en cuanto a la Ley 6ª de 1936 se refiere, y, de ahí por qué el Consejo de Estado ha sostenido acordemente, en numerosos fallos, que los aviadores militares o civiles, incorporados en el Ejército, que forman parte de la Fuerza Aérea Colombiana, tienen derecho a sueldo o pensión de retiro en cuantía equivalente al 80% del sueldo de actividad con un tiempo de servicios mayor de ocho años, de conformidad con la norma especial contenida en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1936 si, por otra parte, el aviador piloto ha cumplido un mínimum de 1500 horas de vuelo, conforme al Decreto reglamentario número 2474 de 1936.

Este es, pues, el estatuto que regula, en tesis general, la pensión de retiro a que tienen derecho los colombianos que hayan servido a la República como aviadores militares o civiles durante un lapso mayor de ocho años, con un recorrido no menor de 1500 horas de vuelo y que estén incorporados en el Ejército, excepción hecha de las ocurrencias siguientes:

a) Para las categorías que constituyen el personal de la Fuerza Aérea Colombiana cuyas prestaciones sociales se hallen contempladas en disposiciones legales especiales, como sucede, por ejemplo, con *las clases técnicas* a que se refiere la Ley 101 de 1946.

Conviene recordar que este personal se encuentra determinado en el parágrafo 2º del artículo 8º del Decreto legislativo número 1680 de 1942, en los siguientes términos:

«Artículo 8º El personal de la Fuerza Aérea está constituido por Oficiales, Clases Técnicas de Aviación, Personal Administrativo, Servicio de Sanidad, Suboficiales y Soldados.
«Parágrafo 2º El personal de las Clases Técnicas se divide en las siguientes especialidades:

«*Navegantes:*

«Mecánicos de vuelo: Aerofotógrafos; Radio-operadores; Bombarderos; Ametralladores, y Paracaidistas.

«*Mecánicos de Taller:*

«Electricistas de radio; Ajustadores de Motores; De Instrumentos; Laminadores; Soldadores; Armeros Artificieros; De Maquinaria; Inspectores de Trabajo y de Hélices.

«*Especialistas:*

«Enteleladores; Pintores; Carpinteros de Aviación; Aerólogos; Almacenistas Técnicos y Fundidores».

b). En cuanto haya sido modificado o subrogado por leyes posteriores que mejoren las garantías y prestaciones en favor del personal beneficiado con este estatuto o que establezcan prestaciones que no sean inferiores a las que ya disfrutan. Así se deduce de las siguientes normas legales:

«Ley 100 de 1946. Artículo 4º. Parágrafo 2º. Se entiende por Fuerzas Militares las del Ejército, Marina y Aviación.

«Artículo 13. Los Oficiales y Suboficiales de la Armada y de la Aviación gozarán de las prestaciones de que trata la presente Ley, en cuanto no sean inferiores a las que ya disfrutan.

«Ley 82 de 1947. Artículo 37. Las disposiciones de la presente Ley sólo modifican las leyes anteriores en cuanto mejoran las garantías y prestaciones en favor del personal a que se refiere la presente Ley.

«Artículo 40. En los términos anteriores quedan modificadas, adicionadas y derogadas las partes pertinentes de las Leyes 2ª de 1945, 100 y 101 de 1946 y todas las disposiciones que sean contrarias a la presente ley.

«Artículo 41. Esta Ley regirá desde el 1º de enero de 1948, a excepción de lo establecido sobre prima de Navidad que regirá desde su sanción».

Nótese de paso que las Leyes 100 de 1946 y 82 de 1947, consagran normas y preceptos generales para Oficiales y Suboficiales de todas las armas de las Fuerzas Militares y por consiguiente, en cada caso concreto, deben ser estudiadas, analizadas y confrontadas con las disposiciones legales anteriores que reconocen prestaciones sociales en favor de dicho personal, en orden a determinar y aplicar la disposición más favorable.

c) Cuando haya sido modificado o subrogado por decretos legislativos, dictados por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad legislativa que le otorga el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, o en estado de sitio, con carácter transitorio, conforme a la potestad legislativa de que se halla investido, durante el régimen de la legalidad marcial, según el artículo 121 de la misma Carta.

II. Consta de autos que el Suboficial Víctor Zambrano pertenece a las Clases Técnicas y por tanto, salvo el caso de que existieren disposiciones que le fueren más favorables, el estatuto que regula su situación jurídica es la Ley 101 de 1946, que, por otra parte, invoca el peticionario a efecto de que conforme al artículo 3º le sean computadas las 421 horas de vuelo que realizó como tripulante de aviones militares.

De tal suerte que como según la hoja de servicios número 207, el Suboficial Técnico Zambrano prestó 21 años de servicios por aproximación legal, al dar aplicación a la Ley 101 de 1946, su asignación de retiro sería la siguiente:

Por los primeros 12 años de servicios, según el articulo 1º de la Ley 101 de 1946	45%
El equivalente del 4% por cada uno de los 9 años adicionales de servicio a los ya señalados, conforme al parágrafo del articulo 1º de la Ley 101 de 1946	36%
Como porcentaje equivalente a las 421 horas de vuelo según el derecho que consagra para el personal de las Clases Técnicas el articulo 3º de la misma Ley	4%
Total	85%

Este porcentaje del 85% es igual al señalado en la Resolución cuya revisión se solicita por violación del artículo 3º de la Ley 101 de 1946, que solamente tiene cabida cuando se aplica en su integridad la Ley 101 de 1946, en los casos en que sea más favorable al peticionario en relación con los demás estatutos que regulan la asignación o sueldo de retiro de que se trata.

Ahora bien, como el fallador tiene facultad para aplicar la ley más favorable y la alegada en la demanda de revisión en nada supera en el caso concreto de autos, a la que fue aplicada en la resolución demandada, síguese que la revisión no debe prosperar.

En vista de las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión solicitada, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera.—Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor Guillermo Acosta Acosta).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Arquimedes Ramirez Raga, en su propio nombre, demanda la revisión de la sentencia de fecha 22 de octubre de 1945, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se le reconoció pensión jubilatoria en cuantía de $ 223.60 mensuales, por servicios prestados al Poder Judicial durante 23 años, para que se disponga que «tengo derecho a recibir del Tesoro Nacional, como pensión, en vez de la que actualmente recibo, una suma equivalente al 80% del sueldo que devengué durante el último año (1949), o sea el de quinientos pesos ($ 500.00), más las dos primas recibidas durante el año, a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) cada una, lo que hizo elevar mi sueldo a la cantidad de quinientos cuarenta y un pesos con sesenta y seis centavos ($ 541.66) mensuales durante el citado año de 1949».

El señor Fiscal Primero de la Corporación se expresa en primer término, de la siguiente manera, que prácticamente constituye una excepción perentoria de forma que impide entrar en estudio de fondo del negocio, toda vez que de encontrarse demostrado este aspecto, sería el caso de declarar probada la excepción:

> «Ante todo se observa: la demanda no llena los requisitos legales exigidos por el artículo 166 del Código Contencioso Administrativo, que entre otras cosas estatuye: *"La demanda de revisión*, que deberá llenar las formalidades del artículo 84, *indicará precisamente la causal en que se funda..."*, condición que no cumple el escrito presentado por el doctor Ramirez Raga, quien no cita ninguna de las seis causales enumeradas en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, como fundamento de la revisión solicitada. Esto sólo basta para que la demanda no pueda prosperar y sus peticiones sean negadas».

Para resolver se considera:

Todos los tratadistas de Derecho Procesal Civil, nacionales y extranjeros, así como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en constante y reiterada jurisprudencia están acordes en sostener que el recurso extraordinario de revisión no implica una tercera instancia en los juicios o procesos en que tiene cabida.

Constituye este recurso, por lo que al orden contencioso administrativo se refiere, un medio de impugnación, ante el Consejo de Estado o ante el respectivo Tribunal Administrativo, de las sentencias que se hubieren dictado sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero (artículo 164 del Código Contencioso Administrativo). Tiene, entre otras características, las siguientes:

Por los primeros 12 años de servicios, según el artículo 1º de la Ley 101 de 1946 ..... 45%

El equivalente del 4% por cada uno de los 9 años adicionales de servicio a los ya señalados, conforme al parágrafo del artículo 1º de la Ley 101 de 1946 ..... 36%

Como porcentaje equivalente a las 421 horas de vuelo según el derecho que consagra para el personal de las Clases Técnicas el artículo 3º de la misma Ley 4%

Total 85%

Este porcentaje del 85% es igual al señalado en la Resolución cuya revisión se solicita por violación del artículo 3º de la Ley 101 de 1946, que solamente tiene cabida cuando se aplica en su integridad la Ley 101 de 1946, en los casos en que sea más favorable al peticionario en relación con los demás estatutos que regulan la asignación o sueldo de retiro de que se trata.

Ahora bien, como el fallador tiene facultad para aplicar la ley más favorable y la alegada en la demanda de revisión en nada supera en el caso concreto de autos, a la que fue aplicada en la resolución demandada, síguese que la revisión no debe prosperar.

En vista de las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NIEGA la revisión solicitada, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera.—Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

PENSIONES Y RECOMPENSAS

(Consejero ponente: doctor Guillermo Acosta Acosta).

Consejo de Estado—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Arquimedes Ramírez Raga, en su propio nombre, demanda la revisión de la sentencia de fecha 22 de octubre de 1945, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se le reconoció pensión jubilatoria en cuantía de $ 223.60 mensuales, por servicios prestados al Poder Judicial durante 23 años, para que se disponga que «tengo derecho a recibir del Tesoro Nacional, como pensión, en vez de la que actualmente recibo, una suma equivalente al 80 % del sueldo que devengué durante el último año (1949), o sea el de quinientos pesos ($ 500.00), más las dos primas recibidas durante el año, a razón de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) cada una, lo que hizo elevar mi sueldo a la cantidad de quinientos cuarenta y un pesos con sesenta y seis centavos ($ 541.66) mensuales durante el citado año de 1949».

El señor Fiscal Primero de la Corporación se expresa en primer término, de la siguiente manera, que prácticamente constituye una excepción perentoria de forma que impide entrar en estudio de fondo del negocio, toda vez que de encontrarse demostrado este aspecto, seria el caso de declarar probada la excepción:

> «Ante todo se observa: la demanda no llena los requisitos legales exigidos por el articulo 166 del Código Contencioso Administrativo, que entre otras cosas estatuye: *"La demanda de revisión,* que deberá llenar las formalidades del articulo 84, *indicará precisamente la causal en que se funda...",* condición que no cumple el escrito presentado por el doctor Ramirez Raga, quien no cita ninguna de las seis causales enumeradas en el articulo 165 del Código Contencioso Administrativo, como fundamento de la revisión solicitada. Esto sólo basta para que la demanda no pueda prosperar y sus peticiones sean negadas».

Para resolver se considera:

Todos los tratadistas de Derecho Procesal Civil, nacionales y extranjeros, asi como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en constante y reiterada jurisprudencia están acordes en sostener que el recurso extraordinario de revisión no implica una tercera instancia en los juicios o procesos en que tiene cabida.

Constituye este recurso, por lo que al orden contencioso administrativo se refiere, un medio de impugnación, ante el Consejo de Estado o ante el respectivo Tribunal Administrativo, de las sentencias que se hubieren dictado sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero (articulo 164 del Código Contencioso Administrativo). Tiene, entre otras caracteristicas, las siguientes:

a) Unicamente puede ocurrirse por esta vía con fundamento en motivos preestablecidos y determinados por la ley, sin que sea permitido ampliarlos por interpretación analógica (artículo 165 ibidem).

b) Condiciona estrictamente la actividad de las partes para evitar que el recurso se desvíe u oriente hacia fines distintos de los contemplados por la ley. De ahí por qué el artículo 166 de la obra ya citada preceptúa que la demanda de revisión, además de las formalidades del artículo 84 «*indicará precisamente la causal en que se funda, y deberá presentarse acompañada de los documentos que se estimen necesarios y de la solicitud de las pruebas que quieran hacerse valer*».

c) Limita la facultad de decisión, por cuanto el Consejo de Estado o el respectivo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, según el caso, tienen que pronunciarse o decidir solamente sobre el motivo o causal legal de revisión planteados por el recurrente, sin que puedan hacer extensiva su actividad revisoría a motivos o causales no aducidos en forma expresa y concreta en la demanda y, muchísimo menos a otros errores de hecho o de derecho que hayan podido viciar el conocimiento del fallador.

d) Persigue un fin renovador, porque se encamina a lograr un nuevo examen de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, cuando se encuentra fundado uno de los determinados motivos o causales hechos valer por el recurrente.

e) Constituye una acción concedida en interés general, ya que el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo permite ejercitar el recurso «a solicitud de cualquier persona o del Ministerio Público» y el artículo 165 *ibidem* indica que puede hacerse en cualquier tiempo y en los casos allí enumerados taxativamente.

f) La acción es de carácter esencialmente formal porque el escrito por medio del cual se interpone el recurso tiene que indicar, precisamente la causal en que se funda, como ordena el artículo 166 del precitado Código, para fijar desde un principio la posición del recurrente ante la sentencia que por ese medio se combate.

Respecto a la característica del recurso de revisión que acaba de enunciarse, precisa observar que no es suficiente para la prosperidad de la acción que se aduzca como fundamento el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, sin indicar en forma inequívoca el motivo o motivos congruentes y adecuados que tenga el actor para demandar la revisión de la sentencia respectiva, toda vez que ello equivaldría a desvirtuar la técnica de esta clase de recursos y a dejar al arbitrio del juzgador el planteamiento, desarrollo y decisión de las ocurrencias en que es permitido provocar una controversia entre el recurrente y una sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso de autos, precisa concluir que como en la demanda no se indica la causal en que se funda, ni por otra parte aparece configurada en forma precisa e inequívoca ninguna de las causales contempladas por el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo que dé margen para interpretar la demanda, debe declararse probada la excepción de petición de modo indebido.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DE PETICION DE MODO INDEBIDO, de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Guillermo Acosta Acosta, Manuel A. Dangond Daza, José Urbano Múnera.—Guillermo Novoa Rodríguez, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente: doctor Ildefonso Méndez).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, julio ocho de mil novecientos cincuenta y tres.

Referencia: Juicio de plena jurisdicción seguido por Emisoras Unidas, S. A., para que se declare la nulidad de las Resoluciones números 189 y 292 de 1949, del Ministerio de Guerra, que confirmaron aquéllas en todas sus partes, y que, como consecuencia, se le restablezca en su derecho y se le paguen los perjuicios ocasionados.

El 29 de julio de 1946, el señor Rafael Roncallo Villar, Gerente de *Emisoras Unidas, S. A.*, solicitó al Ministerio de Correos y Telégrafos, Sección de Radiodifusión, un permiso o autorización para el montaje de un equipo de transmisiones radiales con potencia nominal de 5 kilowatios, onda larga (folio 165).

Hacia fines de ese año, después de varias gestiones de que dan cuenta numerosas comunicaciones cruzadas entre la sociedad peticionaria y el Ministerio (folios 165 a 172), éste comisionó al señor Ingeniero Jefe de la Sección de Radiodifusión para que examinara personalmente los planos del equipo radial y los terrenos en donde podían ser instalados, a efecto de que se cumplieran los requisitos exigidos por las disposiciones sobre ubicación de estaciones radiodifusoras. Este funcionario autorizó la instalación del equipo en una zona de terreno situada en el Municipio de Soledad, a una distancia mayor de dos kilómetros de la ciudad de Barranquilla.

Con fecha 7 de febrero de 1947 el Ministerio dictó la Resolución 556 (folio 22), por medio de la cual concedió a Emisoras Unidas, S. A., la licencia para instalar, en el sitio indicado, los transmisores y equipos de radio adquiridos por la compañía. En tal providencia se otorgó un plazo de seis (6) meses para concluir la obra, y se advirtió que, al finalizar la instalación, el concesionario debería dar aviso al Ministerio.

El 14 de octubre del mismo año de 1947, previa revisión oficial de los trabajos por un funcionario autorizado, el Ministerio concedió, mediante Resolución número 4178 (folio 60), licencia definitiva de funcionamiento a Emisoras Unidas, S. A., por el término de cinco (5) años. (Decreto 1966 de 1946).

Un mes y diez y siete días antes de aquella fecha, es decir, el 27 de agosto, Emisoras Unidas, S. A., recibió del Ministerio el siguiente mensaje telegráfico (folios 45 y 46):

«Mintelégrafos. Bogotá, agosto 27. Emisoras Unidas. Barranquilla. Suspenda inmediatamente construcción radiador vertical adelanta 2.500 metros distancia pista principal aeropuerto Soledad esa ciudad. Como dicho radiador viola disposiciones pertinentes

radiodifusión, su construcción obligará Ministerio suspender licencia concediósele por Resolución 556. Servidor (firmado), *Gabriel Rodríguez Franco,* Secretario General».

El Gerente de la sociedad dio respuesta al anterior mensaje en los términos que siguen (folio 46):

«Ministerio de Correos y Telégrafos. Bogotá. Refiérome telegrama agosto 27 suscrito Gabriel Rodriguez Franco, Secretario ese Despacho, ordenando suspensión trabajos instalación nuevos equipos. Extrañadisimo anterior mensaje, ya que con fecha 12 corrientes avisósele ese Despacho estaban terminadas instalaciones en cumplimiento Resolución 556 de 7 de febrero de este año, ese Ministerio, que autorizónos dicha construcción en Soledad, predios de la Industria de Maderas, sobre el río Magdalena, en virtud la cual hemos hecho inversión más cien mil pesos ($ 100.000.00). Atentamente (firmado), *Rafael Roncallo,* Emisunidas».

Por otra parte, la Dirección de Aeronáutica Civil, en radiograma de 21 de julio (dos meses y veinticuatro días antes de la expedición de la licencia de funcionamiento de la radiodifusora, por el Ministerio de Correos), le dirigió a la mencionada compañía la siguiente comunicación (folio 41):

«Bogotá, 21 de julio. Emisoras Unidas. Barranquilla. Hanse recibido informaciones de que por cuenta de ustedes se está levantando un radiador vertical de 105 metros altura en dirección pista eje 21 del aeródromo de Soledad, lo cual podría ocasionar descalibración dicho aeropuerto para servicio internacional. Mientras investigase asunto acuerdo disposiciones Aeronáutica, sírvase suspender trabajos construcción, enviarme sus aclaraciones y explicaciones con croquis ilustrativo, fin poder decidir diferencias suscitadas acuerdo Ley 89 de 1938. Servidor (firmado), *Mauricio Obregón,* Director Aerocivil».

Emisoras Unidas, S. A., sostiene que no pudó por entonces dar cumplimiento a la orden de suspensión de trabajos, porque mediaba una obligación en contrario, emanada de la Resolución 556, del Ministerio de Correos y Telégrafos, que imponía a la sociedad la ejecución de la obra en un plazo de seis (6) meses; ni posteriormente creyó sentirse obligada a satisfacer aquella orden, en virtud de haberse concluido las instalaciones con la aprobación oficial del mismo Ministerio, en virtud de lo cual le otorgó la licencia definitiva de funcionamiento.

Con fecha 2 de agosto de 1949, la Dirección de Aeronáutica Civil expidió la Resolución 189, «por la cual se declara como un grave peligro para la navegación aérea la presencia de un radiador vertical de la empresa Emisoras Unidas, S. A., de Barranquilla, situado en la zona de aproximación del aeropuerto de Soledad» (folio 3). En su parte resolutiva, esta providencia, dispuso el retiro o remoción de dicho radiador, en un término no mayor de treinta (30) días y bajo conminación de multa de $ 1.000.00 por el incumplimiento de la orden.

Interpuesto recurso de reposición contra dicha Resolución, se confirmó por la número 292, de 24 de noviembre del mismo año; y el Ministerio de Guerra, a cuyo despacho estaba adscrita, por entonces, la Dirección de Aeronáutica Civil, desató la apelación impetrada subsidiariamente contra las dos primeras providencias, en el sentido de mantenerlas, por Resolución 2860 de 22 de noviembre de 1950. Finalmente, el mismo Ministerio se negó a reponer tal Resolución mediante la número 213, expedida el 30 de enero del año siguiente (folios 3 a 21 vuelto).

No conforme Emisoras Unidas, S. A., con las providencias del Gobierno, referidas, por conducto del doctor Cayetano Betancourt, ocurrió ante esta Corporación, en demanda de fecha 11 de junio de 1951, a fin de que se hagan las siguientes declaraciones:

«1º Que es nula la Resolución número 189, de agosto 2 de 1949, por medio de la cual el Director General de Aeronáutica Civil declaró que el radiador vertical de la empresa Emisoras Unidas, instalado en la ciudad de Barranquilla, constituye un peligro para los aviones que tocan en el aeropuerto de Soledad, y ordenó, en consecuencia, el retiro del radiador, dentro de un término que señaló la misma Resolución y bajo las sanciones que autoriza el artículo 20 del Decreto-ley 766 de 1939.

«2º Que como consecuencia es nula también la Resolución número 292, de noviembre 24 de 1949, de la misma Dirección de Aeronáutica Civil, por la cual no accedió a reponer la Resolución número 189, ya citada.

«3º Que son igualmente nulas las Resoluciones números 2860, de noviembre 22 de 1950, y 213, de enero 30 de 1951, por medio de las cuales, respectivamente, el Ministerio de Guerra confirmó en todas sus partes las Resoluciones anteriores de la Aeronáutica Civil, y no accedió a reponer su propia Resolución en que hizo tal confirmación.

«4º Que como consecuencia de la nulidad declarada, se restablezca el derecho de dicha sociedad en cuanto ha sido violado por las Resoluciones mencionadas, restablecimiento del derecho que consistirá, o bien en la indemnización de perjuicios para el caso de que, al ejecutarse la sentencia, ya haya sido demolido el citado radiador vertical, o bien declarando que no hay lugar a la demolición, o que ésta debe hacerse de acuerdo con lo que dispone el Decreto 824 de 29 de marzo de 1949».

Los hechos de la acción son los siguientes:

«1º En 1946, Emisoras Unidas solicitó del Ministerio de Correos permiso para ampliar sus instalaciones y elevar el poder de su equipo de onda larga a 5 kilowatios.

«2º El Ministerio de Correos, dando cumplimiento al Decreto 1966 de 1946, negó el permiso solicitado por no haberse ceñido Emisoras Unidas a lo prescrito en dicho Decreto, que disponía, entre otras cosas, la ubicación del equipo en un sector fuéra del perímetro urbano, y la erección de una antena o radiador vertical.

«3º Emisoras Unidas solicitó al Ministerio de Correos el envío de un comisionado que visitara los posibles lugares de ubicación del radiador, con el fin de que reuniera todas las condiciones que exigía la ley.

«4º El Ministerio de Correos comisionó a su técnico, doctor Fabio Mejía, para trasladarse a Barranquilla y examinar personalmente el sitio donde Emisoras Unidas debía hacer sus instalaciones. El comisionado, después de un examen de los posibles terrenos escogió el predio de Soledad, donde actualmente se encuentran las instalaciones de la empresa.

«5º Con fecha 7 de febrero de 1947, el Ministerio dictó la Resolución número 556, que autoriza a Emisoras Unidas a constituir el radiador vertical y trasladar sus demás equipos de transmisores al terreno que había merecido la aprobación del Departamento Técnico de dicho Ministerio. Dicha Resolución fijó, además, un término de 6 meses, dentro del cual debería estar terminada la nueva instalación.

«6º Cuando estaban para vencerse los 6 meses aludidos, es decir, el 19 de julio de 1947, Emisoras Unidas recibió un mensaje radial de la Aeronáutica Civil, ordenando la suspensión de los trabajos de construcción del radiador vertical. A la fecha del recibo del mensaje faltaba solamente terminar la instalación del alumbrado de la torre y las lineas de alimentación para la misma.

«7º Emisoras Unidas no pudo dar cumplimiento a la orden de la suspensión de trabajos expedida por la Aeronáutica Civil, porque mediaba la obligación en contrario emanada de la Resolución número 556 del Ministerio de Correos, que obligaba a terminar la instalación en el plazo de 6 meses.

«8º La Aeronáutica Civil expidió entonces la Resolución número 189, de 2 de agosto de 1949, ahora acusada, la que fue confirmada por la Resolución número 292 del mismo año de 1949.

«9º Apelada esta Resolución ante el Ministerio de Guerra, éste, por Resolución número 2860 de 1950 no accedió a revocar aquélla, ni tampoco atendió la reposición que contra ella se interpuso, de acuerdo con lo que se lee en la Resolución número 213 de 1951.

«10. Esta última Resolución quedó en firme el 12 de febrero, a las cinco y media de la tarde, del año en curso y contra dicha Resolución ya no hubo recurso alguno».

Estima la sociedad demandante que los actos acusados violan: el artículo 30 de la Constitución, los artículos 26, 68, 69 y 84 de la Ley 89 de 1938, los artículos 154 y 1º y 2º de los Decretos 1966 y 2864 de 1946 y 1947, en su orden, y el Decreto 824 de 1947, que aprueba el «Reglamento de Aeródromos e Instalaciones» de la Dirección de Aeronáutica Civil.

Tramitado el juicio en forma legal, el señor Fiscal al rendir su vista alegó la prescripción de la acción demandada, y para fundamentar la excepción solicitó la práctica de una inspección ocular al expediente administrativo en donde se dictaron las providencias acusadas, con el objeto de precisar la fecha de la notificación de la que cerró el procedimiento gubernativo, mas el Consejo estimó más conveniente allegar al juicio —mediante auto para mejor proveer— copias legalizadas de lo pertinente, quedando de este modo aclarada la situación, que es la siguiente:

1. Con fecha 30 de enero de 1951, el Secretario General encargado del Ministerio de Guerra dispuso pasar el original de la Resolución número 213, que fue la que cerró la vía gubernativa, a su Departamento Jurídico, para que fuera notificada.

2. El día siguiente, el 31, dicho funcionario notificó la providencia al apoderado legal de Emisoras Unidas, S. A.; y

3. Además, aparece que el 13 de febrero del mismo año se dejó en el expediente la siguiente certificación que se acompañó a la demanda:

«Gabinete del Ministerio.—Departamento Jurídico—Secretaría. El Secretario del Departamento Jurídico del Ministerio de Guerra hace constar que la anterior Resolución quedó ejecutoriada el día de ayer doce (12) de los corrientes, a las cinco y media (5½) p. m., hora en que vencido el término señalado para este efecto por el artículo 78 de la Ley 167 de 1941, contado a partir de la notificación personal al señor apoderado de la empresa interesada. Fueron inhábiles los días 4 y 11 del presente mes. Bogotá, febrero 13 de 1951. (Firmado), *Tomás E. Pardo*, Secretario del Departamento Jurídico. (Sello)».

El concepto fiscal en lo pertinente, dice:

«De acuerdo con lo estatuido en el inciso 3º, del artículo 83 de la Ley 167 de 1941, la acción de nulidad de un acto administrativo encaminado a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, *al cabo de cuatro meses a partir de la notificación* de tal acto; y, como de acuerdo con la preindicada certificación está plenamente establecido que la Resolución susodicha se notificó el 31 de enero de 1951, es una realidad innegable que cuando se presentó la demanda que dio origen al juicio de que me ocupo —11 de junio de 1951—, ya habían pasado los cuatro meses dentro de los cuales tenia derecho a accionar Emisoras Unidas. Por consiguiente, cuando ocurrió la intervención de esta sociedad a impetrar, entre otros puntos, el restablecimiento de sus derechos, la acción para demandar ya estaba prescrita al tenor del inciso 3º del artículo 83 del Código Contencioso, pues el fenómeno jurídico de la prescripción se opera por ministerio de la ley».

Para el Consejo hay dos cuestiones que aparecen claras: la facultad de policía aérea que tiene el Gobierno, de conformidad con los artículos 23, 26, 68 y 69 de la Ley 89 de 1938 y demás disposiciones relativas y concordantes, para ordenar remover instalaciones que estén proyectadas —como la antena vertical de Emisoras Unidas, S. A.— en forma que constituyan un obstáculo para la seguridad aérea; y los perjuicios a que tiene derecho la sociedad demandante —porque la construcción de la antena le había sido autorizada sin tener en cuenta normas legales— a la luz de los artículos 16 y 20 de la Constitución Política, y 2341, 2347 y 2349 del Código Civil, pues las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia y los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución y leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de las funciones. Pero es preciso estudiar previamente si corresponde a esta jurisdicción el conocimiento de tales perjuicios y la defensa propuesta por el Fiscal, ya que si no hay competencia o la excepción llega a prosperar, resulta sobrante el examen de la cuestión de fondo. Al respecto la parte actora no ha alegado nada expresamente, mas el hecho de haber presentado la demanda acompañada de copia auténtica de la certificación del Secretario del Departamento Jurídico del Ministerio de Guerra, en la cual se dice que la Resolución número 213 quedó ejecutoriada el día 13 de febrero de 1951 —un día después de su presentación—, está diciendo que estima que esta entidad sí es la llamada a conocer de su acción y que no está prescrita, por lo que corresponde estudiar, lo que se hace en su orden, la competencia del Consejo, pues este es el primer presupuesto procesal, y luégo si resultare competente, la excepción de prescripción.

Los actos demandados fueron dictados con fundamento en el «Reglamento de Aeródromos», aprobado por el Decreto 824 de 1949, cuyos ordenamientos pertinentes se transcriben:

«21. 1. 7.—Remoción de obstáculos.—21. 1. 7. 1.—El procedimiento de policía aérea nacional para la remoción o eliminación de obstáculos con intervención de la Dirección General de Aeronáutica Civil, en los casos previstos en los artículos 26 y 69 de la Ley 89 de 1938, que se encuentran dentro de las zonas de seguridad y zonas trapezoidales de aproximación de los aeródromos y aeropuertos, definidas en leyes o en reglamentos de la Aeronáutica Civil, que impidan o hagan peligrosas técnicamente las maniobras de aterrizaje o decolaje de los aviones, se llevará a cabo de acuerdo con los artículos siguientes.

«21. 1. 7. 2. En la resolución en que se disponga la remoción o retiro del obstáculo se fijará el plazo dentro del cual debe cumplirse la orden bajo multas de uno a mil pesos moneda corriente ($ 1.00 a $ 1.000.00) como lo determina el articulo 20 del Decreto-ley número 766 de 1939; pero el interesado deberá cubrir de antemano al propietario o responsable del obstáculo la indemnización que corresponda, ya sea por arreglo directo y a falta de éste por medio del avalúo pericial con intervención de las dos partes, y en caso de desacuerdo de los peritos, éstos designarán un tercero cuyo dictamen será obligatorio. Si no hubiere acuerdo para la designación del perito tercero, lo nombrará en subsidio el Director General de Aeronáutica Civil, ante quien llevarán a cabo las diligencias de avalúo, bien directamente o ante el funcionario comisionado al efecto.

«21. 1. 7. 3. Si el propietario o responsable del obstáculo se denegare a recibir el importe del avalúo pericial definitivo, o si dicho propietario o responsable no fuere hallado, el interesado en la remoción podrá hacer el pago por consignación en el Banco o establecimiento de crédito que señale el funcionario público que haya intervenido en las correspondientes diligencias.

«21. 1. 7. 4. Notificada la orden de remoción al propietario o responsable del obstáculo, éste deberá cumplirla dentro del término que se le fije. Si así no lo hiciere, la Dirección General de Aeronáutica Civil podrá disponer que con personal a su cargo se haga el trabajo que fuere necesario para efectuar la remoción, si se tratare de aeródromos de la Nación; o autorizar al interesado para que proceda a efectuar directamente la remoción a sus expensas, sin perjuicio de hacer efectiva la multa bajo la cual se dio la orden para la remoción del obstáculo.

«21. 1. 7. 5. La disposición que dicte la Aeronáutica Civil para la práctica del avalúo de indemnizaciones que deban cubrirse por razón de la remoción de los obstáculos implica necesariamente la facultad de entrada del personal que debe intervenir en el avalúo y demás diligencias ordenadas por la autoridad aeronáutica, a la zona o zonas aledañas al aeródromo en donde se encuentran los obstáculos, sin necesidad de permiso especial del dueño de los terrenos, por tratarse de superficies afectadas por la servidumbre de aeródromos creada por el artículo 68 de la Ley 89 de 1938.

«21. 1. 7. 6. La Dirección General de Aeronáutica Civil podrá en los casos en que así lo considere indispensable, comisionar al Alcalde respectivo para la práctica de las diligencias que hayan de realizarse para la remoción de obstáculos, de acuerdo con el procedimiento prescrito en este Reglamento, y el cual tendrá lugar subsidiariamente a falta de un arreglo directo entre los interesados sobre el monto de las indemnizaciones que deban reconocerse al propietario o responsable de los obstáculos.

«21. 1. 7. 7. El procedimiento aquí establecido es de carácter breve y sumario pero los interesados pueden interponer contra las providencias que dicte la Dirección General de Aeronáutica Civil recurso de apelación que se concederá en el efecto devolutivo para ante el señor Ministro de Guerra. Además, los interesados conservan el derecho que les otorga la ley de recurrir ante la justicia ordinaria si no se conformaren con las indemnizaciones que resulten de los avalúos practicados».

Se está, pues, en presencia de resoluciones de naturaleza civil, dictadas dentro de un juicio de policía aérea, provocado por una queja de Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca), por lo que al mandato del

numeral 2º del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo no son acusables ante esta jurisdicción. El hecho de que tales resoluciones no se hubieran sujetado estrictamente a lo preceptuado en los apartes del Reglamento de Aeródromos, transcritos, al no considerar la indemnización previa de Emisoras Unidas, S. A., en nada modifica la situación de competencia, pues no condenar a perjuicios vale tanto como condenar a menos de lo debido.

Las razones expuestas relevan al Consejo de estudiar la defensa propuesta por el Fiscal.

Por las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, oído el concepto fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, SE DECLARA inhibido para conocer la acción demandada, por incompetencia de jurisdicción.

Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Antonio José Prieto, Eduardo Piñeros y Piñeros, Rafael Rueda Briceño.—Luis E. García V., Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente: doctor Ildefonso Méndez B.).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, tres de noviembre de mil novecientos cincuenta y tres.

Vistos:

En acción de plena jurisdicción, el doctor Gonzalo Gaitán, como apoderado de la sociedad en liquidación *Industria de Productos Oleaginosos Ltda.*, domiciliada en Cartagena, solicita al Consejo, con base en los hechos de su demanda, que se hagan las siguientes declaraciones:

«*Primero.* Que se declare nula la Resolución número 1986, de 1950 (septiembre 6), proferida por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público;

«*Segundo.* Que se declare igualmente nula la Resolución número 293 de 1951 (febrero 8), del mismo Ministerio, por la cual se negó la reposición de la providencia citada en el anterior aparte;

«*Tercero.* Que se declare que la Nación colombiana está obligada a reconocer y pagar, con los dineros de los ciudadanos de la Nación alemana, puestos en fideicomiso y que se hallan en el Fondo de Estabilización, a la sociedad de responsabilidad limitada, hoy en liquidación, que gira bajo la razón social de Industria de Productos Oleaginosos Limitada, con domicilio en Cartagena, la cantidad de seiscientos treinta y un mil ciento treinta y dos pesos, treinta y dos centavos moneda corriente ($ 631.132.32), valor de los perjuicios que sufrió la sociedad demandante con el hundimiento de la goleta *Roamar*, de su propiedad, por acción de un submarino alemán, hecho ocurrido el día 23 de julio de 1942, en aguas colombianas y cuando la motonave, cargada de pasajeros, víveres y mercaderías viajaba del puerto de Cartagena a nuestras islas del Archipiélago de San Andrés y Providencia;

«*Cuarto.* En subsidio de la petición anterior solicito que se declare que la Nación colombiana, con los fondos dichos, está en la obligación de pagar a la sociedad que represento la suma que le corresponde a título de indemnización de perjuicios, con sus elementos de lucro cesante y daño emergente, en armonía con las pruebas que obran en el proceso gubernativo y las que se aduzcan en el presente juicio;

«*Quinto.* Para el caso remoto e improbable de que el Consejo de Estado no encuentre elementos suficientes para fijar el monto de la indemnización, solicito que se haga la condenación *in género*, en la forma establecida por el artículo 123 del Código Contencioso Administrativo».

Al juicio se le imprimió la tramitación ritual correspondiente y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede dictar la decisión final de fondo correspondiente.

Resultando:

1. Que por documento privado de 3 de junio de 1939, el señor Charles Buford Busch vendió a Eduardo Uribe Ospina (o a él —según hizo constar el vendedor en la escritura de notificación de esta venta, hecha, como se verá, ante el Cónsul colombiano en Kingston, Jamaica— como gestor del negocio de cocos y copra que tenía con José Domingo Arango y la sociedad Fagrave) el 65% de la goleta denominada en ese entonces *Mayflower*, después *Urios* y finalmente *Roamar*.

2. Que el 11 de enero de 1941, el señor Buford Busch transmitió a Arango, a título de dación en pago, el 35% restante de la misma goleta.

3. Que por escritura pública número 18, de 13 de febrero de 1942, de la Notaría de San Andrés y Providencia (Islas), el señor Pablo Arango R., como apoderado general de Uribe Ospina, vendió a los señores Arango y Eladio Rodríguez el 65% de la goleta *Urios*.

4. Que dicha venta, en la forma expresada, no fue aceptada por el señor Uribe Ospina, por lo que inició el juicio civil correspondiente, con el fin de obtener la invalidación del acto.

5. Que dicha goleta fue hundida por un submarino alemán en aguas colombianas el 23 de julio de 1942.

6. Que por escritura pública número 1, de 27 de septiembre de 1944, protocolizada en el Consulado de Colombia en Kingston, el señor Buford Busch ratificó la venta del 35% de la goleta hecha al señor Arango, y del 65% de la misma efectuada a Uribe Ospina; ratificación del 65% que consumó Buford Busch a los señores Rodríguez y Arango, por considerar que éstos eran en ese momento los propietarios de tal derecho en la goleta.

7. Que los señores Arango y Rodríguez, por escritura pública número 86, de 16 de febrero de 1943, de la Notaría 2ª del Circuito de Cartagena, declararon que la suma de $ 37.129.45, constitutiva del costo de la adquisición de la goleta *Roamar*, incluyendo los gastos de reparación de la misma, fueron tomados del fondo social de la compañía denominada «Industria de Productos Oleaginosos Nacionales, Ltda.» y que, por lo tanto, transferían el dominio de dicha nave a esa sociedad.

8. Que al liquidarse la compañía, por escritura pública número 844 de 18 de octubre de 1943, de la misma Notaría, se adjudicaron a sus socios «todos los valores, bienes, derechos y acciones de cualquier naturaleza no puntualizados en este instrumento, que en cualquier tiempo se definan como valores, bienes, derechos o acciones pertenecientes o que puedan pertenecer a "Industria de Productos Oleaginosos Nacionales, Ltda.".»

9. Que por escritura pública número 846, de 18 de octubre de 1943, también de la misma Notaría, los socios de la extinguida compañía «Industria de Productos Oleaginosos Nacionales, Ltda.», con la intervención de los herederos de José Domingo Arango, en su representación, y el señor Luis Martínez G. constituyeron una nueva sociedad, idéntica a la anterior, que denominaron «Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.».

10. Que por documento privado de fecha 23 de marzo de 1946, debidamente registrado, los señores Rodríguez, Martínez y Pablo Arango, socios de la compañía «Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.» declararon:

> «*Primero*. Que los suscritos y el General José Domingo Arango, fueron los únicos socios de la sociedad limitada "Industria de Productos Oleaginosos Nacionales", constituidos por escritura pú-

blica número 278 de 26 de mayo de 1941, de la Notaría Segunda de Cartagena.

«*Segundo*. Que esta sociedad fue disuelta y liquidada el 18 de octubre de 1943, según escritura número 844, de la misma Notaría, y en dicha liquidación fueron adjudicados en la proporción allí expresada a cada uno de los socios "todos los bienes, derechos y acciones de cualquier naturaleza no puntualizados en este instrumento" y que en cualquier tiempo se definan como valores, bienes, derechos o acciones que pertenezcan a la sociedad liquidada.

«*Tercero*. Que durante la vida de la sociedad fue hundida por un submarino alemán el día 23 de julio de 1942, la goleta *Roamar*, creándose con ello un derecho a la indemnización de perjuicios a favor de la sociedad citada.

«*Cuarto*. Que los suscritos Rodríguez, Martínez y Arango y el General José Domingo Arango, por escritura número 846, de 18 de octubre de 1943, constituyeron la sociedad "Industria de Productos Oleaginosos, Limitada", que es prácticamente sucesora de la sociedad a que se refiere el ordinal primero de este documento.

«*Quinto*. Que aunque en la liquidación de la sociedad citada adjudicóse, como queda dicho, el valor que pueda obtenerse de la indemnización por el hundimiento de la goleta *Roamar* a cada uno de sus socios y en la proporción establecida, es la verdad que la intención de los suscritos ha sido y es reconocer a la sociedad sucesora como única propietaria de dicho valor o indemnización.

«*Sexto*. Por consecuencia de lo expuesto declaramos que reconocemos que la sociedad "Industria de Productos Oleaginosos" referida en la cláusula *Cuarto*, del presente documento y en la cual son hoy únicos interesados y dueños la sucesión del General José Domingo Arango y los demás socios constituyentes, es propietaria exclusiva de los valores, derechos, acciones o bienes que puedan resultarnos de la reclamación por indemnización proveniente del hundimiento de la goleta *Roamar*, y al efecto cedemos sin restricción alguna dichos derechos y acciones a la citada sociedad, renunciando, como renunciamos a favor de ella las acciones que nos corresponden legalmente para adelantar la reclamación y recibir la indemnización.

«*Séptimo*. Que a virtud de este reconocimiento aceptamos y coadyuvamos todas las gestiones y ratificaremos si ello fuere necesario los poderes que la sociedad "Industria de Productos Oleaginosos Ltda." haga y otorgue por conducto de su representante legal para obtener la indemnización a que nos hemos referido».

11. Que la sociedad «Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.», la sucesión de José Domingo Arango, como copartícipe de dicha compañía, y Uribe Ospina demandaron al Ministerio de Hacienda y Crédito Público una indemnización de perjuicios por el hundimiento de la goleta *Roamar* por un submarino alemán de $ 78.500.00 —valor en que ésta fue estimada pericialmente dentro del sumario que se levantó por su hundimiento— por daño emergente, y de $ 553.132.32, por lucro cesante, en cuatro años (inicialmente pidieron por este concepto $ 347.520.00 y por 24 meses) por calcular ese tiempo como suficiente para la cesación de las circunstancias que hacían presumible la obtención de utilidades provenientes de la nave (véanse folios 2 vuelto, 3 vuelto, 10, 11 y 34 del cuaderno principal del expediente administrativo); demanda que fue negada por las resoluciones acusadas, alegando: carencia de personería de los peticionarios, por no haber adquirido legalmente la propiedad de

la goleta, pues la venta que de ella hizo Buford Busch, en la forma conocida, fue nula por haber sido efectuada por escritura privada y no por escritura pública, como lo manda el Código de Comercio Marítimo para las naves de su tonelaje; que la ratificación posterior de esa enajenación por escritura pública no les convalidó su posición jurídica, pues cuando se hizo la goleta había perecido y, por lo tanto, no se podía ratificar la venta de una cosa que ya no existía; y que la claridad del texto del referido documento de ratificación no permite que el acto se interprete en el sentido de que Buford Busch lo que quiso fue transmitirles su derecho a reclamar la indemnización por el hundimiento de la nave.

12. Que el apoderado de la sociedad demandante considera que los actos acusados violan los artículos 2º de la Ley 50 de 1936, 9º de la Ley 39 de 1945, 742, 743 y 762 del Código Civil, en sus incisos segundos; exponiendo así el concepto de la violación:

«El Ministerio, en las resoluciones acusadas, apoyado en los conceptos de los abogados del Fondo de Estabilización, doctores Darío Echandia y Pedro A. Gómez Naranjo, enfocó el problema por el aspecto del dominio de la nave, tal como si se tratara de un juicio sobre la propiedad de la embarcación entre partes contendientes. Después de un examen de la titulación de la nave a su manera, concluyó que la sociedad reclamante no había demostrado su derecho de dominio sobre la goleta perdida y por consiguiente carecía en absoluto de derecho a toda indemnización. Grave error. Generalmente en casos de pérdida o deterioro de una cosa, el perjuicio lo sufre el dueño, pero no siempre es así. En casos excepcionales el dueño puede no sufrir perjuicio o sufrirlo en parte, y en parte, otras personas que tienen derecho a la cosa, como el arrendatario, el usufructuario, el comodatario, el que tiene un derecho de servidumbre, etc. Tanto es así que el Código Judicial, en el tratado de las expropiaciones, Título XXV, artículo 852 y siguientes, ordena citar a todos los que puedan tener algún interés en los bienes expropiados, para hacer extensiva la indemnización a ellos.

«Con el examen de la titulación de la nave que hice en el capítulo anterior creo haber dejado demostrado hasta la saciedad que el derecho a la indemnización está hoy radicado en la sociedad en liquidación que me ha conferido poder. Sobre este tópico insistiré más adelante al hacer la crítica de las aparentes razones en que se fundó el Ministerio. Pero desde ahora quiero dejar establecido que aun en el falso supuesto de que no se hubiera probado el derecho de dominio de la nave en favor de la sociedad reclamante, siempre tendría derecho a la indémnización. En efecto, es un hecho protuberante, evidente, que el negocio de transportes que se hacía con la goleta *Roamar* lo venía explotando la entonces sociedad, "Industria de Productos Oleaginosos Nacionales Limitada". Así lo demuestra el hecho de que, tan pronto se supo del hundimiento, el señor Pablo Arango R., socio de la sociedad y en nombre de ella, se presentó al Juzgado del Circuito de San Andrés a hacerse parte civil en las diligencias sumarias que se adelantaban en ese despacho. La patente marítima número 190, concedida para que pudiera navegar la goleta *Roamar*, visible en el folio 36 del expediente gubernativo, se expidió el 15 de julio de 1942, pocos días antes del hundimiento, a favor de los señores José Domingo Arango y Eladio Rodríguez. Como ya se vio, el señor Eladio Rodríguez en nombre de la sociedad "Industria de Productos Oleaginosos Nacionales Limitada" (hecho 23º), por medio de la escritura pública número 96, de 19 de febrero de 1943, de la Notaría Segunda de Cartagena, hizo formal

y pública protesta por el hundimiento de la goleta. Imposible suponer siquiera que individuos sin ningún derecho se apersonaran inmediatamente en la investigación. Los títulos que indican a la sociedad reclamante como dueña de la goleta, por lo menos sirven para demostrar la posesión y es manifiesto que los poseedores soportaron el perjuicio y deben, de consiguiente, ser indemnizados.

«Veamos ahora la razón fundamental del Ministerio para negar la indemnización. Dice así la Resolución 1986, al prohijar el concepto del doctor Echandía: "Lo primero que debe estudiarse es, pues, la personería sustantiva de la sociedad y de la sucesión demandantes.

"Los derechos de dicha sociedad se derivan de un documento privado reconocido el 23 de marzo de 1946, según el cual los señores Eladio Rodríguez, Amadeo Martínez y Pablo Arango R. ceden a la dicha compañía constituida por escritura número 846 de 18 de octubre de 1943, sus derechos a reclamar indemnización por el hundimiento de la goleta *Roamar*.

"Veamos, pues, qué derechos tenían los cedentes a dicha indemnización.

"Esos derechos se hacen derivar de la escritura número 1 de 27 de septiembre de 1944, otorgada ante el Cónsul de Colombia en Kingston, por la cual Charles Buford Busch, dice transmitir el dominio de la goleta a José Domingo Arango, en un 35% y al mismo Arango y a Eladio Rodríguez en el 65% restantes.

"Respecto de esta escritura ocurren varias observaciones.

"La destrucción de la goleta que fue el objeto de la tradición hecha por este instrumento, ocurrió, según el demandante, el 23 de julio de 1942, es decir, varios años antes de la escritura. Ahora bien: ¿Puede considerarse que el registro de esta escritura transfiriera el dominio de la goleta ya desaparecida? Evidentemente no; con esta escritura el otorgante no transmitió ningún derecho real sobre la nave ya desaparecida.

"Por otra parte, aunque el demandante afirma que los compradores adquirieron la goleta para la compañía 'Industria de Productos Oleaginosos Nacionales, Limitada', es lo cierto que en la citada escritura no aparece que los aceptantes hubieran querido recibir para dicha compañía. No aparece, pues, ni que el otorgante Buford Busch hubiera transmitido el dominio de la goleta porque ésta ya no existía, ni que los aceptantes hubieran querido adquirirlo para la compañía.

"Queda por ver si mediante la citada escritura el señor Buford Busch, quiso transmitir sus derechos a pedir la indemnización por el hundimiento de la goleta y si fueron esos derechos los adquiridos por los aceptantes de la escritura citada. Para resolver este problema debe tenerse en cuenta la intención de las partes manifiesta en el citado instrumento. Mediante éste quiso el otorgante ratificar la venta de la goleta hecha sin las formalidades legales en 1941. Ahora bien: si lo que se trataba era de dar validez a los actos, que, por falta de formalidades legales, no habían transferido el dominio de la goleta (artículo 749 del Código Civil), es evidente que la intención de las partes no fue hacer la tradición del crédito o derecho personal a percibir la indemnización, sino transmitir el derecho real de dominio que no se transmitió por haber desaparecido el objeto de la tradición con anterioridad a ésta.

"No habiendo, pues, transmitido Buford Busch el derecho a cobrar la indemnización a Arango y Rodríguez, éstos tampoco lo transmitieron a la sociedad demandante.

"Se concluye, pues, que dicha sociedad no tiene personería sustantiva para demandar la indemnización, derivada del documento de 23 de marzo de 1946, ni de la escritura número 1 de 27 de septiembre de 1944".

«En primer lugar, no es exacto que mi poderdante derive sus derechos única y exclusivamente del documento privado de 23 de marzo de 1946. Como ya lo dije en el capítulo anterior, citando paso a paso las pruebas que respaldan mis afirmaciones, la goleta fue adquirida en un sesenta y siete y medio por ciento (67½%) por el señor José Domingo Arango y en un treinta y dos y medio por ciento (32½%), o sea el resto, por el señor Eladio Rodríguez (hecho cuarto de la demanda). Éstos dos señores, a cuyo favor estaba la titulación, han hecho diversas manifestaciones, ya por documento privado, ya por escrituras públicas, que la goleta fue comprada con fondos de la sociedad y reparada con sus dineros. En escritura pública número 604, de 14 de junio de 1948, de la Notaría Segunda de Cartagena, contentiva de la disolución y liquidación de la sociedad "Industria de Productos Oleaginosos Limitada", y que el Ministerio no tuvo a la vista, por no haberse acompañado a la actuación gubernativa, los señores Eladio Rodríguez y los únicos herederos del señor José Domingo Arango, declaran, de acuerdo con todos los socios de la sociedad en cuyo nombre presento esta demanda. Quizá si esta escritura se hubiese llevado ante el Ministerio, la conclusión de las resoluciones que acuso habría sido contraria.

«Desaparecida la nave, hoy sólo queda un derecho creditual y las manifestaciones de los dueños de la goleta señores José Domingo Arango y Eladio Rodríguez y la aceptación de los restantes consocios de la sociedad son más que suficientes para traspaso o cesión del crédito.

«Pero el error del Ministerio y de los abogados del Fondo de Estabilización estriba en la equivocada interpretación y alcance que han dado a la escritura número 1 de 25 de septiembre de 1944, otorgada ante el Cónsul de Colombia en Kingston y a las declaraciones que en ella hizo el señor Charles Buford Busch.

«El Ministerio y los abogados hacen este argumento simplista: Cuando el señor Buford vendió, por documento privado, la nave, la venta era inválida porque la ley exige que se haga por escritura pública; y cuando la hizo por escritura pública, ya no podía tener efecto, porque la nave había desaparecido y el contrato carecía de objeto.

«Erradamente consideran el Ministerio y los abogados del Fondo que dicha escritura otorgada en Kingston contiene la venta de la goleta. Pero bien claro se ve que el objeto de la escritura fue RATIFICAR o CONFIRMAR una venta anterior a la cual faltaba un requisito esencial para su validez. Los términos no pueden ser más claros: "... Por medio del presente instrumento viene a perfeccionar y ratificar la transferencia del dominio...".

"Por el presente instrumento ratifica la mencionada venta...". Y la ratificación o confirmación opera desde el momento de la celebración del acto confirmado o ratificado y no desde la fecha de la ratificación. Como dice Planiol, "La confirmación tiene por efecto tornar válido el acto que era primitivamente anulable; hace desaparecer el vicio que lo afectaba porque consiste en la renuncia a la acción de nulidad, cuyo ejercicio se hace imposible. Desaparecida la única persona que podía atacarlo, el acto adquiere solidez como si hubiese sido regular desde el principio; no solamente los efectos que había producido en el pasado quedan confirmados y se hacen definitivos, sino que el acto es suscepti-

ble de producir nuevos efectos en el porvenir. Es *retroactivamente válido*". (M. Planiol. *Droit Civil,* Tomo primero, página 131, número 343). Y el mismo expositor prosigue en el Tomo Segundo, página 440, número 1295: "Para que la confirmación sea posible se requieren dos cosas: Primero, la persona que confirme el acto debe tener un conocimiento especial *del vicio que trata de reparar*".

"La ley exige que la naturaleza del vicio sea especialmente mencionada en el nuevo acto para verificar la confirmación, cuando ella es expresa. No es suficiente pues que la persona que confirma el acto exprese de una manera vaga su intención de purgarlo de los vicios que tenga, sin saber de cuáles se trata. Segundo, la confirmación debe intervenir en un momento tal en que ella misma esté exenta del vicio que contiene el acto que se trata de confirmar. Esta condición concierne exclusivamente a los vicios de *violencia y de incapacidad.* Es claro que, si la violencia persiste aún, o la incapacidad, el acto confirmatorio en si no seria obra de la voluntad libre de una persona, en uso de sus derechos, y no podia purgar un vicio de que él mismo adolece".

«Me haria interminable si continuara citando expositores y jurisprudencias. Quiero llamar, eso si, la atención de los honorables Consejeros a los brillantes e insuperables alegatos que el doctor León Cruz Santos presentó ante el Ministerio sobre este punto de la ratificación.

«Ahora bien: en la escritura otorgada en Kingston, el señor Buford declara expresamente que habiendo tenido conocimiento posterior de que la venta de una nave de más de diez toneladas exige escritura pública en la legislación colombiana, ratifica expresamente, por escritura pública, las ventas que habia hecho por documento privado. Forzosamente el señor Buford tenía conocimiento de que la goleta habia sido hundida, pero por sobre todo, la ratificación o confirmación entraña la renuncia de la acción de nulidad y el único que podía ejercitar esa acción era el señor Buford, quien, por sus declaraciones en la escritura ya nombrada ha hecho implícita renuncia de esta acción.

«En los contratos solemnes, según el Código Civil, la solemnidad es consustancial al acto y su falta induce nulidad absoluta. Nuestra legislación no contempla, como la francesa, la inexistencia de los actos jurídicos y sus vicios se purgan por medio de la nulidad. En consecuencia, la falta de escritura pública en los actos en que ella se requiere, produce nulidad absoluta. La escritura pública en estos actos es como dicen los tratadistas de pruebas judiciales, una prueba *ad sustantiam actus,* o sea un elemento extrínseco, pero sustancial al acto. Su falta lo hace nulo, pero es una nulidad que puede sanearse por la ratificación, a este respecto, es claro el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que vino a introducir una saludable reforma a nuestro estatuto civil y que dice: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

«No estando afectados los actos de la venta de la nave por objeto o causa ilícitos, es claro que podían ratificarse; esta ratificación tiene efecto desde la fecha en que se incurrió en la nulidad y precisamente en la disposición transcrita encuentra só-

lido apoyo la revalidación de las primitivas ventas que por medio de la escritura otorgada ante el Cónsul de Colombia en Kingston hizo el señor Buford.

«Pero arguye el doctor Echandía, y con él el Ministerio, que en conformidad con el artículo 749 del Código Civil y por falta de la formalidad de la escritura pública, no se transmitió el dominio de la goleta. Dice el artículo invocado por el doctor Echandía: "Si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere el dominio sin ellas".

«La cita del artículo 749 es completamente inane. Ciertamente la falta de formalidades esenciales hace inválido el contrato, pero ello no excluye en manera alguna que posteriormente se pueda revalidar lo que en un principio fue nulo, por medio de la ratificación o confirmación. Acepto que las ventas primitivas que hizo el señor Buford, por medio de documento privado, fueron inválidas en su tiempo, pero luégo adquirieron plena validez, por virtud de la ratificación que se hizo por medio de la escritura número 1 de 25 de septiembre de 1944, otorgada ante el Cónsul de Colombia en Kingston.

«Pero es más: el acto por el cual se transmite el dominio es la tradición y no la venta, como parece entenderlo el Ministerio. La venta es el título apenas y la tradición el modo, según el artículo 673 ibídem. Cabalmente por esto en nuestro derecho, la venta de cosa ajena es válida, porque el vendedor, que sólo contrae la obligación de entregar la cosa vendida, puede adquirirla luégo de su verdadero dueño y hacer después válida tradición. Esto es elemental y figura en el A B C del derecho civil.

«Olvidó el Ministerio parar mientes en el principio jurídico que encierran los incisos finales de los artículos 742 y 743 del Código Civil, que dicen: "Una tradición que al principio fue inválida por haberse hecho sin voluntad del tradente o de su representante, se valida retroactivamente por la ratificación del que tiene la facultad de enajenar la cosa como dueño o como representante del dueño". "Pero la tradición que en un principio fue inválida, por haber faltado este consentimiento, se valida retroactivamente por la ratificación".

«Si, pues, puede validarse retroactivamente por la ratificación una tradición en que falta la voluntad del tradente o su consentimiento, elementos intrínsecos, sustanciales e importantísimos de los actos jurídicos, *a fortiori* cuando sólo falta un elemento extrínseco, aunque sustancial. El consentimiento debe manifestarse en la forma prevenida por la ley. Si se trata de contratos solemnes, debe expresarse por escritura pública. En las ventas por documento privado que hizo el señor Buford, no se manifestó el consentimiento en la forma prevenida por la ley y por tanto la tradición que subsiguió fue inválida, pero se validó retroactivamente por la ratificación, conforme al segundo colon del artículo 743 que acaba de transcribirse.

«Agrega el Ministerio, aceptando implícitamente las transferencias de la nave, que en ningún caso el crédito por razón de la indemnización entró al patrimonio de la sociedad reclamante.

«Se contesta: en la escritura de liquidación de la sociedad "Industria de Productos Oleaginosos Limitada" el señor Eladio Rodríguez y los herederos del señor José Domingo Arango, expresamente transfirieron a la sociedad el derecho a la indemnización.

«Y aunque así no hubiera sido, el que puede lo más puede lo menos, conforme al conocido adagio. Si quiso transferirse el dominio de la cosa, que es lo principal, con la misma razón se trans-

firieron los derechos que pudieran nacer de la destrucción de la cosa, que es lo accesorio.

«En la Resolución número 293, se dice: "Sobre esto se observa que la ratificación expresa para que sea válida debe hacerse con las solemnidades a que por ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica, y que una de las solemnidades esenciales del contrato de venta es la existencia de la cosa, que no se podia cumplir en el año de 1944, porque la nave había sido destruida en el año de 1942. No podía, pues, sanearse un contrato que no era susceptible de ratificación".

«La única solemnidad que la ley exige en la enajenación de bienes raíces y de naves de cierto tonelaje, es la de la escritura pública, y justamente por escritura pública hizo la ratificación el señor Charles Buford Busch, luego estamos de acuerdo con el Ministerio en este punto y de consiguiente la ratificación surtió todos sus efectos, a menos que el Ministerio incurra, como parece incurrir, en el disparate jurídico de llamar SOLEMNIDAD a la existencia de la cosa. Ni el consentimiento, ni la capacidad, ni el objeto, ni la causa son solemnidades. En ninguna parte la ley la llama así. Una cosa son las solemnidades, y otra, bien distinta, los elementos del contrato.

«Pero descendiendo de estas consideraciones jurídicas, a la simple razón, ya que el derecho es la razón escrita, cabe hacer esta breve observación: el Ministerio acepta, como no podía menos de hacerlo en presencia de las pruebas, que la goleta *Roamar* fue hundida por la acción de un submarino alemán. Esa goleta algo valía, poco o mucho (daño emergente) y algo producía (lucro cesante). Su destrucción causó necesariamente un perjuicio porque no podía suponerse *res nullius*, una goleta fantasma, que surcaba los mares como moro sin señor, sin dueño, sin poseedor, sin usufructuario. Este perjuicio debe reparársele a alguien. ¿A quién? El Ministerio acepta que el primitivo dueño de la goleta fue el señor Charles Buford Busch. Pero este señor ha declarado en todos los tonos que se desprendió de la goleta en favor de los señores Eladio Rodríguez y José Domingo Arango, y éstos señores, a su turno, han manifestado, por documento privado y por escritura pública varias veces, que los derechos a la indemnización corresponden hoy en su integridad a la sociedad demandante. Luégo, ¿donde está el problema?

«El único reato que pudiera haber tenido el Ministerio sería el de que la Nación fuera obligada a pagar dos veces, una a la sociedad reclamante, y otra, al señor Buford Busch, a quien acepta como primitivo dueño de la goleta y que en su sentir no se desprendió de ella, porque las ventas que hizo durante la existencia de la nave no llenaban las formalidades legales. Pero el peligro no existe ni remotamente. Quiero repetir hasta el cansancio, que el señor Buford Busch se cerró las puertas a toda reclamación con la honrada y leal manifestación que hizo, por escritura pública ante el Cónsul de Colombia en Kingston. Esta, que es la única explicación que pudiera darse a las resoluciones ministeriales, no tiene la menor consistencia.

«Según la Ley 39 de 1945, los dineros de los ciudadanos alemanes se pusieron en fideicomiso para responder con ellos a las indemnizaciones por los daños que pudiera sufrir la Nación o los colombianos por la agresión del Reich. Pagadas todas las indemnizaciones, el sobrante deberá reintegrarse a sus dueños, porque si así no se hiciera, los dineros provenientes de los bienes incautados quedarían sin causa en las arcas públicas, con notoria mengua del buen nombre y del crédito de la República. El valor,

pues, de las indemnizaciones no sale de la Nación, sino del patriminio de los ciudadanos del país agresor.

«En estas condiciones resulta inexplicable la insistencia del Ministerio en negar la reparación a una sociedad colombiana, de socios también colombianos en su totalidad, que sufrió un grave y evidente perjuicio con el hundimiento de una de sus unidades navales, hasta el punto de que por este motivo tuvo que liquidarse la sociedad, dejando como único patrimonio para repartir el valor de esta reclamación. Así lo demuestro con la copia de la escritura de disolución y liquidación de la sociedad que acompaño a la presente demanda.

«Vuelvo a repetir que aun en el falso supuesto de que tuvieran algún asidero legal las objeciones que el Ministerio formula a la titulación de la nave, lo cierto es que el perjuicio lo sufrió mi poderdante y a él corresponde la indemnización, porque es el que sufre el perjuicio quien debe ser indemnizado, auncuando no sea el dueño de la cosa.

"La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente y no existe no produce efecto alguno", dice el artículo 1870 del Código Civil. Esta, que es otra de las citas que hace el Ministerio en pro de su tesis, es completamente exótica y no viene a cuento. Incide el Ministerio en el mismo error de confundir lamentablemente la ratificación que hizo el señor Buford en Kingston, con una venta. La venta se hizo, aunque sin los requisitos legales, cuando la nave existía. Nada importa que cuando se hizo la ratificación hubiese dejado de existir, porque si entre el contrato y su ratificación puede existir una solución de continuidad cronológica, no la hay jurídica. Los dos actos, aunque distanciados en el tiempo, forman un todo armónico que fija los derechos y obligaciones de los contratantes y la situación jurídica del objeto contrato. Por la misma razón tampoco viene a cuento el famoso argumento que cree hallar el doctor Gómez Naranjo en el *res perit domino*. El Ministerio y e doctor Gómez Naranjo, y también el doctor Echandia, consideran que la nave nunca salió del patrimonio de Charles Buford Busch y la conclusión lógica que se desprende de sus razonamientos es que este señor tiene derecho a cobrar la indemnización auncuando no la está reclamando, ni la quiere reclamar, pues, claramente ha renunciado a toda reclamación. Con el *res perit domino* del doctor Gómez Naranjo, la cosa pereció para el señor Buford y él tendría derecho a la indemnización. Pero yo puedo replicar: *res perit creditori*. El señor Buford confiesa que recibió el precio de la venta de la goleta. No podía quedarse con la goleta y con el precio. Si no hubiese ratificado la venta, como lo hizo, a los compradores les quedaban dos derechos: El primero una típica obligación de hacer pesaba sobre el señor Buford. Otorgar la escritura pública. Esta obligación podían hacerla efectiva los compradores ejecutivamente y si el señor Buford se negaba a otorgarla, el Juez la otorgaría en su nombre. Además, tenía la obligación de entregar la cosa vendida. Así pues, los señores Arango y Rodríguez fueron acreedores del señor Buford antes de la ratificación y *res perit creditori*.

«Pero el señor Buford entregó materialmente la nave a los compradores varios años antes del hundimiento, lo cual les dio el carácter de poseedores. La ley ampara siempre al poseedor, aun contra el dueño en algunos casos, porque la posesión es el signo visible del derecho de propiedad. El que está en vía de ganar por usucapión el dominio de una cosa es tutelado por la ley, aun contra el verdadero dueño, mientras el poseedor no haya sido

oído y vencido en juicio por medio de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. ¿Qué decir cuando el dueño, que, en concepto del Ministerio es el señor Buford, está en un todo de acuerdo con el poseedor según sus manifestaciones explícitas hechas por escritura pública?

«Para terminar podría preguntar: ¿Qué resolvería el Ministerio si el señor Charles Buford Busch, con base en los conceptos que contienen las resoluciones acusadas, se presentara en estos momentos a hacer la reclamación para sí? ¿La concederia, no obstante las explícitas manifestaciones del señor Buford de haber traspasado todos sus derechos a los señores Eladio Rodríguez y José Domingo Arango? Si la cosa perece para su dueño, es decir el señor Buford, según el concepto del Ministerio, pero el dueño no quiere reclamar, porque según su propia manifestación transfirió todos sus derechos a otras personas, o sea a los señores Rodríguez y Arango, ¿a quién corresponde percibir la indemnización? Debo repetir que el hundimiento de la goleta causó perjuicios a alguien y ese alguien debe ser indemnizado con el dinero que para tal efecto destinó la Ley 39 de 1945. La goleta pasó, primero, del poder del señor Buford a los señores José Domingo Arango y Eduardo Uribe Ospina; luégo al de los señores Eladio Rodríguez y José Domingo Arango; después, al de la sociedad "Industria de Productos Oleaginosos Nacionales, Limitada"; y finalmente al de la sociedad "Industria de Productos Oleaginosos Limitada", hoy en liquidación y que es la actual demandante».

13. Que en los autos, mediante peritación surtida con las ritualidades legales, se ha calculado el perjuicio ocasionado por el hundimiento de la goleta *Roamar*, así:

«1. Capital, representado por el precio de la *Roamar* y como daño emergente .... $	176.050.00
«2. Productividad del capital en tres (3) años de guerra, a una tasa de beneficio del 20%	105.630.00
«3. Productividad del capital en siete (7) años a una tasa normal de beneficio calculada al 10%.	197.176.00
Total del daño por lucro cesante .... $	302.806.00»

14. Que el señor Uribe Ospina no demandó ante el Consejo la nulidad y el consiguiente restablecimiento de su derecho, de las resoluciones por las cuales el Ministerio no accedió a reconocerle, como coadyuvante del referido reclamo, la indemnización; mas como se hizo parte en este juicio, adquirió la misma posición de la sociedad demandante, con ese fin.

15. Que entre «Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.», y el señor Uribe Ospina, se llegó a una transacción, en virtud de la cual el 85% de la indemnización que pueda decretar el Consejo en este juicio corresponde a la sociedad y el resto, o sea el 15%, al señor Uribe Ospina; y que éste, en consecuencia, desistió del juicio de que se habla en el aparte 4.

16. Que el Consejo es competente para conocer de esta demanda por lo dispuesto en el ordinal 3º del articulo 34 de la Ley 167 de 1941 y 9º de la Ley 39 de 1945.

Considerando:

1. Que la cuestión abstracta de si los perjuicios demandados son o no indemnizables por el Estado colombiano fue estudiada en sentencias de 24 de noviembre de 1949, 24 de mayo de 1950 y 30 de octubre de 1951, en las cuales se resolvieron situaciones análogas, por lo que basta transcribir lo dicho en tales providencias:

«... Con motivo del último conflicto mundial, el Congreso de Colombia y con su autorización, el Gobierno, dictaron, desde el año de 1941, en desarrollo de preceptos constitucionales y de compromisos anteriores de la Nación, una serie de medidas, de orden internacional e interno, encaminadas, entre otros fines, al mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad y cooperación interamericana; a la vigilancia, control y reglamentación de las actividades de los extranjeros en el país; al control del movimiento de fondos y cuentas de ciudadanos y entidades extranjeras y al de títulos o acciones pertenecientes a ellos; a la protección de los intereses colombianos; y a la prevención de cualquier actividad de nacionales o extranjeros que ponga en peligro la seguridad pública o que constituya una evidente amenaza por el desarrollo de la política internacional de Colombia.

«... Entre las normas expedidas de acuerdo con el plan general expuesto, se encuentran el Decreto número 59 de 1942, por medio del cual se estableció un régimen especial de administración de los fondos y valores que allí se especifican, pertenecientes a individuos o entidades de nacionalidad alemana, italiana o japonesa, o de los países ocupados militarmente por tales naciones; la Ley 7ª de 1943, que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para adicionar o modificar los decretos sobre administración y control de algunos bienes de extranjeros; el Decreto 2622 de 1943, que consideró que los actos de agresión ejecutados por Alemania habían colocado a la Nación en estado de beligerancia con dicho país, motivo por el cual los daños y perjuicios ocasionados por esos actos, como los gastos que imponga a Colombia dicho estado de beligerancia, debían ser objeto de adecuada indemnización por parte de Alemania, conforme a las normas del Derecho Internacional, y dispuso la permanencia en vigor del régimen de administración fiduciaria de bienes de ciudadanos alemanes, "mientras no se hayan pagado las indemnizaciones y reparaciones a que haya lugar por razón de los daños que el Estado alemán o sus súbditos causen a las propiedades del Estado colombiano o de los ciudadanos colombianos, o a las personas de éstos, y por razón igualmente de los gastos que la situación de beligerancia, provocada por Alemania, imponga al Tesoro Público de la Nación; el 1723 de 1944, que, por considerarlo de utilidad pública y de interés social, decretó la expropiación de los bienes muebles e inmuebles pertenecientes a alemanes, afectos al pago de las indemnizaciones y reparaciones de guerra, de conformidad con el Decreto 2622 de 1943, señaló el procedimiento para efectuarla, preceptuó la adjudicación a favor del Estado y ordenó que los bienes así adquiridos fueran administrados por el Fondo de Estabilización; y, finalmente, la Ley 39 de 1945, 'por la cual se provee el pago de las indemnizaciones y reparaciones por causa de la guerra con Alemania y se dictan varias disposiciones relacionadas con bienes de ciudadanos de ese país'. A esa Ley pertenece la siguiente disposición, entre otras: 'Sin perjuicio de la reclamación a que haya lugar ante el Estado alemán, o ante los Gobiernos, personas o entidades que lo representen o sustituyan, las indemnizaciones o reparaciones

por razón de los gastos que la situación de guerra provocada por el Reich alemán impuso al Tesoro Público de la Nación, o por los daños causados por Alemania o por sus súbditos a las propiedades de Colombia o de los ciudadanos colombianos, o a las personas de éstos, se harán efectivos en primer término, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º del Decreto 2622 de 1943, y 7º del Decreto 1723 de 1944, y en la forma como se establece en esta Ley, sobre los siguientes bienes...".

«En seguida hace la especificación de éstos, con inclusión de los que se encuentran en administración fiduciaria por los diversos motivos allí determinados, fija la proporción con que las personas naturales o jurídicas, dueñas de tales bienes, concurrirán al pago de las indemnizaciones y reparaciones legales, y dicta otras medidas tendientes a la efectividad de ellas, entre las cuales está la del artículo 9º, que en lo sustantivo dice:

"Los daños y perjuicios causados a los colombianos en sus personas o en sus bienes, con motivo de la guerra provocada por el Reich alemán, serán pagados por el Estado colombiano de los fondos que se hallen en fideicomiso en el Fondo de Estabilización en el momento de ser sancionada esta Ley (la 39 de 1945), y una vez deducido el monto de los perjuicios y daños sufridos por el propio Estado colombiano".

«En seguida se señala el procedimiento que ha de observarse al efecto.

«Conocidos los anteriores antecedentes jurídicos, parece fuera de duda que el legislador se propuso, en justicia, que los colombianos pudieran ser reparados del menoscabo sufrido, en sus personas o en sus bienes, con motivo de la guerra provocada por el Reich alemán, y que el monto de esa reparación se tomara de los valores que se hallaran en fideicomiso en el Fondo de Estabilización en el momento de ser sancionada la ley que tal dispuso».

2. Que el Consejo estima que la sociedad «Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.» y la parte coadyuvante, tienen personería sustantiva para reclamar la indemnización referida, por las razones expuestas por el apoderado de aquélla en su demanda y alegato de conclusión, y por las dadas por el señor Fiscal, quien analiza exhaustivamente el caso. Dice así la parte pertinente de la vista:

«No comparte la Fiscalia los puntos de vista que anteceden ni la conclusión a que llegan los abogados del Fondo de Estabilización, puntos de vista y conclusión acogidos por el Ministerio en referencia en las Resoluciones sub-lite, porque si bien es cierto que la transferencia del dominio, tanto del treinta y cinco por ciento como del sesenta y cinco por ciento de la nave hecha por el señor Buford Busch, respectivamente, a los señores José Domingo Arango y a Eduardo Uribe Ospina se efectuó por documentos privados, contrariando lo dispuesto en el Código de Comercio Marítimo que preceptúa que la venta de una nave de más de diez toneladas de capacidad debe consumarse por escritura pública, no es menos cierto que la falta de ese requisito o formalidad *ad-solemnitatem* fue subsanada con la ratificación que de tales ventas efectuó el tradente señor Buford Busch por medio de la escritura pública número 1 otorgada ante el Cónsul de Colombia en Kingston, el 27 de septiembre de 1944; y sostengo que la falta de la escritura pública en los contratos sobre venta de la nave quedó subsanada con la ratificación verificada por el vendedor Buford Busch, porque, cuando tuvieron ocurrencia los acuerdos de voluntad, sobre transferencia de la propiedad de la goleta

denominada después *Roamar*, consignados en los documentos privados de 1939 y 1941, mencionados, fue ostensible la concurrencia de las condiciones del contrato de compraventa de acuerdo con lo estatuido en el artículo 1507 del Código Civil, a saber: consentimiento, capacidad, objeto y causa. Como es sabido, el objeto del contrato es doble: la cosa en relación con el vendedor y el precio en relación con el comprador. "Para que constituya el objeto de las obligaciones contraídas por el vendedor, la cosa vendida debe: 1º existir, al menos eventualmente; 2º Hallarse en el comercio". *(Tratado de Derecho Civil.* Planiol y Ripert, Tomo X, número 28).

«De lo anterior se desprende que tanto en el año de 1939 como en 1941, en que se celebraron los contratos referidos sobre venta de la nave de que se trata, ésta existía y fue entregada por Buford Busch a sus compradores, quienes le pagaron el precio de ella como lo asevera dicho vendedor al consumar la ratificación por medio de la escritura número 1 de 27 de septiembre de 1944 en cita, ratificación para la cual no se necesitaba la existencia de la goleta susodicha por haber sido ya entregada ésta por Buford Busch a los primitivos adquirentes Arango y Uribe Ospina, en los años de 1939 y 1941, pues la ratificación no es un contrato propiamente dicho, un nuevo acuerdo de voluntades entre comprador y vendedor con todas las condiciones generales de un contrato, o sean, consentimiento, capacidad, objeto y causa, las cuales concurrieron y se hallan caracterizadas en los mentados contratos por documento privado sobre venta de la nave, ya que aquélla no tiene otra finalidad que la de sanear la nulidad de una convención anterior en que faltó, por ejemplo, el consentimiento o la escritura pública, porque la figura jurídica de la ratificación, como lo sostiene Planiol y Ripert no persigue sino confirmar un contrato anterior, cuando expone: "Ratificar en el lenguaje jurídico significa confirmar un acto anterior dándolo como verdadero, lo que implica necesariamente un acto preexistente que se considera viciado o imperfecto". (Tomo II, número 2062). Los mismos tratadistas se pronuncian sobre el mismo punto en el Tomo IV, número 303, así: "Por otra parte, el acto de la confirmación, que equivale al consentimiento, solamente será válido *cuando las condiciones necesarias para el acto hubieran existido al hacerlo,* en caso contrario la disposición sancionada con la nulidad dejará de ser efectiva y podría fácilmente burlarse". (Subraya la Fiscalía).

«Como ya se dejó expuesto, las condiciones necesarias para el contrato de venta de la nave mencionada existían cuando se efectuaron los contratos de compraventa respectivos en los años de 1939 y 1941, como fueron la capacidad, el consentimiento, la causa y el objeto y particularmente éste, toda vez que se consumó desde entonces la entrega material de la nave por el vendedor a los compradores, quienes pagaron el precio de ella a aquél y de ahí que la *Roamar* cuando zarpó en julio de 1942 de Cartagena con rumbo a San Andrés y Providencia y fue hundida el 23 de los mismos mes y año en aguas colombianas por un submarino alemán, estaba matriculada en cabeza de José Domingo Arango y Eladio Ramírez como dueños de dicha goleta.

«De lo anterior se concluye que habiendo sido entregada la nave cuestionada por el vendedor Buford Busch a sus compradores Arango y Uribe Ospina, desde los años de 1939 y 1941 y hallándose tal goleta matriculada a nombre de dichos adquirentes en su condición de dueños de ella cuando fue hundida el 23 de julio de 1942, la ratificación hecha por medio del instrumento

público número 1 de 27 de septiembre de 1944, tantas veces citado, produjo plenos efectos, porque, con ella no se persiguió sino cumplir un requisito exigido por la ley y también sanear la nulidad que podía hacer valer el vendedor o sus causahabientes, nulidad que afectaba los mentados contratos por no haberse consignado y formalizado por escrituras públicas a virtud de tener la nave de que se trata más de diez toneladas de capacidad, formalidad que por ser *ad-solemnitatem* podía cumplirse por medio de la ratificación sin que fuera necesaria la existencia de la goleta cuando se hizo tal acto ratificatorio que era y es permitido de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pues, no se me hace jurídico sostener, como lo hace el Ministerio en mención, que acudiendo al artículo 1753 del Código Civil, afirma que como esta norma estatuye que para que la ratificación expresa sea válida, deberá hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato y que como una de las condiciones esenciales del contrato de venta es la existencia de la cosa, que no podía cumplirse en el año de 1944, porque, la nave había sido destruida en 1942, no podía sanearse un contrato que no era susceptible de ratificación; y, no comparto los puntos de vista que anteceden, porque, en el campo del Derecho Civil una cosa son las condiciones esenciales de un contrato que, como ya lo anoté, las constituyen el consentimiento, la capacidad, la causa y el objeto y otra muy distinta es la solemnidad. Siendo tal diferencia una realidad jurídica innegable, no puede someterse a duda que los contratos de compraventa que deben hacerse constar por escritura pública, como los referentes a inmuebles o a naves de capacidad mayor de diez toneladas para ratificarlos, ya por falta de una o más de sus condiciones esenciales como el consentimiento o el objeto, o por no haberse perfeccionado y consumado por escritura pública, al ratificarlos para sanear el vicio surgido por la falta de cualquiera de dichas condiciones esenciales o de la solemnidad de la escritura pública —como en el caso de autos— necesariamente tiene que realizarse la ratificación por medio de escritura pública que es una formalidad *ad-solemnitatem*. Como la ratificación la efectuó el señor Buford Busch por instrumento público, precisamente para sanear el vicio de nulidad de que adolecían los contratos de los años de 1939 y 1941, sobre venta de la nave, no era indispensable la existencia de ésta cuando se operó la ratificación, porque, el objeto del contrato se había cumplico desde cuando tuvieron ocurrencia los acuerdos de voluntades consignados en los documentos privados susodichos sobre venta de la goleta mediante la entrega de ella a los compradores, quienes también en ese entonces pagaron el precio al vendedor.

«El reparo formulado a la escritura número 18 de 13 de febrero de 1942, protocolizada en la Notaría de San Andrés y Providencia, de que carece de registro, está descartado con la constancia que aparece en la copia de tal instrumento que obra a folios 48 y 49 del cuaderno principal expresiva de haber sido registrada la primera copia de dicha escritura el 16 de febrero de 1942; lo propio sucede con la falla asignada a la transferencia del 65% hecha por el referido instrumento público a los señores José Domingo Arango y Eladio Rodríguez, porque como ya se dejó explicado y demostrado, el señor Buford Busch al ratificar la transferencia de dominio de la goleta en cuestión por la escritura pública número 1, de 27 de septiembre de 1944, le dio plena validez a la venta hecha por el instrumento público número 18 de 13 de febrero de 1942 preindicado.

«Y finalmente, es infundada la conclusión del Ministerio de que no aparece acreditado el derecho de la compañía de Productos Oleaginosos Limitada, a cobrar la indemnización por el hundimiento de la *Roamar* si se tiene en cuenta que por medio de la escritura número 86 de 16 de febrero de 1943, protocolizada en la Notaría Segunda de Cartagena, Luis F. Araque, como apoderado de José Domingo Arango, Eladio Rodríguez y Amadeo Martínez, a la vez que declaran que el dinero de la adquisición de la nombrada nave y el de los gastos de reparación de la misma fueron tomados del fondo social de la compañía Productos Oleaginosos Nacionales Limitada, hacen transferencia de la propiedad de la referida nave a la sociedad últimamente citada y del documento privado de 23 de marzo de 1946, por el cual los señores Eladio Rodríguez, Amadeo Martínez y Pablo Arango, declaran que ellos y el General José Domingo Arango constituyeron la citada sociedad, y que al liquidarse la compañía Productos Oleaginosos Nacionales, se les adjudicaron a los socios los bienes, derechos y acciones que en cualquier tiempo se definan como bienes, derechos y acciones pertenecientes o que puedan pertenecer a tal sociedad reconocen a la compañía Productos Oleaginosos, Limitada, como propietaria de los valores, derechos y acciones que puedan resultar de la reclamación por indemnización por el hundimiento de la goleta *Roamar*.

«Como consecuencia lógica de las consideraciones que anteceden, surge la conclusión de que la sociedad y la sucesión demandantes tienen personería sustantiva para suplicar la indemnización de perjuicios por el hundimiento de la *Roamar*».

3. Que aunque en los autos se ha valorado el perjuicio ocasionado por el hundimiento de la goleta *Roamar*, por daño emergente, en la suma de ciento setenta y seis mil cincuenta pesos ($ 176.050 00), y por lucro cesante en 10 años de vida probable calculada a la nave, en trescientos dos mil ochocientos seis pesos ($ 302.806.00), como aquí no se trata de un juicio de perjuicios contra la Administración, sino del de nulidad —con restablecimiento del derecho— de unas resoluciones dictadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en las cuales se denegó el pago de la indemnización solicitada por la sociedad «Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.», por la sucesión de José Domingo Arango, como copartícipe de la compañía y el señor Uribe Ospina, por causa del hundimiento, el Consejo deberá limitar la condena, en lo que se refiere al daño emergente, a lo que hubieran podido obtener dichas personas, por este concepto, de haber accedido el Ministerio a la totalidad de sus demandas, esto es, a la suma de setenta y ocho mil quinientos pesos ($ 78.500.00); y en cuanto al lucro cesante, a lo apreciado como tal en la peritación hecha en este juicio para los cuatro años siguientes al hundimiento de la nave, la suma de ciento treinta y tres mil setecientos noventa y ocho pesos ($ 133.798.00), (ciento cinco mil seiscientos treinta pesos más veintiocho mil ciento sesenta y ocho pesos, séptima parte de ciento noventa y siete mil ciento setenta y seis pesos), pues este fue el tiempo calculado por los interesados en el reclamo administrativo para la cesación de las circunstancias que hacían presumible la obtención de utilidades provenientes de la nave.

FALLO

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA:

1. Son nulas las Resoluciones números 1986, de 6 de septiembre de 1950, y 0293, de 8 de febrero de 1951, dictadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. Como consecuencia, del fondo formado por la Administración al mandato de las Leyes 39 de 1945 y 118 de 1948, y a virtud de la transacción de que se ha hablado, el Estado colombiano pagará, por el conducto que corresponda, a la sociedad «Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.», en la liquidación, el 85% de la suma de doscientos doce mil doscientos noventa y ocho pesos ($ 212.298.00), en que el Consejo ha estimado el perjuicio total sufrido con el hundimiento de la goleta *Roamar*, o sea, la cantidad de ciento ochenta mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos con treinta centavos ($ 180.453.30).

3. Igualmente se pagará, en la misma forma, al señor Eduardo Uribe Ospina, el 15% de la referida cantidad, o sea la suma de treinta y un mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos con setenta centavos ($ 31.844.70).

4. Los ordenamientos anteriores deben cumplirse dentro del término fijado por el artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo.

5. No procede estudiar lo demandado subsidiariamente.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente administrativo traído a los autos.

Ildefonso Méndez, Daniel Anzola Escobar, Eduardo Serna R., Conjuez; *Baudilio Galán Rodríguez, Alvaro Urrego Bernal*, Conjuez; *Antonio José Prieto, Rafael Rueda Briceño.—Luis E. García V.*, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente: doctor Rafael Rueda Briceño).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintitrés de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Fabio Hernández, apoderado general de la señora Ana Yepes de Schumann, por libelo suscrito el 9 de mayo de 1950, solicitó al Consejo de Estado que previa la tramitación de rigor, se hicieran las siguientes declaraciones:

«*Primero.* Que se sirvan declarar nulas las Resoluciones números 413 de 16 de febrero de 1949, y 598 de 11 de marzo de 1950, dictadas por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por la primera de las cuales se declaró que no se accede a decretar a favor de la señora Ana Yepes de Schumann indemnización alguna, por daños y perjuicios sufridos por ella con motivo de la destrucción de sus bienes durante un bombardeo a la ciudad de Hamburgo. La segunda resolución es confirmatoria de la primera.

«*Segundo.* Que, declarada la nulidad de que trata la petición anterior, se reconozca a favor de mi representada el derecho de que se le paguen los daños y perjuicios que sufrió en sus bienes con motivo del bombardeo a la ciudad de Hamburgo, que tuvo lugar en los días 28 y 29 de julio de 1943, durante la guerra con Alemania.

«*Tercero.* Que dichos daños y perjuicios ascienden a 252.399 marcos (Deutsche Mark), equivalentes a $ 126.199.50 moneda corriente colombiana. La determinación de esta cantidad debe hacerse por el honorable Consejo de Estado en vista de las pruebas del juicio, o determinarse la manera como ha de hacerse la liquidación de los daños y perjuicios. El pago de la indemnización deberá verificarse por la entidad respectiva tomado de los dineros retenidos o que existan en el Fondo de Estabilización».

Con los diversos documentos acompañados a la demanda, los que serán analizados oportunamente, afirma el citado doctor Hernández, que se comprueban los siguientes hechos:

La señora Anatolia Yepes Cadavid, es decir, Ana Yepes de Schumann, es colombiana de nacimiento.

Durante la llamada segunda guerra europea, en un bombardeo aéreo que tuvo lugar en los días 28 y 29 de julio de 1943, fue destruida una casa de propiedad de la citada señora, con sus muebles, situada en la ciudad de Hamburgo, en la calle de Kilelmannseggaetrasse número 84 (antes Gosslerstrasse 84), inscrita en el registro de propiedad inmueble de Wandsbek, al folio 1943 del Tomo 102.

Dicha casa fue adquirida por la señora Yepes de Schumann por compra hecha al señor Andress Heinrich Wilhelm Stark, por escritura de 19 de octubre de 1937, otorgada ante el doctor Heinz Theissen, Notario de Hamburgo.

Los daños y perjuicios causados a la referida señora por la destrucción de la casa citada y de sus muebles, le dan derecho a ser indemnizada por ser ella exclusiva dueña de aquéllos.

La demanda estima los daños y perjuicios sufridos por la señora Yepes de Schumann, en las siguientes cantidades:

Por el incendio de la casa (valor de la construcción).	D. M.	159.247
Por la pérdida de los muebles (valor de compra hoy).		93.152
Suma en marcos alemanes		252.399

equivalentes hoy en pesos colombianos, al cambio oficial, a $ 126.199.50 moneda corriente.

Según la liquidación de la sociedad conyugal Schumann-Yepes, que se efectuó por la escritura número 4135, de 4 de septiembre de 1948, de la Notaría 4ª de Bogotá, le fue adjudicado a la demandante el derecho de reclamar todas las indemnizaciones por daños y perjuicios provenientes del incendio de su casa y muebles.

El expresado Schumann pagó al Fondo de Estabilización la cantidad que le fue deducida a su cargo como indemnización a favor del Estado colombiano según puede verse en la escritura número 4136, de 4 de septiembre de 1948, otorgada en la Notaria 4ª de esta ciudad, quedando de consiguiente levantada la prohibición que afecta a los súbditos alemanes de celebrar contratos en Colombia y de hacer toda clase de declaraciones sin verificar el respectivo pago.

La señora Yepes de Schumann reclamó ante el Fondo de Estabilización el reconocimiento y pago de la indemnización a que cree tener derecho por la pérdida de su casa y muebles; pero el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no accedió a decretar la indemnización solicitada según puede verse en las Resoluciones números 413, de 16 de febrero de 1949, y 598, de 11 de marzo de 1950.

Fundamentos de derecho.

Considera el actor que los actos acusados violan lo dispuesto acerca de indemnizaciones por daños ocasionados a los nacionales colombianos por actos bélicos en la guerra citada, por las Leyes 39, de 1945, y 118 de 1948, y por los Decretos número 2622, de 29 de diciembre de 1943, y el marcado con el número 1946, ya que tales estatutos ordenan el pago a aquellas personas a titulo de indemnización de perjuicios por los daños causados en sus propiedades a causa de la guerra provocada por el Reich alemán, provengan esos daños de hechos ejecutados por Alemania o sus súbditos, o por las fuerzas aliadas, tales como los bombardeos sobre el territorio alemán, cual ocurrió en el caso de la señora Yepes de Schumann.

Refiriéndose el doctor Hernández a uno de los actos acusados, la Resolución número 413, dice que a pesar de reconocer todo lo anteriormente expuesto o sea que «como el bombardeo aéreo en que la señora Yepes de Schumann perdió sus bienes ocurrió en los dias 28 y 29 de julio de 1943, quedó comprendido dentro del periodo señalado por la ley, y los daños deben ser indemnizados, tal Resolución niega la solicitud de mi representada por dos motivos:

«1º Porque los documentos que se acompañaron a la demanda no estaban debidamente autenticados; y

«2º Porque la prueba de la propiedad de la casa emana de un contrato celebrado el 29 de octubre de 1945, entre la peticionaria

y su esposo, señor Gustavo Schumann, de nacionalidad alemana, contrato que en concepto del Ministerio no tiene valor, porque en ese tiempo los bienes del señor Schumann estaban intervenidos.

«Para refutar estos argumentos se presentaron todos los documentos debidamente autenticados, y se probó que la propiedad habia sido adquirida por la señora de Schumann desde 1937, es decir, antes de que estallara la segunda guerra europea.

«Pero el Ministerio confirmó su resolución en la que lleva el número 598, de 11 de marzo de 1950, porque en su concepto para demostrar la propiedad no sólo se requiere el registro del título de adquisición, sino que es indispensable presentar también el título mismo. Esto no es necesario conforme a nuestra legislación cuando no se trata de un pleito sobre la propiedad. El perjuicio sufrido por mi representada ya estaba superabundantemente probado, en especial con el registro del título y la anotación de su fecha. La lectura de las pruebas presentadas a las autoridades administrativas, deja ver que los fallos del Ministerio son notoriamente injustos.

«Entre los documentos que hoy presento figura una copia auténtica del contrato celebrado en Hamburgo el 19 de octubre de 1937, ante el Notario de dicha ciudad, por el cual mi representada adquirió por compra al señor Stark, la citada casa, que era el único documento que, sin verdadero fundamento jurídico, echaba de menos el Ministerio. Es de observar que los contratos de compra y venta de inmuebles, conforme a la legislación alemana vigente entonces, y de ahí en adelante, no requieren para su validez la expresión de los linderos: basta con la determinación de la calle y el número cuando se trata de bienes urbanos, como se desprende del certificado adjunto. "Lex locus regit actum": la ley del lugar rige el acto, es el principio que ha imperado siempre en el derecho internacional.

«Por otra parte, la sociedad conyugal Schumann-Yepes se constituyó por el hecho de su matrimonio, celebrado en la parroquia de Las Nieves, de esta ciudad. Mi representada se casó por el rito católico, y la sociedad conyugal, al menos en cuanto a ella se refiere, se rige por las leyes colombianas.

«Por la Ley 28 de 1932, sobre régimen patrimonial en el matrimonio, cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes que le pertenezcan en el momento de contraer el vínculo, o que hubiera aportado, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera. Según esto, la señora Yepes de Schumann quedó dueña de la casa y muebles que adquirió en 1937. Además, los cónyuges hicieron uso de la facultad que les confiere el artículo 7º de la misma Ley y liquidaron extrajudicialmente la sociedad conyugal por escritura pública y con intervención del Gerente del Banco de la República, en representación del Fondo de Estabilización.

«La señora de Schumann pagó en nombre de su marido la cuota que a éste le fue señalada como indemnización de guerra, y el Fondo lo declaró libre para celebrar negocios en Colombia y hacer toda clase de declaraciones. Por tanto el señor Schumann no estaba intervenido en el acto de liquidar la sociedad conyugal. En tal liquidación le fue adjudicado a la esposa el derecho de reclamar la indemnización de perjuicios por la destrucción de su casa y muebles; adjudicación que se le hizo únicamente para confirmar el derecho que ya le pertenecía y para definir la situación entre los cónyuges.

«En estas circunstancias, no es explicable que se niegue su derecho de reclamar perjuicios».

Monto de los perjuicios.

Afirma el demandante que la cuantía está comprobada con la póliza de seguros de la Compañía Albingia, por 50.000 marcos y con los avalúos oficiales hechos en Alemania, pero observa que sus diferentes apreciaciones en cuanto al monto de los perjuicios, dependen del cambio de valor de la moneda alemana, que se convirtió de Reich Mark en Deutsche Mark (marcos alemanes), y en el alza del valor de la construcción en aquel país desde la terminación de la guerra, tal cual ha ocurrido en Colombia y en la generalidad de los países desde la terminación de la guerra debido al fenómeno de la desvalorización de la moneda.

Secuela del juicio.

Admitida la demanda, el juicio se ha ajustado a la tramitación legal sin que se observe en él motivo ninguno de nulidad.

El señor Fiscal 2º del Consejo en su concepto es de parecer que la presente acción está prescrita. Para demostrarlo sostiene:

> «Como fácilmente se observa, se trata de una acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho que se considera violado, acción que, a juicio de la Fiscalía, se encuentra formalmente prescrita por no haberse ejercitado dentro del término señalado por el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, o sea al cabo de cuatro meses contados desde la notificación por edicto de la Resolución número 598 de 11 de marzo de 1950, que negó reposición o revocatoria de la primera.
>
> «En efecto, de conformidad con los artículos 74 y 75 de la misma Ley, de las dos resoluciones acusadas solamente la primera estaba sometida al requisito de la publicación en el *Diario Oficial*, en el caso de que no se hubiera notificado personalmente a la interesada, por ser la única contra la cual podía utilizarse el recurso de reposición ante el mismo funcionario, como realmente ocurrió. No así la segunda, porque habiéndose resuelto por medio de ella en forma negativa la reposición solicitada, ya no era susceptible de ningún recurso por la vía gubernativa.
>
> «En otros términos: el fin que persiguen los mentados artículos 74 y 75 de la Ley 167 de 1941, al disponer que las providencias del Gobierno o de un Ministerio que ponga término a un negocio o actuación administrativa, se notifiquen personalmente al interesado o a su apoderado, o en su defecto por medio de edicto que se publicará en el *Diario Oficial*, no puede ser otro distinto que el de rodear de las mayores garantías a los particulares para que puedan hacer uso de los recursos que la misma ley establece. Se explica así que al realizarse la notificación por cualesquiera de las formas indicadas, es requisito indispensable el de "expresar los recursos que por la vía gubernativa procedan y el término dentro de los cuales deben interponerse". Pero si el particular interesado hace uso de ese derecho, como ocurrió precisamente en el caso de la señora Yepes de Schumann, es claro que la providencia que decidió el recurso de reposición interpuesto por su apoderado, no tiene la misma finalidad de la primera Resolución, y por lo tanto su notificación por medio del periódico oficial no es requisito indispensable para su validez, pudiéndose hacer en la forma común u ordinaria».

Después de referirse el señor Fiscal a un comentario del doctor Carlos H. Pareja, en respaldo de su tesis, agrega:

«De todo lo anteriormente expuesto resulta que el término de los cuatro meses concedido en el artículo 83 de la Ley 167 de 1941, para demandar por la vía contencioso administrativa las resoluciones de que trata el libelo que dio origen a este juicio, comenzó a correr desde el 25 de marzo de 1950, fecha en que se surtió la notificación por medio de edicto de la providencia que negó la reposición solicitada, de la que no accedió a decretar indemnización alguna a favor de la señora Ana Yepes de Schumann, por los daños y perjuicios con motivo de la destrucción de sus bienes durante un bombardeo a la ciudad de Hamburgo, y que, por consiguiente, dicho término expiró *el 26 de julio de 1950*. Lo que significa que para el *9 de agosto* de este mismo año, fecha en que se presentó la correspondiente demanda ante el honorable Consejo de Estado, la caducidad de la acción ya se había operado legalmente».

El doctor Hernández, refutando las afirmaciones de la Fiscalía, anota que el artículo 4º de la Ley 77 de 1931, citado por el doctor Pareja está derogado, porque el Código Contencioso Administrativo, expedido posteriormente, reglamentó toda la materia, pues el citado estatuto en sus artículos 74 y 75 reglamenta íntegra la materia referente a los procedimientos administrativos. «Igualmente, añade, pertenece a ese título el artículo 83, según el cual la acción encaminada a obtener una reparación por lesión de 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. La frase "salvo disposición legal en contrario", se refiere a disposiciones legales contenidas en el mismo Código o en leyes posteriores, como lo tiene decidido ese honorable Consejo en repetidas ocasiones».

En seguida cita algunas doctrinas de esta Corporación que estima conducentes al caso controvertido, entre ellas la de la sentencia de 15 de julio de 1947, en la que «el honorable Consejo aceptó que así lo había interpretado el propio Ministerio, cuando ordenó al final de la Resolución número 598, de 11 de marzo de 1950, que se copiara, notificara, comunicara y publicara, y por eso se hizo la publicación. Por eso también debe contarse el término de cuatro meses desde la publicación de la Resolución en el *Diario Oficial*».

Dentro del orden lógico a que debe ceñirse todo fallo, se procede a desatar primero lo relativo a cuestión propuesta por el señor Fiscal, o sea la prescripción de la acción.

Según el inciso 3º del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, las acciones encaminadas a obtener una reparación, como es la presente, prescriben al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, etc. De conformidad con el artículo 74 del expresado Código deben notificarse personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, las providencias que ponen término a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional, notificación que debe hacerse dentro de los cinco días siguientes a la expedición de la providencia, «debiendo expresarse —continúa— los recursos que por la vía gubernativa procedan y el término dentro del cual deban interponerse».

De esta última parte de la disposición que se está comentando, se deduce que las providencias que se deben notificar personalmente son aquellas en las que se deciden las cuestiones administrativas sometidas al estudio de estas autoridades, aunque haya la posibilidad legal de pedir reposición de tales providencias o de apelar de ellas dentro de la órbita administrativa, pues de no ser así carecería de sentido la parte del artículo transcrito atrás o sea aquella en la que se ordena advertir los re-

cursos que quedan por la vía gubernativa y el término dentro del cual deben interponerse.

Con esta tesis fácil es comprender por qué el proveído del Ministerio de Hacienda mediante el cual se sostuvo la primera Resolución de éste, no necesitaba de notificación personal del interesado o de su representante, ya que esa primera resolución sí se había notificado personalmente como lo exige la ley.

Consecuente con lo anterior la Resolución acerca de la reposición mencionada, no necesitaba ser notificada personalmente, o de no serlo así tampoco era menester su inserción en el *Diario Oficial*, pues bastaba la notificación por edicto como se hizo, y desde la ejecutoria de ésta era menester contar los cuatro meses para la prescripción.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de Decisión, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Jesús Estrada Monsalve, Daniel Anzola Escobar, Eduardo Piñeros y Piñeros, Baudilio Galán Rodriguez, Antonio José Prieto.—Luis E. Garcia V., Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente: doctor Baudilio Galán Rodríguez).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, trece de mayo de mil novecientos cincuenta y dos.

El señor Fritz Hans Lorenz Utermarck, ciudadano alemán, con cédula de extranjería número 19824, expedida en Bogotá, por medio de apoderado, demanda la declaración de nulidad de las Resoluciones números 861, de 4 de abril y 1368 de 10 de junio, ambas de 1950, proferidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y consecuencialmente, la liquidación número 1000, practicada por el Fondo de Estabilización con fecha 11 de diciembre de 1947, en cuanto se clasificó al demandante en los ordinales a), b) y c) del articulo 1º de la Ley 39 de 1945, con el 100% de sus bienes, numerales 1º a 3º, del articulo 2º, de la misma Ley. Y que como resultado de la declaración de nulidad, el Consejo de Estado disponga lo siguiente:

> «Que se modifique la liquidación practicada en relación con el señor Fritz Utermarck por el Fondo de Estabilización, y que en lugar de incluirlo en los ordinales a), b) y c) del articulo 1º de la Ley 39 de 1945, y numerales 1º a 3º del articulo 2º de la misma, lo que dio un gravamen en su contra del 100% de sus bienes, se le clasifique para tales efectos en el ordinal e) del articulo 1º (Ley 39 de 1945), y consecuencialmente se le aplique la tarifa que corresponde del articulo 5º de la misma Ley.
>
> «Además debe ordenarse que, una vez practicada la liquidación se le devuelvan los bienes de su propiedad que el Fondo de Estabilización le retenga en exceso del porcentaje que le corresponda pagar como indemnización por motivo de la guerra con Alemania».

Como hechos fundamentales de la demanda señala el libelo los siguientes:

> «1º El señor Fritz Hans Lorenz Utermarck, ciudadano de nacionalidad alemana, domiciliado en Colombia durante largos años, fue sorprendido por la última guerra mundial fuéra del país, y en tal virtud el Fondo de Estabilización, mediante la Resolución número 1000, de fecha 11 de diciembre de 1947, publicada en el *Diario Oficial* número 26612, fue clasificado con el 100% de sus bienes como indemnización y reparación por causa de la guerra con Alemania (Ley 39 de 1945), habiendo sido incluido en los ordinales a), b) y c) del articulo 1º de dicha Ley, y numerales 1º a 3º del articulo 2º de la misma.
>
> «2º Contra esta Resolución se interpuso el recurso de revisión para que en lugar de esa clasificación se resolviera que para tales efectos mi mandante se encontraba en la situación prevista

por el ordinal e), de la misma disposición, vale decir, considerando sus bienes en administración fiduciaria, pertenecientes a una persona natural, de nacionalidad alemana, residente en Colombia.

«3º La petición anterior se fundó en las siguientes consideraciones:

«a) El señor Fritz Utermarck tiene su domicilio en nuestro país desde el año de 1924. Como técnico en trilladoras de café vino a Colombia por ese entonces, fijó su residencia entre nosotros, estableciéndose con su esposa en la ciudad de Armero (Tolima), donde mantuvo su hogar y el asiento principal de sus negocios y trabajos, sin interrupción alguna, hasta el mes de abril de 1939, en que partió rumbo a Alemania, su país, con pasajes pagados de ida y regreso y fecha de retorno fijada para el 14 de septiembre del mismo año.

«b) El señor Utermarck, al momento de emprender aquel viaje, prestaba sus servicios a la "Sociedad Cafetera Colombiana S. A.", entidad comercial legalmente reconocida, con sede en Armero y de la cual era director gerente el señor Edgar Schwartz. El nombrado Utermarck viajaba en uso de vacaciones a que tenía derecho en virtud de su contrato de trabajo.

«c) Encontrándose en Alemania, en uso de tales vacaciones, estalló el conflicto bélico y por tal motivo el señor Utermarck hubo de permanecer en su país a través de todo el desarrollo de los acontecimientos, contra su voluntad, por no habérsele permitido por las autoridades su salida del territorio alemán. A pesar de sus reiteradas diligencias para regresar al país no lo pudo conseguir sino una vez que finalizó el conflicto, cuando reanudó de inmediato sus gestiones encaminadas al logro de sus aspiraciones de regresar al país.

«d) Restablecidas las comunicaciones con Colombia, mi poderdante logró ponerse en contacto con el señor Edgar Schwartz, su antiguo patrono y amigo invariable de muchos años, y gracias a la intervención de éste, el señor Utermarck fue nuevamente contratado para prestar sus servicios técnicos en Colombia.

«e) En el caso del señor Utermarck no hay duda de que se trata de una persona a quien es menester clasificar, para los efectos de la ley, considerando sus bienes en administración fiduciaria, desde luego, mas con la salvedad de que tales bienes pertenecen a una persona de nacionalidad alemana residente en Colombia. Los hechos constitutivos del domicilio, en su caso particular, permanecieron intactos desde el punto de vista jurídico, porque el centro de sus actividades siguió siendo Armero, durante su permanencia forzosa en Alemania, país hacia el cual no se dirigió para radicarse en él, para fijar en él su domicilio, sino en forma transitoria, para disfrutar de unas vacaciones.

«4º Para resolver sobre el recurso de revisión interpuesto contra la aludida liquidación, el Ministerio se reafirmó en los puntos de vista del Fondo de Estabilización y al efecto, mediante Resolución número 861 de 1950 (abril 4), se abstuvo de modificar dicha liquidación, con base en el siguiente razonamiento:

"En realidad de verdad, la liquidación número 1000 reclamada, fue hecha sobre la presunción del citado artículo 12 del Decreto 216 de 1946. El doctor Pineda funda su reclamación principalmente en el hecho de que su mandante tuvo siempre su domicilio en la ciudad de Armero. Pero hay que observar que no fue por el factor domicilio que se gravó al señor Utermarck sino

por el de la residencia (ordinal c) del artículo 1º de la Ley 39 de 1945).

"Ahora bien, el señor Utermarck era residente en Alemania con posterioridad al 14 de diciembre de 1945. Cuando se practicó y quedó en firme la liquidación número 1000 de 1947 el señor Utermack residía en Alemania, pues no hay prueba en contrario que desvirtúe la presunción. Por el contrario, en el certificado que le expidió la Sección de Extranjeros de la Policía Nacional se dice que a dicho señor se le expidió cédula de transeúnte el 30 de noviembre de 1949, y que se le canceló la cédula de residente que antes tenía, pues el señor Utermarck pidió la residencia por haber permanecido ausente del país por un lapso de diez años".

«5º Contra la Resolución número 861 de 1950 (abril 4) se interpuso el recurso de reposición el que fue resuelto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el sentido de confirmar dicha providencia, lo que se hizo por medio de la Resolución número 1368 de 1950 (junio 10). Al quedar así terminado el procedimiento gubernativo acudo ante esa honorable Corporación en ejercicio de la acción privada, dentro de término, para impetrar la nulidad de las providencias de que se ha hecho mérito».

Como disposiciones legales violadas y el concepto de la violación, expone la demanda:

«En el caso del señor Utermarck hubo clara violación de las normas legales que regulan el pago de la indemnización a que quedaron afectados los bienes pertenecientes a los ciudadanos de nacionalidad alemana, violación que concreto en los siguientes cargos:

«a) Aplicación indebida del numeral c) del artículo 1º de la Ley 39 de 1945, en relación con el ordinal 3º del artículo segundo de la misma Ley.

«En efecto: los actos administrativos que acuso se fundan en un hecho y una situación inexistentes, a saber: que el señor Utermarck había perdido su residencia en Colombia y que antes y hasta el 14 de diciembre de 1945 (artículo 12, Decreto 216 de 1946), tenía su residencia en el territorio alemán.

«Como queda expuesto en los hechos de esta demanda, el señor Utermarck estaba domiciliado en el país en forma permanente y tenia en Armero (Tolima) su residencia y el asiento de sus negocios, desde el año de 1924, y en el mes de abril de 1939 viajó a Alemania, con pasajes pagados de ida y regreso y fecha de retorno señalada para el 14 de septiembre del propio año, pero por haber estallado el 1º de septiembre un conflicto bélico, que luégo adquirió proporciones mundiales, no le fue posible volver al país en la fecha que tenía determinada y hubo de permanecer en Alemania hasta la terminación de la guerra.

«La circunstancia de haber estado ausente del país durante ese tiempo NO SIGNIFICA QUE HUBIERA MUDADO SU RESIDENCIA ni mucho menos que hubiera adquirido domicilio fuéra del territorio colombiano, y por tanto, al clasificársele para los efectos de las leyes que impusieron ciertas sanciones de orden económico a los nacionales alemanes debe estarse a lo dispuesto en el ordinal e) del artículo 1º de la Ley 39 de 1945, que dice: "Sin perjuicio de la reclamación a que haya lugar ante el estado alemán, o ante los gobiernos, personas o entidades que lo representen o sustituyan, las indemnizaciones o reparaciones por razón de los gastos que la situación de guerra provocada por el

Reich alemán impuso al Tesoro Público de la Nación... se harán efectivos... sobre los siguientes bienes: ... e) Los bienes colocados en administración fiduciaria pertenecientes a personas naturales o jurídicas de nacionalidad alemana, residentes en Colombia o en país distinto de Alemania, en el momento de ser sancionada esta Ley, y en general los no comprendidos en los ordinales anteriores".

«Los porcentajes de indemnización para los capitales comprendidos en el ordinal precedente quedaron consignados en el numeral 5º, del artículo 2º, de la Ley 39 de 1945, que comprende una tarifa progresiva según el monto de los bienes, pero en ningún caso el 100% que debe aplicarse a las personas comprendidas en los otros incisos del artículo 1º de la misma Ley.

«Afirmo que el señor Utermarck, por el hecho de haber estado algún tiempo en Alemania, contra sus claras y demostradas intenciones, contra su voluntad, ya que tenía determinado regresar a Colombia el 14 de septiembre de 1939, NO PERDIO SU DOMICILIO NI SIQUIERA SU RESIDENCIA EN COLOMBIA.

«El domicilio, según el artículo 76 del Código Civil consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente del ánimo de permanecer en ella

«El artículo 78 de la misma obra dispone: "El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio DETERMINA SU DOMICILIO CIVIL O VECINDAD". Y agrega el artículo 79: "No se presume el ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar, por el solo hecho de habitar un individuo por algún tiempo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otra parte aparece que su residencia es accidental como la del viajero, o la del que ejerce una comisión temporal o la del que se ocupa en un tráfico ambulante".

«De suerte que a la luz de estos principios de nuestra legislación es preciso concluir que el señor Utermarck no había perdido su condición de DOMICILIADO en el territorio de la República. Hay más: tampoco había perdido su calidad de RESIDENTE en el país, porque según el sentido natural y obvio de la palabra, de acuerdo además con el significado que le asigna a las voces respectivas el Diccionario de la Real Academia Española, *Residencia* es: "Acción y efecto de residir" y *Residir* es: "estar de asiento en un lugar". De donde se sigue que toda la teoría del domicilio y residencia de las personas gira alrededor del "animus" del individuo de permanecer, libre y espontáneamente en un lugar determinado. Es indispensable, por tanto, para que se pueda hablar de domicilio, así como de residencia en un lugar determinado, que se tenga voluntad, ánimo de permanecer en él, de estar de *asiento*, como dice la Academia, en un sitio. Pero la permanencia transitoria en un lugar, como la del viajero que llegó a su país de origen con intención de pasar allí unas vacaciones y regresar a Colombia, no constituye domicilio ni siquiera residencia en aquél, porque no se encuentra en este hecho un ánimo real de adquirir residencia distinta. El sitio en donde estaba —Alemania— no era el lugar de su residencia. Si una persona está en un lugar de tránsito o de paso —caso de Utermarck— no *reside* allí, simplemente *está* allí porque la persona humana debe tener una localización *física* en el espacio, que no puede confundirse con la ubicación *jurídica* para los efectos del domicilio y la residencia.

«En el caso particular del señor Utermarck, los hechos constitutivos de su domicilió o residencia en Colombia permanecieron

intactos, porque el centro de sus actividades siguió siendo Armero (Tolima), durante su permanencia forzada en Alemania, país al que no se dirigió para establecer en él su domicilio ni su residencia, sino en uso de unas vacaciones remuneradas que le fueron concedidas por su patrono de acuerdo con la ley colombiana y con su contrato de trabajo.

«Hay un antecedente muy importante de orden administrativo que sin duda servirá a los señores Consejeros para formar su criterio sobre el particular. Es el siguiente:

«La solicitud que en nombre del señor Utermarck se presentó ante el señor Ministro de Hacienda, tendiente a conseguir la revisión del aforo a que se le sometió para los efectos a que se contrae la presente reclamación, no tuvo en verdad fundamentos distintos de los que ese mismo despacho encontró JUSTOS cuando por virtud de lo dispuesto en la Resolución número 2170 de fecha 6 de agosto de 1948, accedió a reformar la liquidación número 206 de octubre 30 de 1946, practicada sobre los bienes del ciudadano alemán señor Hans Timn, reclamación en la cual actuó como apoderado del interesado el doctor Hernando Uribe Cualla.

«El señor Fritz Utermarck presentó en su oportunidad, por intermedio del doctor Alvaro Pineda de Castro, la misma petición que a nombre del señor H. Timn presentara el doctor Hernando Uribe Cualla; ambos ciudadanos alemanes se encontraban en indéntica situación para los efectos de la ley; ambos han suministrado iguales probanzas sobre su domicilio y residencia en Colombia, con anterioridad al conflicto bélico, así como también han demostrado que su regreso al país, donde los dos tenían su domicilio, su hogar y sus negocios, se hizo imposible por razón de la fuerza mayor de la guerra que les impidió recibir de las autoridades correspondientes autorizaciones para su salida de Alemania; ambos han establecido, además, que son personas honorables. Finalmente, tanto Timn como Utermarck, tenían derecho a esperar que se reformara la liquidación practicada por el Fondo de Estabilización sobre sus bienes, en el sentido de clasificarlos en el ordinal e) del artículo 1º de la Ley 39 de 1945. Ello no obstante y a pesar de que los dos casos eran idénticos, como similares las pruebas suministradas en uno y otro caso, el Ministerio resolvió de manera diferente las mencionadas solicitudes.

«El mejor argumento en apoyo de la presente acción de nulidad procede del propio Ministerio de Hacienda, cuando al resolver sobre el caso del señor Timn, dijo en uno de los apartes de la Resolución número 2170: "... Si, como se ha dicho, la residencia en Alemania del señor Timn, se debió a fuerza mayor, no se le puede suponer el ánimo de residir allí, de lo que resulta que el gravamen sobre sus bienes, de un 100% iría contra el espíritu del legislador de 1939, pues en este caso, comprobada la fuerza mayor, sí hay una relación entre la residencia y el domicilio, que para el caso del señor Timn, estaba en la ciudad de Bogotá. Este domicilio durante más de treinta años, que comprende el asiento principal de sus negocios, es una prueba inequívoca de su vinculación a Colombia... El legislador se propuso establecer diferentes cuotas de indemnización en la ley, atenuar el rigor de sus disposiciones respecto a los alemanes que en alguna forma estuvieran vinculados a Colombia... En el informe rendido en el Senado por la comisión que estudió el proyecto, se dijo muy claramente: Se trata de establecer una discriminación de los fondos alemanes en fideicomiso para formar una es-

cala gradual de contribuciones... Los alemanes que hayan residido por largos años en el país han sido colocados así en condiciones favorables... con lo cual se realiza un acto de justicia y además un ademán de hospitalidad que se encuentra dentro de nuestra política de inmigración".»

Admitida la demanda, en tiempo oportuno, la parte actora solicitó la práctica de pruebas, las cuales fueron decretadas. Vencido el término probatorio, la parte actora renunció el término para alegar. El señor Agente del Ministerio Público emitió su concepto de fondo, y se citó a las partes para sentencia por auto que se halla ejecutoriado. Como no se observa vicio procedimental, se procede a fallar, y con tal fin se considera:

El texto de los actos acusados es el siguiente:

Resolución número 861 de 1950.

«Ministerio de Hacienda y Crédito Público. *Resolución número 861 de 1950 (abril 4).*

«Como apoderado del ciudadano alemán Fritz Hans Utermarck, el doctor Alvaro Pineda de Castro se dirige a este Despacho solicitando que sea revisada la liquidación número 1000, practicada por el Fondo de Estabilización con fecha 11 de diciembre de 1947, para efectos de la Ley 39 de 1945, en cuanto a los bienes de su mandante se refiere.

«Por la liquidación mencionada se dedujo la cuota de indemnización de guerra que el señor Utermarck debía pagar, cuota equivalente al 100% del valor de sus bienes, al tenor de lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 2º de la Ley 39 de 1945, en concordancia con el ordinal c) del articulo 1º de la misma Ley, pues el señor Utermarck era ciudadano alemán residente en Alemania.

«De conformidad con el artículo 4º del Decreto 216 de 1946, la reclamación contra las liquidaciones practicadas por el Fondo de Estabilización vence dentro de los términos que señala la Ley 167 de 1941. Para el caso de la liquidación número 1000 de 1947, ese plazo está vencido. En consecuencia, sólo puede el doctor Pineda reclamar en favor de su mandante en lo que hace relación a lo estatuido por el artículo 5º del Decreto 2801 de 1946, que es del tenor siguiente: "En firme una liquidación verificada con fundamento en la presunción establecida en el artículo 12 del Decreto número 216 de 1946, la prueba en contrario a que dicho artículo se refiere podrá presentarla el interesado, con la reclamación correspondiente, ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro de los cuatro años siguientes a la publicación de la liquidación en el *Diario Oficial*, si el interesado residiere en el exterior a la fecha de esta publicación, o dentro de los seis meses siguientes si residiere en el país".

«Esta presunción de que trata el articulo transcrito se refiere —como el mismo apoderado lo anota— a que el ciudadano gravado por la Ley 39 no haya tenido su domicilio en Alemania en ninguna época, o que dejó de tenerlo con anterioridad al 8 de diciembre de 1941; y en cuanto a la residencia, que no ha residido en Alemania o que abandonó dicho pais con anterioridad al 14 de diciembre de 1945.

«En realidad de verdad, la liquidación número 1000 reclamada fue hecha sobre la presunción del citado artículo 12 del Decreto 216 de 1946. El doctor Pineda funda su reclamación principalmente en el hecho de que su mandante tuvo siempre su

domicilio en la ciudad de Armero. Pero hay que observar que no fue por el factor de domicilio que se gravó al señor Utermarck sino por el de la residencia (ordinal c) del artículo 1º de la Ley 39 de 1945.

«Ahora bien: El señor Utermarck era residente en Alemania con posterioridad al 14 de diciembre de 1945. Cuando se practicó y quedó en firme la liquidación número 1000 de 1947, el señor Utermarck residía en Alemania, pues no hay prueba en contrario que desvirtúe la presunción. Por el contrario, en el certificado que le expidió la Sección de Extranjeros de la Policía Nacional se dice que a dicho señor se le expidió cédula de transeúnte el 31 de noviembre de 1949 y que se le canceló la cédula de residente que antes tenía, pues "el señor Utermarck perdió la residencia por haber estado ausente del país por un lapso de diez años".

«El señor apoderado ha demostrado con la documentación presentada, que el señor Utermarck había trabajado en Colombia desde hace varios años y que es persona trabajadora y de gran honorabilidad. No es necesario entrar a estudiar si el señor Utermarck conservó o no su domicilio en Colombia, a pesar de su ausencia porque, como ya se ha dicho, la disposición legal aplicable a su caso para efecto de la cuota de guerra, no se refiere al domicilio sino a la residencia, fenómeno de hecho este último, distinto al primero que lo es de derecho.

«En mérito de lo expuesto, se RESUELVE: No es el caso de revisar la liquidación número 1000 de 11 de diciembre de 1947, practicada por el Fondo de Estabilización sobre los bienes del señor Fritz Hans Lorenz Utermarck, para efectos de la Ley 39 de 1945. Cópiese, notifíquese, comuníquese y publíquese. Cúmplase. Dada en Bogotá, a 4 de abril de 1950. (Fdo.), *Juan Guillermo Restrepo Jaramillo,* Ministro de Agricultura y Ganadería, encargado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Fdo.), *Gabriel Arango Restrepo,* Secretario General del Ministerio».

Resolución número 1368 de 1950 (junio 10).

«Ministerio de Hacienda y Crédito Público. *Resolución número 1368 (junio 10).* Contra la Resolución número 861 de 4 de abril del corriente año, dictada por este despacho, el doctor Alvaro Pineda de Castro interpone el recurso de reconsideración.

«Por la providencia citada el Ministerio se negó a ordenar la revisión de la liquidación número 1000, de 11 de diciembre de 1947, practicada por el Fondo de Estabilización, sobre los bienes del señor Fritz Hans Lorenz Utermarck, mandante del doctor Pineda, para efectos de la Ley 39 de 1945.

«La mencionada Resolución número 861 se fundamentó en que el doctor Pineda alegaba a favor de su poderdante el hecho de que no había perdido su domicilio en Colombia. Como la disposición legal aplicada al señor Utermarck, para efectos de la liquidación de su cuota de guerra, no se refería al factor domicilio sino al de residencia, el Ministerio, no encontrando en la reclamación hecha por el doctor Pineda prueba en contrario sobre que al practicarse la liquidación número 1000, el señor Utermarck no estuviera residenciado en Alemania, negó la solicitud de revisión. En su memorial de reposición, el doctor Pineda trata de demostrar que también la residencia de su mandante continuó siendo la de Colombia, porque Utermarck se ausentó del país, con el ánimo de regresar cumplidas sus vacaciones, lo que no pudo hacer debido a fuerza mayor (la guerra).

«Aun en el supuesto de que, en virtud de la fuerza mayor que al decir de la demanda le impidió a Utermarck el regreso, pudiera considerarse la residencia de dicho señor en Colombia, es lo cierto que tal fenómeno jurídico no está demostrado en la presente reclamación. En efecto: Analizados uno a uno los documentos traídos a los autos por el demandante, se ve que con ninguno de ellos se configura la fuerza mayor de que habla el doctor Pineda. Los documentos son los siguientes:

«a) Un certificado del señor Edgar Schwartz, Gerente de la "Compañía Cafetera Hanseática", de Armero, en donde declara que Utermarck trabajó en dicha compañía desde 1928; que en 1939 viajó a Alemania en vacaciones con tiquete de ida y regreso; y de que gracias a Schwartz el peticionario pudo volver pasada la guerra, a trabajar para la sociedad en Colombia. ¿El anterior documento demuestra en algo la imposibilidad absoluta en que se vio Utermarck para regresar a Colombia y tener que permanecer en Alemania? En absoluto.

«b) Declaraciones de varios vecinos de Armero que deponen acerca de que conocen al señor Utermarck como residente en dicha población desde 1927. Desde luego tales declaraciones no tienen nada que ver con la fuerza mayor. En cuanto a la residencia de Utermarck en Armero "desde el año de 1927", fuéra de que ello está contradicho, tanto por la misma demanda que pretende alegar la fuerza mayor como por los otros documentos de que se hablará más adelante, la residencia en Colombia se prueba con los documentos portuarios y policivos correspondientes (artículo 12, Decreto 216 de 1946).

«c) Certificaciones del Gerente y del Subgerente de la sociedad "Schaefer Klaussmann, S. A.", sobre que conocen al señor Utermarck como técnico en asuntos cafeteros. Es inoperante lo anterior para los efectos de la reclamación.

«d) Certificado de la Sección de Extranjeros de la Policía Nacional en donde se dice que al serle expedida al señor Utermarck su actual cédula de extranjería, se le canceló la anterior, que era de la clase residente, y del año de 1937. De este certificado se habló en la resolución reclamada, en el sentido de que era una prueba en contrario, porque demostraba que Utermarck había perdido su carácter de residente en Colombia. En cuanto a la fuerza mayor nada demuestra la referida certificación.

«e) Copia del cable dirigido por el Ministerio de Relaciones Exteriores a la Embajada de Colombia en Londres, por el cual se autoriza la visa para que el señor Utermarck pueda regresar.

«En relación con la residencia, el cable de que se acaba de hablar, es también prueba en contra de la reclamación. Por lo que hace a la fuerza mayor, nada tiene que ver.

«f) Copia del contrato celebrado entre Utermarck y la firma "S. K. N. del Tolima", sobre los servicios del primero con la empresa mencionada. Ni para la residencia ni para la fuerza mayor tiene valor esta prueba.

«g) Cablegrama del señor Schwartz ofreciéndole a Utermarck trabajo en su compañía pasada la guerra. Prueba también inoperante para los efectos que se estudian.

«h) Recibo del Banco Agrícola Hipotecario sobre unas acciones de propiedad del señor Utermarck, que dio el Banco como administrador fiduciario. Este documento está en el mismo caso del anterior: nada tiene que ver con la reclamación. ¿En dónde, pues, está acreditada siquiera por asomo, la pretendida fuerza mayor que alega el reclamante? Se llama fuerza mayor o caso

fortuito —dice el artículo 1º de la Ley 95 de 1890— "el imprevisto a que no es posible resistir". Por consiguiente se necesita, para reconocer la fuerza mayor, que el hecho en que ésta se haga consistir, produzca la imposibilidad (distinta a la dificultad) de ejecutar un hecho y que esto se demuestre.

«Se han analizado pormenorizadamente las pruebas aportadas por el doctor Pineda en cuanto ellas puedan hacer relación a la fuerza mayor, porque el reclamante, como ya se dijo, en su memorial de reposición abandonó la tesis del domicilio que era su argumento principal en el memorial de revisión, encausando su alegato posterior por el lado de la fuerza mayor.

«En mérito de la expuesto, se RESUELVE: No se accede a reponer la Resolución número 861, de abril 4 de 1950, por medio de la cual este Despacho se negó a ordenar la revisión de la liquidación número 1000 de fecha 11 de diciembre de 1947, practicada por el Fondo de Estabilización sobre los bienes del señor Fritz Hans Lorenz Utermarck, para efectos de la Ley 39 de 1945:...».

Por la mencionada liquidación número 1000 de 11 de diciembre de 1947, se señaló una lista de personas de nacionalidad alemana, entre las que se encuentra el demandante Utermarck, que deben concurrir con el 100% de sus bienes al pago de las indemnizaciones y reparaciones de que trata el artículo 1º de la Ley 39 de 1945.

El señor Fiscal en su vista de fondo, anota como defecto para la admisión de la demanda, el no haberse acompañado por el actor la prueba de la notificación de la Resolución número 1368, de 10 de junio de 1950, en que el Ministerio resolvió sobre la reposición solicitada contra la Resolución número 861, del mismo año. Al respecto, basta advertir que para el caso no era indispensable para la admisión de la demanda saber la fecha de esa notificación, puesto que la demanda fue instaurada dentro de los cuatro meses a partir de la fecha de la referida Resolución, y entonces ocurre que si había sido notificada, la demanda quedó interpuesta dentro de los cuatro meses de que habla el artículo 83 de la Ley 167 de 1941; y si no había sido notificada aún, la presentación de la demanda para el ejercicio del recurso contencioso administrativo, dentro de los mismos cuatro meses, hizo las veces de la notificación y la acción quedó instaurada en tiempo hábil. Por lo mismo, no puede hablarse de defecto procedimental, por el motivo apuntado por el señor Fiscal.

Observa, asimismo, el señor Fiscal que el actor no trajo la prueba de la fecha en que pidió la revisión de la liquidación número 1000, de 11 de diciembre de 1947, lo que debía hacerse ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y por ello, no puede precisarse si en realidad fue extemporánea o no dicha petición. Mas, por una parte, es de presumir que habiéndose notificado la liquidación por su publicación en el *Diario Oficial*, del 26 de diciembre de 1947 (artículo 4º del Decreto 216 de 1946), y no pudiendo ser modificada por el Fondo de Estabilización o revisada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sino dentro de los términos que señala la Ley 167 de 1941, es decir, por reposición o por apelación, según los casos (artículo 77 ibidem), esos términos que sólo son de días (artículo 78 ibidem), debían estar más que vencidos cuando el señor Utermarck regresó al país a fines de 1949; por otra parte, en este punto, la afirmación que hace el Ministerio en las Resoluciones acusadas, no ha sido contradicha por el actor, y debe presumirse verdadera mientras no se demuestre lo contrario. Vale decir, que como lo entendió el Ministerio, sólo quedaba al demandante como funda-

mento de su reclamación, la posibilidad de desvirtuar la presunción de que trata el artículo 12 del Decreto 216 de 1946, en virtud de la cual se hizo la liquidación número 1000 respecto de él, demostrando que no era residente en Alemania o que abandonó a dicho país antes del 14 de diciembre de 1945.

Así las cosas, el Ministerio en las resoluciones demandadas procedió a resolver en el fondo el punto que consideró viable de la acción intentada por el señor Utermarck, y lo hizo en sentido negativo por estimar no desvirtuada la presunción sobre que se fundó la liquidación número 1000, tantas veces mencionada, considerando insuficientemente establecida la fuerza mayor que le impidiera al demandante salir de Alemania y que éste alegó para sostener que su residencia no estaba en aquel país, sino que debía considerársele como residente en Colombia de donde había salido y en donde se le había expedido cédula de residente.

Conviene ahora esclarecer algunos conceptos para el mejor entendimiento de la cuestión; porque se ha dicho que las liquidaciones, como la número 1000 de que se trata, que versán sobre la contribución para indemnizaciones o reparaciones por razón de los gastos ocasionados por la situación de guerra provocada por el Reich alemán, no constituyen un acto administrativo en que se haya agotado la vía gubernativa, porque en ellas se prevé que son base para liquidaciones parciales o individuales; y que por lo mismo, mientras no se hayan cumplido esas liquidaciones parciales, no puede el Consejo de Estado resolver en el fondo sobre el recurso contencioso administrativo que la ley otorga contra las resoluciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que resuelvan sobre el recurso administrativo especial que consagra el artículo 5º del Decreto número 2801 de 1946, o sea la oportunidad para desvirtuar la presunción de residencia en Alemania, dentro de los términos de cuatro años o de seis meses, según que el interesado al tiempo de la notificación de la liquidación residiere en el exterior, o en el país.

Al respecto, cabe observar en primer lugar, que en las Resoluciones ministeriales aquí demandadas de nulidad directamente, se agotó el procedimiento gubernativo, y que por consiguiente contra ellas, procede el recurso contencioso administrativo que consagra la ley sobre la materia; y por lo mismo, no hay ninguna razón de orden legal que impida decidir en el fondo sobre la demanda correspondiente. Es claro que dada la acción especial que consagra el ya citado artículo 5º del Decreto 2801 de 1946, la suerte que corran las resoluciones del Ministerio, incide necesariamente en la liquidación hecha por el Fondo de Estabilización; porque si el reclamo resulta justificado, habrá de modificarse la liquidación; y si se declara no justificado, la liquidación se mantendrá invariable. El mencionado artículo 5º dice: «En firme una liquidación verificada con fundamento en la presunción establecida en el artículo 12 del Decreto número 216 de 1946, la prueba en contrario a que dicho artículo se refiere, podrá presentarla el interesado, con la reclamación correspondiente, ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dentro de los cuatro años siguientes a la publicación de la liquidación en el *Diario Oficial*, si el interesado residiere en el exterior a la fecha de la publicación, o dentro de los seis meses siguientes si residiere en el país. Cuando el reclamo resultare justificado, el Ministerio de Hacienda ordenará la devolución correspondiente en dinero efectivo o en bienes de los que hubieren pertenecido al reclamante, si aún no hubieren sido realizados....».

En segundo lugar, es de advertir, que la liquidación una vez surtidos los recursos de reposición ante el mismo Fondo de Estabilización o de revisión ante el Ministerio (recurso este último que no puede ser sino el de apelación), o pasados los términos correspondientes sin que el interesado haya hecho uso de los recursos, es un acto definitivo que por lo mismo, no está sujeto a ningún otro trámite gubernativo para ser acto

administrativo perfecto, como se deduce de lo que establece el artículo 4º del Decreto 216 de 1946, que dice: «Las liquidaciones de la cuota que por indemnización corresponda, según la ley, se harán por el Fondo de Estabilización y se notificarán personalmente o por medio de publicación en el *Diario Oficial*. Podrán ser modificadas por el mismo Fondo de Estabilización o revisadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a petición del interesado, presentada dentro de los términos que señala la Ley 167 de 1941. Pasados dichos términos sin que el interesado hubiere objetado o pedido la revisión de la liquidación, se tendrá ésta como definitiva...».

En tales condiciones, es obvio que la explicación que contienen la liquidación número 1000 de que aquí se trata y sus similares que dice: «Son 100% del patrimonio base de las liquidaciones individuales o parciales que se harán, según la lista citada más arriba a las siguientes personas: ...», no afecta en nada el carácter de acto administrativo definitivo de la liquidación, como quiera que el gravamen del ciento por ciento sobre un patrimonio es un elemento perfectamente determinado; ya se sabe que todo el patrimonio está comprendido; y una liquidación ulterior solamente podrá tener por objeto realizar esa cuantía del 100% en un guarismo o cantidad numérica determinados; vale decir, sólo falta expresar que ese ciento por ciento equivale verbigracia a $ 50.000.00, o a otra cantidad cualquiera; ello no hace variar en nada el fondo de la cuestión. Perder todo el patrimonio que son $ 50.000.00, y perder el 100% del patrimonio, es lo mismo. De esta manera se ve que entiende la cuestión el Decreto 2801 de 1946, en su artículo 4º, cuando dice: «Las notificaciones que se hagan por medio de publicación en el *Diario Oficial*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4º, del Decreto 216 de 1946, se limitarán a indicar la fecha de la liquidación, el nombre de la persona natural o jurídica a la cual se hace la liquidación, el artículo o artículos, ordinal o numeral pertinentes de la Ley 39 de 1945, aplicados en la liquidación, y, salvo en los casos en que la cuota liquidada sea del 100% de los bienes, el monto de la cuota por pagar y el saldo en dinero disponible para aplicar a su cancelación». De manera que cuando la liquidación señala como cuota el 100%, no se necesita expresar la cantidad que constituye el monto de ese ciento por ciento, ni el saldo disponible para aplicarlo a la cancelación de la cuota, porque cualquier cantidad que sea ese monto y cualquiera que sea el saldo disponible, todo está comprendido en el 100%. De todo lo dicho se concluye lógicamente que cuando la liquidación de la cuota de indemnización de que trata la Ley 39 de 1945, es del 100%, la falta de expresar en cantidad numérica el equivalente de ese ciento por ciento, no afecta en manera alguna la viabilidad del recurso contencioso administrativo contra las resoluciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por las cuales se decida sobre la reclamación dirigida a desvirtuar la presunción de domicilio o residencia de que habla el artículo 12 del Decreto 216 de 1946, presunción sobre la cual se base la liquidación. Esto es lo que ocurre en el caso de autos, y por consiguiente, debe fallarse en el fondo.

Así, pues, toda la cuestión por resolver en este juicio, como ya se ha dicho, se reduce a definir si al demandante señor Utermarck debe considerársele o no, como residente en Alemania antes del 14 de diciembre de 1945, de acuerdo con el artículo 12 del Decreto 216 de 1946, que dice:

> «Se presume domicilio o residencia en Alemania, mientras con documentos fehacientes no se demuestre, respecto del primero, que no se ha tenido en ninguna época o que dejó de tenerse con anterioridad al 8 de diciembre de 1941; y con relación a la segunda, que no se ha residido en Alemania o que se abandonó dicho país con anterioridad al 14 de diciembre de 1945. La resi-

dencia en Colombia se probará con los documentos portuarios y policivos correspondientes...».

En efecto, si al señor Utermarck debe considerársele como residente en Alemania antes del 14 de diciembre de 1945, su clasificación para los fines de la liquidación de la cuota de indemnización a que se refiere la Ley 39 de 1945, debe hacerse conforme al ordinal c) del artículo 1º de dicha Ley, y al numeral 3º del artículo 2º de la misma, es decir, que debe concurrir al pago, con el ciento por ciento de sus bienes. Pero si no debe considerársele como residente en Alemania antes del 14 de diciembre de 1945, su clasificación debe estar comprendida en el ordinal e) del artículo 1º de la Ley 39 de 1945, y en el numeral 5º del artículo 2º de la misma Ley, según los cuales, la cuota, de acuerdo con la cuantía de los bienes, oscila entre el 5% y el 50% del valor de ellos.

El señor Fiscal en su vista de fondo, es de parecer que la pretensión del demandante Utermarck, consistente en considerar que él no perdió su carácter de residente en Colombia, donde tenía su domicilio y residencia en el año de 1939, cuando salió de este país para Alemania, por haberle impedido el regreso una fuerza mayor como fue la segunda guerra mundial, «sería —dice el señor Fiscal— indiscutible si el querellante hubiera traído a los autos la prueba de haber hecho, desde cuando estalló la guerra, gestiones procedentes y efectivas a obtener su regreso a Colombia y que esas gestiones no operaran a consecuencia de actos de las autoridades alemanas, porque esas actividades si caracterizarían de modo innegable el ánimo de residir en este país...»; pero que como «de las pruebas allegadas a los autos no aparece acreditada tal situación», se sigue que el actor residió en Alemania desde 1939 hasta 1949, habiendo perdido su condición de residente en Colombia.

Al llegar a este punto que es el fundamental en este negocio, importa mucho tener en cuenta algunas consideraciones acerca del concepto jurídico que se tenga en relación con el fenómeno de la residencia de las personas naturales.

La ley colombiana no define de manera específica en qué consiste la residencia de las personas naturales; se sirve sí del concepto de residencia, de una manera descriptiva, como en el artículo 76 del Código Civil, para definir lo que constituye el domicilio. Al efecto estatuye: «El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella». Según esto, la residencia consiste en estar en un lugar; y el hecho de residir, puede ser voluntario o forzado. Así resulta de las expresiones del artículo 81 del mismo Código Civil que establece: «El domicilio civil no se muda por el hecho de residir el individuo largo tiempo en otra parte, voluntaria o forzadamente, conservando su familia y el asiento principal de sus negocios en el domicilio anterior...». Por lo visto, pareciera que ante la ley colombiana el concepto de residencia o de residir, y el hecho de estar, cuando se predican de una persona natural en relación con su situación en el espacio, fueran equivalentes, con prescindencia del elemento voluntad o ánimo de estar. No obstante, la misma ley, emplea de una manera clara y precisa el concepto emanado del hecho de estar un individuo de asiento en un lugar. En efecto, al definir el domicilio civil o vecindad, dice en el artículo 78 del Código Civil: «El lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad». Bien se advierte de lo expuesto, que el concepto de domicilio que resulta del hecho de estar un individuo de asiento en un lugar, o de residir con ánimo de permanecer en él, es inseparable, o mejor, entraña en sus constituyentes esenciales, el elemento voluntad. Sin ánimo de permanecer en un lugar, o sin estar de asiento en él, o sin ejercer allí una profesión u oficio, no se constituye domicilio.

Ahora bien: puesto que la ley no define específicamente lo que constituye la residencia, es preciso para determinar el significado del vocablo, atenerse a las acepciones en que lo toma el Diccionario de la Lengua Española, con base en la regla de interpretación que establece el artículo 28 del Código Civil. Al efecto, según el citado Diccionario, la primera acepción del vocablo residir, es la de «Estar de asiento en un lugar». Y residencia, es «Acción y efecto de residir. 2. Lugar en que se reside». A su vez, conforme al mismo Diccionario, «Estar uno de asiento» significa, «Estar establecido en un pueblo o paraje»; y «Quedarse uno de asiento» quiere decir, «Quedarse establecido en un pueblo o paraje». Así, pues, estar de asiento en un lugar, que es lo que equivale a residir, no es un hecho enteramente extraño al elemento voluntad. En efecto, quedarse, establecerse en un lugar, implica determinación propia, actividad autónoma, acto volitivo, y no simple actitud pasiva como la del náufrago que se ve obligado a estarse en una isla desierta, o la del prisionero que no queriendo ir al campo de confinamiento, es llevado por la fuerza y obligado a estarse allí. Eso no podría llamarse residencia, sino estar fuera de su residencia, cuando quiera que la persona se ve en el caso de permanecer contra su voluntad en un lugar que no es el que ha elegido para estar de asiento, o sea, para su residencia.

Así las cosas, es el caso de considerar los fenómenos que ocurren en este juicio en relación con el demandante. Se halla establecido en el expediente (folio 25) con la certificación del señor Jefe de la Sección de Extranjeros de la Policía Nacional, que en favor del señor Utermarck, se expidió el 15 de octubre de 1937, la cédula de extranjería número 34966 C. M., en la clase de residente, cédula que de conformidad con el artículo 1º del Decreto número 398 de 1937, tenía validez de tres años, al cabo de los cuales, debía ser cambiada por una nueva, so pena de incurrir en una multa de veinte pesos.

A los autos no se ha traído documento de origen oficial que establezca la fecha en que el señor Utermarck saliera de Colombia con rumbo a Alemania, ni la fecha en que entrara a ese país. Sobre el particular sólo se tiene la afirmación hecha en la demanda y la certificación ratificada ante Notario, emitida por el señor Edgard Schwartz, ciudadano colombiano, como Gerente de la empresa cafetera establecida en Armero, denominada «Sociedad Cafetera Colombiana, S. A.», en donde el señor Utermarck trabajaba como técnico en trilladoras de café, desde el año de 1928, y según la cual la empresa le concedió vacaciones correspondientes a un periodo de cuatro años, al señor Utermarck, en el año de 1939; y en esas condiciones salió de Colombia para Alemania, el seis (6) de abril de dicho año, con pasaje de ida y regreso, debiendo embarcarse en Hamburgo, de regreso para Colombia, el 14 de septiembre del mismo año de 1939. El señor Utermarck afirma que hubo de permanecer en Alemania después de la fecha señalada para su regreso a Colombia, por la imposibilidad de salir de aquel país, a causa del conflicto bélico mundial que estalló el 1º de septiembre de 1939, que ocasionó la paralización de las líneas de transportes con Alemania y especialmente la movilización de nacionales alemanes hacia otros países. Asevera, asimismo, el señor Schwartz, que a fines de 1948 supo del paradero de Utermarck, y que inmediatamente comenzó gestiones para obtener el regreso de éste a Colombia.

Lo que sí se halla establecido en el proceso, mediante documentos oficiales (folios 25 vuelto y 26), es que el Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha 30 de marzo de 1949, autorizó a la Embajada de Colombia en Londres para visar pasaportes con destino a Colombia, en favor de Fritz Hans Lorenz Utermarck y su esposa, Clara Bertha Uter-

marck, quienes se encontraban en Berlín. Asimismo, se halla establecido que al señor Utermarck se le expedió cédula de transeúnte, válida por un año contado a partir del 21 de noviembre de 1949, y se le retuvo la que tenia de residente, distinguida con el número 34966 C. M., que le fuera expedida con fecha 15 de octubre de 1937 (Certificado de la Jefatura de la Sección de Extranjeros de la Policía Nacional, folio 25).

Así, pues, se tiene el hecho cierto de que el señor Utermarck tenia la condición legal de extranjero residente en Colombia y domiciliado en Armero, antes del año de 1939; igualmente, que en el año de 1949 se encontraba en Alemania, y que el Gobierno de Colombia autorizó su retorno a este país. De aquí resulta otro hecho indudable, cual es que el señor Utermarck, después de ser residente en Colombia salió del país y llegó a Alemania; y puesto que en el año de 1949 aparece que su cédula de residente en Colombia ni habia sido cambiada o revalidada, ni tampoco cancelada, ello induce a aceptar que debió salir del país, desde luego, en forma legal, y con el ánimo de volver a él, antes del vencimiento del término de validez de su cédula de residente que debía ser el 15 de octubre de 1940. Esto da veracidad a las afirmaciones del demandante sobre el tiempo y condiciones de su salida de Colombia, lo mismo que a la certificación del señor Schwartz, como Gerente que era de la empresa a cuyo servicio trabajaba el señor Utermarck.

En tales condiciones, se tiene que si el señor Utermarck salió de Colombia en 1939, en viaje de vacaciones y con ánimo de regresar pronto al país, el conflicto bélico mundial que estalló el 1º de septiembre de dicho año, en que Alemania fué uno de los países protagonistas, encontró al señor Utermarck en aquella nación, fuéra de su residencia legal en Colombia, donde también tenía su domicilio y sus bienes y negocios. Y si con motivo de la guerra el señor Utermarck se encontró imposibilitado para salir de Alemania y regresar a Colombia, y por consiguiente para cambiar o revalidar oportunamente su cédula de residente, es preciso concluir que esta condición legal, con relación a Colombia, no la perdió mientras estuvo imposibilitado para emprender el regreso; y si esta imposibilidad subsistía el 14 de diciembre de 1945, se impone aceptar que en esa fecha debía considerarse al señor Utermarck como residente en Colombia, y por lo mismo, la contribución que afecta a sus bienes para el pago de las indemnizaciones y reparaciones por el estado de guerra con Alemania, debe clasificarse no en relación con una persona residente en Alemania antes del 14 de diciembre de 1945, sino con una residente en Colombia.

Dicho lo anterior, corresponde ahora considerar la imposibilidad en que el señor Utermarck se hallara entre los años de 1939 y 1945 (diciembre 14), para regresar de Alemania a Colombia, o sea la fuerza mayor que impidió ese regreso.

Es verdad, como lo dice el señor Fiscal, que el demandante Utermarck, no demostró las diligencias insistentes que hubiera llevado a cabo, en orden a su regreso a Colombia, y que fueran fallidas, como sí se hizo en el caso del ciudadano alemán Hans Timn, a que se hace referencia en este juicio. Pero no es menos cierto que el señor Utermarck, en el término probatorio hizo venir a los autos como elemento de convicción, copia de la Resolución número 2170, de 6 de agosto de 1948, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en la reclamación del señor Hans Timn, encaminada a que se reformara la liquidación número 206, de 30 de octubre de 1946, practicada por el Fondo de Estabilización sobre sus bienes, reclamación que se hizo con fundamento en puntos de idéntica condición a los que alega el señor Utermarck y que fue acogida por el Ministerio, aceptando que la guerra mundial constituyó una fuerza mayor que impidió al señor Timn re-

gresar a Colombia. El principal elemento de convicción que se tuvo en cuenta en esa Resolución, fue la certificación emitida por el señor Alberto Carrizosa, en su calidad de ex-Cónsul General de Colombia en Hamburgo, que fue transcrita en aquella providencia, y á la cual pertenecen los siguientes párrafos: «... Que ante el hecho de que la navegación marítima alemana quedó totalmente paralizada desde el primer día de la conflagración mundial en septiembre de 1939, y que con la entrada de Rusia en la guerra en junio de 1941, no quedó materialmente ninguna compañía naviera o aérea que recibiera carga o pasajeros de origen alemán; y... Que siendo el señor Timn de nacionalidad alemana, el Consulado de Colombia *tenía que negarse a ayudar en cualquier forma* (subraya el Ministerio) al regreso del señor Timn a Colombia, mientras prevalecían las condiciones anormales causadas por la guerra... Y que en la imposibiladad de poder movilizarse, el señor Timn, por causa de fuerza mayor tenía que resignarse a quedarse en Alemania hasta que terminasen las hostilidades y hasta que le fuera permitido viajar con los debidos permisos y autorizaciones...» Como se ve, esta declaración que tuvo toda eficacia para resolver favorablemente las pretensiones del señor Timn, contiene conceptos de carácter general que eran aplicables de la misma manera a cualquier nacional alemán que se encontrara en las condiciones del señor Timn. Y tal era el caso del señor Utermarck, con la diferencia favorable para este último, de que había salido de Colombia antes de comenzar la guerra, y solamente faltaban 14 días para llegar la fecha señalada para salir de Alemania de regreso a Colombia, cuando estalló el conflicto; en tanto, que el señor Timn salió de Colombia en 1941 y llegó a Alemania cuando la guerra estaba en pleno desarrollo. En esas circunstancias, si para el señor Timn, y para cualquier nacional alemán había fuerza mayor que le impedía salir de Alemania, lógicamente la había también pára el señor Utermarck.

Si, pues, el señor Utermarck que tenía en Colombia la condición legal de residente, y sólo se hallaba de tránsito en Alemania, con ánimo definido de regresar en breve término a Colombia, se vio obligado por una fuerza mayor a permanecer en aquel país, y en esas condiciones se hallaba el 14 de diciembre de 1945, es forzoso concluir que para ese tiempo, debe considerársele como legalmente residente en Colombia, y sólo de tránsito en Alemania, a donde había llegado en este carácter y no para permanecer indefinidamente.

Ahora bien: la Ley 39, de 14 de diciembre de 1945, «por la cual se provee al pago de las indemnizaciones y reparaciones por causa de la guerra con Alemania y se dictan varias disposiciones relacionadas con bienes de ciudadanos de ese país», establece en su artículo 1º: «Sin perjuicio de la reclamación a que haya lugar ante el Estado alemán, o ante los Gobiernos, personas o entidades que lo representen o sustituyan, las indemnizaciones o reparaciones por razón de los gastos que la situación de guerra provocada por el Reich alemán impuso al Tesoro Público de la Nación, o por los daños causados por Alemania o por sus súbditos a las propiedades de Colombia o de los ciudadanos colombianos, o a las personas de éstos, se harán efectivos en primer término, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º del Decreto 2622 de 1943 y 7º del Decreto 1723 de 1944, y en la forma como se establece en esta Ley, sobre los siguientes bienes... e) Los bienes colocados en administración fiduciaria, pertenecientes a personas naturales o jurídicas de nacionalidad alemana, residentes en Colombia o en país distinto de Alemania, en el momento de ser sancionada esta Ley, y en general los no comprendidos en los ordinales anteriores...»

El articulo 2º de la misma Ley dispone: «Las personas naturales o jurídicas, dueñas de los bienes enumerados en el artículo anterior, concurrirán al pago de las indemnizaciones y reparaciones a que él se refiere en la siguiente proporción: ... 5ª Las de los bienes comprendidos en el ordinal e), con los siguientes porcentajes: ... Los capitales hasta de $ 5.000.00, sin ningún gravamen. Los capitales de $ 5.001.00 hasta $ 15.000.00, con el 5%. Los capitales de $ 200.001.00 en adelante, con el 50%».

En tales circunstancias, si al demandante, señor Fritz Hans Lorenz Utermarck, debía considerarse el 14 de diciembre de 1945 como persona natural de nacionalidad alemana, residente en Colombia, la clasificación de sus bienes para el efecto de concurrir al pago de las indemnizaciones y reparaciones de que trata la Ley 39 de 1945, debe ser la que corresponde a las disposiciones que se han transcrito, o sea, al ordinal e) del articulo 1º de dicha Ley, y al numeral 5º del articulo 2º del mismo estatuto. Por tanto, al incluirlo mediante los actos acusados en una clasificación distinta para los fines de la liquidación respectiva, se violaron las disposiciones que se acaban de citar. Y como consecuencia de tal ilegalidad, las Resoluciones ministeriales acusadas son nulas y como tales deben declararse; y por la misma causa y como corolario debe reformarse la liquidación número 1000, de fecha 11 de diciembre de 1947, practicada por el Fondo de Estabilización del Banco de la República, en cuanto atañe al demandante, señor Fritz Hans Lorenz Utermarck, en el sentido de disponer que su clasificación se haga de acuerdo con las normas legales que le son aplicables y de las cuales se ha hecho mérito.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal 2º de la Corporación y en desacuerdo con él, FALLA:

1º SON NULAS las Resoluciones números 861, de 4 de abril, y 1368, de 10 de junio de 1950, proferidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2º REFORMASE la liquidaciónn número 1000, de fecha 11 de diciembre de 1947, practicada por el Fondo de Estabilización del Banco de la República, en cuanto atañe al señor Fritz Hans Lorenz Utermarck, en el sentido de clasificarlo, como en efecto se le clasifica, para los fines de dicha liquidación, en el ordinal «e)» del artículo 1º de la Ley 39 de 1945, y en el numeral «5º» del articulo 2º de la misma Ley.

3º Comuníquese a quien corresponda.

Cópiese y notifíquese.

Baudilio Galán Rodríguez, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, José Urbano Múnera, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto.—Luis E. García V., Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

En libelo presentado con fecha veintiuno de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, el doctor Rafael Bernal Salamanca, con poder del señor Antonio Bernal Salamanca, demandó la nulidad de la Resolución número 2522, de 21 de diciembre de 1948, emanada del Ministerio de Guerra, por la cual se dio de baja a su poderdante como cadete de la Escuela Militar, y el reintegro de éste al Ejército Nacional «con el grado de Subteniente que en la actualidad tienen sus compañeros de curso».

Como hechos fundamentales, enumera el actor los que en seguida se transcriben:

«1º En marzo de 1946, después de haber obtenido el diploma oficial de bachiller, mi poderdante fue dado de alta en la Escuela de Aplicación de Caballería, en calidad de soldado, para prestar el servicio militar obligatorio.

«2º Por razón de su conducta y aptitudes militares, el Comandante de la Escuela de Caballería conceptuó que debía ingresar a la Escuela Militar de Cadetes para que siguiera la carrera de las armas.

«3º Previa solicitud del Director de la Escuela Militar y en vista de la documentación presentada, el Ministerio de Guerra dictó la Resolución número 307, del 12 de febrero de 1947, cuya copia auténtica he solicitado, sin que hasta la fecha me haya sido entregada, por la cual fue dado de alta en la Escuela Militar con calidad de cadete becado.

«4º Matriculado en el tercer curso general, correspondiente al sexto de bachillerato, lo hizo en forma plenamente satisfactoria y al año siguiente ingresó al curso militar.

«5º Durante la emergencia del 9 de abril el cadete prestó servicios excepcionales por haber sido destinado a colaborar en la defensa del Ministerio de Guerra.

«6º Las hojas de vida del cadete, tanto la de la Escuela de Caballería como la de la Escuela Militar, el folio disciplinario, la hoja de castigos y todas las constancias, certificaciones e informes sobre la calificación de sus servicios, tareas y prácticas militares, son pruebas irrecusables sobre su conducta intachable, sobre la excelencia de sus dotes y aptitudes militares, y especialmente sobre su plena y absoluta capacidad, habilidad e idoneidad para la carrera de las armas.

«7º Cuando se aproximaba la fecha para el ascenso a alférez, el cadete fue sometido a un examen médico, y el especialista de

órganos de los sentidos, con un diagnóstico discutible y violando las disposiciones reglamentarias pertinentes, lo declaró inhábil. El diagnóstico del especialista se refiere a un defecto en los órganos de la visión y la inhabilidad fue conceptuada con base en las disposiciones del Capitulo XIX del Reglamento de Aptitud Física del Personal de las Fuerzas Militares, que no eran las normas aplicables a este caso, según se verá más adelante.

«8º La Dirección de la Escuela Militar solicitó la baja del cadete, pero el Ministerio de Guerra, en vista de la contradicción flagrante que se advertía entre el diagnóstico de la Sanidad Militar y las pruebas irrefutables contenidas en la hoja de vida, en el folio disciplinario y en las calificaciones de las prácticas, tareas y servicios, se abstuvo de tramitar la solicitud de la Escuela Militar y considerando, con un criterio eminentemente antisocial, que el único inconveniente que existía para que el cadete continuara la carrera de las armas era la posibilidad de que éste, después de ascendido, hiciera alguna reclamación de prestaciones sociales, ordenó que el asunto se sometiera al Departamento Jurídico del Ministerio, pero no para rectificar el error cometido por la Sanidad Militar, sino para que conceptuara si en el caso concreto del cadete las prestaciones sociales eran renunciables; simultáneamente el Ministerio pidió concepto sobre el particular a otros abogados vinculados a las entidades militares; como algunos de los juristas consultados opinaron que las prestaciones eran renunciables, el Ministerio ordenó que el Comando de la Brigada de Institutos Militares redactara e hiciera firmar ante Notario la respectiva renuncia de las prestaciones, como único requisito para proceder al ascenso del cadete. Mientras se surtían estas diligencias, el cadete había sido irregularmente desacuartelado por orden de la Dirección General del Ejército, y hubo de volverse a acuartelar por orden del Ministerio para acudir luégo a firmar, con su representante legal, ante Notario, la renuncia de las prestaciones sociales caprichosamente redactada por el Comando de la Brigada.

«9º Cuando el cadete esperaba el ascenso fue firmada la Resolución número 2522, del 21 de diciembre de 1948, por la cual se le daba de baja y cuya nulidad demando».

En concepto del actor, con el acto acusado se violaron las normas contenidas en el Capitulo XII del Reglamento de Aptitud Fisica del Personal de las Fuerzas Militares, aprobado por Decreto ejecutivo 2042, de 21 de agosto de 1945, y adoptado por el Estado Mayor General en disposición número 17, de 29 de agosto del mismo año.

Al juicio se le ha dado la tramitación legal correspondiente, y no observándose en la actuación causal que la invalide, se dicta sentencia, previas las consideraciones siguientes:

El acto acusado, en lo pertinente, es de este tenor:

«*Pública Resolución número 2522 de 1948* (21 de diciembre).

«Por la cual se da de baja a unos cadetes de la Escuela Militar, se retira del servicio activo a unos Suboficiales, se conceden unas licencias, se hace un nombramiento y se aprueban las dictadas por unos empleados de manejo.

«El Ministro de Guerra, en uso de sus facultades legales, *Resuelve:*

«1º A solicitud de la Dirección de la Escuela Militar de Cadetes, dase de baja a los cadetes Antonio Bernal Salamanca, y...

«Comuníquese y publíquese.

«Dada en Bogotá, a 21 de diciembre de 1948.

«(Fdo.), General *Germán Ocampo,* Ministro de Guerra. General *Hernando Mora A.,* Secretario General».

El señor Agente del Ministerio Público es de parecer que deben negarse las súplicas del actor, porque «los argumentos expuestos por el demandante, tanto en el libelo como en su alegato de conclusión para demostrar la viabilidad de sus pretensiones, lo mismo que las pruebas producidas en el juicio, se encaminan a establecer que el señor Antonio Bernal Salamanca no adolecía de inhabilidad física proveniente de un defecto en la visión para la vida militar», pero que «la resolución acusada no expresa en forma alguna que esa fuera la causa o motivo por el cual se dio de baja en la Escuela Militar al señor Bernal Salamanca», por lo cual «no expresándose allí que esa fuera la causa determinante de la baja, es obvio que no cabría una declaración de nulidad fundada en el concepto cierto o equivocado del demandante de que la baja del cadete Antonio Bernal Salamanca obedeció exclusivamente a la causal de inhabilidad proveniente de un defecto en la vista». (Folios 58 a 59).

No comparte la Sala la opinión de su colaborador Fiscal, pues si es verdad que la causa que determinó el retido del demandante, como Cadete de la Escuela Militar, no aparece expresada en la Resolución 2522, ella se colige obviamente de la expresión «A solicitud de la Dirección de la Escuela Militar de Cadetes» empleada por el Ministerio de Guerra en el acto acusado, y de las copias emanadas de la mencionada Dirección, que obran a los folios 21 a 22, según las cuales al Cadete Bernal Salamanca le fue solicitada la baja «por falta de aptitud física (deficiencia en la vista)».

Corresponde examinar ahora, si efectivamente, al señor Bernal Salamanca se le aplicaron *para el retiro* causales señaladas *para ingresar al servicio* en el Reglamento de Aptitud Física del Personal de las Fuerzas Militares, como lo afirma su apoderado.

En la PRIMERA PARTE de dicho Reglamento, intitulada «Directiva General de Aptitud Física y Guía para la práctica de los Exámenes Médicos» se dispone que la determinación de las condiciones psico-físicas se hará mediante examen médico general que se practicará de acuerdo con los términos prescritos por los reglamentos de reclutamiento, decretos reglamentarios de admisión a las Escuelas Militar, Naval, de Aviación, Cursos de Especialización Técnica, etc. y por la guía o sistema de examen «*que contiene este Reglamento en su capítulo respectivo*» (Capítulo I, artículo 4º); que aunque las consideraciones de carácter médico contenidas en el Reglamento no constituyen un código de prescripciones absolutas, sino una guía destinada a suministrar indicaciones a los oficiales de sanidad que practiquen los diferentes exámenes para la determinación de la capacidad física de los conscriptos y de los aspirantes o miembros activos de las Fuerzas Militares, existen, sin embargo, ciertas enfermedades, afecciones, lesiones, defectos o mutilaciones que por su naturaleza, grado de gravedad, o que por sus consecuencias, son consideradas, de por sí, e indiscutiblemente (para efectos de dictamen médico «*como causales de diferente clasificación en la aptitud*». (Ca-

pítulo I, articulo 6º); que de la clasificación de inhabilidades se deduce que a todo ciudadano examinado *corresponde una aptitud determinada, con grados diferentes,* cuando no se halla en el caso de inhabilidad absoluta (Capítulo I, articulo 7º); que las normas que sirven de guia para la determinación de la aptitud física para cada caso particular, *serán tratadas separadamente en los capítulos destinados a cada arma o servicio de las Fuerzas Militares de la República* (Capítulo XI a Capítulo XXVI; Capítulo I, artículo 9º); que la *aptitud especial* para oficial de las Fuerzas Militares será determinada por exámenes médicos, pruebas de laboratorio, etc., *practicados a los aspirantes a ingreso a las Escuelas Militar de Cadetes,* de Aviación y de Marina, de acuerdo con los decretos reglamentarios vigentes *«y será guiada en la forma prescrita en este Reglamento en sus Capítulos VII, XIX, XX y XXI»* (Capítulo I, articulo 16); que la *conservación de la aptitud física en un oficial antes de ser ascendido al grado inmediatamente superior,* se comprobará mediante examen médico practicado por un oficial de sanidad que dictaminará en qué condiciones físicas se encuentra el examinado y *qué capacidad física conserva* (Capítulo I, articulo 19); que la *conservación de la aptitud física* es indispensable para la prosecución de la carrera de Suboficial, *debiendo ser comprobada anualmente para la calificación, así como también será requisito previo para cualquier ascenso* (Capítulo I, articulo 27); que el concepto de aptitud psico-física tiene su más estricta acepción cuando se trata de investigarla durante la carrera de los oficiales de las Fuerzas Militares de la República, *desde su comienzo al ingresar en los diferentes institutos militares, como cadetes de escuela, hasta el momento en que después de haber escalado diferentes grados en la jerarquía militar, naval o aérea y habiendo pasado a las reservas en situación de retiro, pudieran ser llamados nuevamente al servicio activo,* siendo una de las principales obligaciones del Oficial de Sanidad *la de velar y comprobar periódicamente la conservación de la aptitud física* en el personal de oficiales, *o fijar su aptitud en caso de disminución de la capacidad física dentro de los límites propios a la edad en cada grado de la jerarquía militar, naval o aérea,* toda vez que *en el curso de la carrera militar las exigencias físicas inherentes a cada grado crean proporcionalmente una escala de capacidades, dentro de la aptitud general,* que sufre modificaciones paralelas con la edad del oficial (Capítulo VI, articulo 48); que las normas que fijan *en particular* las condiciones o requisitos psico-físicos *de los aspirantes a cadetes* militares, navales y de aviación *«están contenidas en los Capítulos XIX, XX y XXI de este Reglamento»* (Capítulo VII, articulo 59), y que la ficha médica y sus complementos constituirán el primer documento médico militar de la hoja de salud que se llevará a cada oficial de las Fuerzas Militares *durante toda su carrera»* (Capítulo VII, articulo 71).

Del contexto de las referidas disposiciones (y de las demás, que no se aducen en gracia de la brevedad), se infiere que la aptitud psico-física de los miembros de las Fuerzas Militares, para cada una de las Armas y en cada uno de los diferentese grados del servicio, admite una clasificación de inhabilidades a ella contrapuestas, desde el ingreso hasta el retiro, naturalmente variable con la edad del oficial y con los trabajos, ejercicios y fatigas, vicisitudes e inclemencias de la vida militar, por lo cual se hacía preciso atender no sólo a la determinación de la aptitud inicial absoluta o completa, sino a su conservación relativa a través de la carrera de las armas, mediante la práctica de exámenes médicos periódicos, tendientes a establecer, ya las entidades patológicas que generan la inhabilidad total que es causa del rechazo, ya las que por su proceso evolutivo se compadecen con un servicio eficiente en una determinada arma o servicio, categoría o clase técnica.

A ello proveyó el Reglamento citado en su SEGUNDA PARTE, disponiendo, con relación a los aspirantes de la Escuela Militar de Cadetes, en el Capítulo XIX, denominado «Condiciones Físicas para ser Oficial de Carrera», lo siguiente:

> «159. El aspirante a Oficial de Carrera de las Fuerzas Militares *ingresa como Cadete* de estos institutos:
> «*Escuela Militar,*
> «*Escuela Naval, y*
> «*Escuela de Pilotaje de Aviación Militar.*
> «Para cada uno de ellos se exigen condiciones físicas especiales, fuéra de las condiciones generales exigidas para "el servicio militar obligatorio".
> «Condiciones físicas *para ser Cadete Militar:*
> «160. ....
> «4º *Visión.*
> «*Agudeza visual:* sin compensación ni corrección, se exige un mínimum de 20/20 para cada ojo, con integridad del campo visual periférico. Si en el examen se comprueba que hay indicios de una lesión evolutiva, se hace el rechazo para este servicio...»

De conformidad con certificación expedida por el Consultorio de Organos de los Sentidos de la Sanidad Militar, visible al folio 37, «el ex-Cadete Antonio Bernal Salamanca fue declarado inhábil por el Consultorio de Organos de los Sentidos, debido a pronunciado vicio de refracción (Astigmatismo miópico). *Las normas reglamentarias que sirvieron de base para declararlo inhábil fueron los artículos 48 y 159 (inciso 4º) del Reglamento de Aptitud Física del Personal de las Fuerzas Militares*». La certificación se refiere sin duda al ordinal 4º del artículo 160, no sólo porque es ésta la disposición sobre condiciones físicas «para ser cadete militar», sino porque el inciso 4º del artículo 159 es enteramente ajeno a tal materia.

Al señor Bernal Salamanca se le aplicó, pues, como es manifiesto, un precepto reglamentario relativo a *ingreso*, cuando precisamente el respectivo examen se dirigía a determinar su capacidad para el *ascenso* a alférez. Sobre el particular son concluyentes las siguientes constancias de autos:

> A) «Ministerio de Guerra. Dirección General de Sanidad. Sección II Médica. *Acta de Junta Médica* número 212 de 1948. *Cadete Antonio Bernal Salamanca, de la Escuela Militar.* Acta de Junta Médica al Cadete Antonio Bernal Salamanca, de la Escuela Militar, con el fin de conceptuar sobre el estado de aptitud física en relación con el servicio. Decretos 1307 de 1932 y 1822 de 1945. En el Consultorio Central de la Dirección de Sanidad Militar, a cinco (5) de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho, nos reunimos los suscritos Médicos Militares con el fin anotado antes. ANTECEDENTES: ingresó a prestar el servicio militar obligatorio, en marzo de 1946 hasta febrero de 1947, en la Escuela de Caballería. De esta unidad fue trasladado a la Escuela Militar *para ingresar como Cadete,* habiéndosele dado de alta sin habérsele practicado el examen reglamentario de aptitud física dispuesto por el Decreto 2042 de 1945. *Con ocasión de los exámenes de aptitud física para ascenso,* al practicársele el examen de órganos de los sentidos presenta gran astigmatismo miópico cuya visión en ambos ojos es de 20/50 y que con lentes apenas alcanza a una visión de 20/40 en ambos ojos, por lo que

se le declara inhábil para el servicio. CONCLUSIONES: Que *el Cadete* Antonio Bernal Salamanca presenta gran astigmatismo miópico en ambos ojos, con una visión de 20/50 que no corrige con lentes, por lo que es rechazado en el examen por no reunir las condiciones de aptitud física, *de acuerdo con el Reglamento vigente*...» (Folio 21).

B) «Escuela Militar. Dirección. Número 5-92. Bogotá, 3 de agosto de 1948. A la Dirección General del Ejército. Ministerio de Guerra. Gn./ Referencia: *Baja de dos Cadetes* por inhabilidad física. P. O. R. En atención al resultado de los exámenes de aptitud física practicados *al personal de Cadetes para su ascenso al grado de Alféreces,* me permito solicitar la baja *de los siguientes Cadetes... CADETES RECHAZADOS: Bernal Salamanca Antonio:* Gran astigmatismo miópico, no corrige con lentes... Atentamente (Fdo.), Teniente Coronel *Francisco Rojas S.,* Director encargado». (Folio 21 bis).

C) «Escuela Militar. Dirección. Número 8-30. Bogotá, 13 de octubre de 1948. Al Comando de la Brigada de Institutos Militares. Gn/. Referencia: Baja *de dos Cadetes* rechazados por examen de aptitud física. Habiendo sido rechazados en el *examen médico de aptitud física para el ascenso, los Cadetes Antonio Bernal Salamanca* y ... del Curso Militar... nuevamente me permito solicitar sean dados de baja por falta de aptitud física reglamentaria. Atentamente (Fdo.), Teniente Coronel *Francisco Rojas S.,* Director encargado». (Folio 21 bis).

D) «De los comprobantes que existen en el archivo se establece la siguiente relación: *Para el ascenso al grado de Alférez, del curso de cadetes a que pertenecía el Cadete Antonio Bernal S.* fueron solicitados la práctica de los exámenes de órganos de los sentidos... Igualmente con oficio número 568, del 27 de julio de 1948, fueron solicitados los exámenes de laboratorio *para el mismo personal que debía ser ascendido* el 7 de agosto de ese año. Practicados todos los exámenes médicos reglamentarios, con oficio número 585, del 31 de julio de 1948, fueron remitidos a la Dirección General de Sanidad Militar veintitrés folios en los cuales estaban incluídos los *cartabones pertenecientes a los Cadetes Bernal Salamanca Antonio* y Rueda Gómez Rito, en los que aparecen declarados *inhábiles para el ascenso* por falta de aptitud física. *El Cadete Bernal Salamanca* fue dado de baja por Resolución número 2522 de 1948 (diciembre 21), a solicitud de la Dirección de la Escuela...» (Folios 21 bis y 21 bis vuelto).

Con tales elementos probatorios se establece: que cuando se practicó el examen de que se hace mención, el señor Antonio Bernal Salamanca ya pertenecía al curso de Cadetes de la Escuela Militar; que dicho examen se le practicó para el ascenso al grado de Alférez y que con base en tal examen se resolvió su rechazo. Lo que quiere decir que la baja del señor Bernal Salamanca no se causó «de acuerdo con el Reglamento vigente», como se afirma en el Acta de la Junta Médica de la Dirección General de Sanidad del Ministerio de Guerra (folio 21), transcrita en lo pertinente, sino en desacuerdo con él, pues a quien se hallaba en condiciones de ser ascendido de Cadete a Alférez, y para ese efecto era examinado, se le aplicó la norma reglamentaria referente a quienes ingresan como Cadetes (artículo 160, ordinal 4º, del Capítulo XIX del Reglamento).

Se exigía, de ese modo, una aptitud absoluta (la requerida para el ingreso) en quien sólo necesitaba estar exento de la causal de inhabili-

dad definitiva consagrada, para los órganos de la vista, en el articulo 129 del Capitulo XII (II parte) del Reglamento, que dice:

«Organos de la Visión

.....

«38. *Agudeza visual.*

«Disminución definitiva de la central que después de corrección con lentes (esféricos, cilíndricos simples o por esfero-cilíndricos) no alcance a un *cuarto* para un ojo con conservación de su campo visual periférico y que la agudeza del otro sea inferior a 1/20.

«39. *Miopía.*

«Definitiva, medida por método objetivo, superior a diez dioptrías para los dos ojos, o cuando es menor pero complicada de lesiones coroidianas *extensas* y *progresivas.*

.....

«41. *Astigmatismo.*

«De cualquier naturaleza que con lentes correctores no alcance a la agudeza visual de un ojo por lo menos a 1/4 y en el otro 1/20 o nula, o que siendo menor esté complicada por lesiones coroidianas *extensas* y *progresivas*».

Conceptúa la Sala que el mencionado articulo 129 era la norma aplicable, en el caso del señor Bernal Salamanca, no sólo por tratarse de promoción o ascenso (no de ingreso), como se ha explicado, sino porque es el mismo Reglamento el que contempla «causales de diferente clasificación en la aptitud» a las cuales corresponden «diferentes inhabilidades» que, *en el personal en servicio activo* determinan, si son absolutas, el retiro definitivo, y si son relativas «la exención para el servicio activo en filas y paso a la reserva» cuando son permanentes, o «el retiro de determinado servicio o arma con traslado a otra repartición» cuando son de grado menor. De donde «se deduce que a todo ciudadano examinado corresponde una *aptitud determinada,* con *grados diferentes, cuando no se halla en el caso de inhabilidad absoluta*» (PRIMERA PARTE, Capitulo I, articulos 6º y 7º).

En el Capitulo XI, introducción a la SEGUNDA PARTE del REGLAMENTO, intitulado «Prescripciones Generales de los Grados de Aptitud Física para el personal de Combatientes» (articulo 125), se dispone que las clasificaciones por grupos de las entidades patológicas y de las condiciones o requisitos físicos exigibles «sirven como guía para orientar al Oficial de Sanidad, y en muchos casos no constituyen prescripción absoluta inamovible, sino que al buen criterio científico del examinador se dejan aquellos casos poco claros, dudosos o que por su grado evolutivo *pueden ser compatibles con un eficiente servicio, sin provocar ni perjuicio al reclutado, ni a la unidad a que sea incorporado*».

Que el Cadete Antonio Bernal Salamanca no estaba afectado de la causal de inhabilidad considerada en el articulo 129, anteriormente transcrito, es circunstancia plenamente demostrada en los autos. En efecto, su apoderado en las presentes diligencias, en vista de la discrepancia surgida entre el examen de fecha 27 de julio de 1948 (folio 27) en que se fijó una agudeza visual de *20/40 corregible con lentes a 20/50,* y el de fecha 5 de septiembre del mismo año (folio 21), en que se fijó una de *20/50 corregible con lentes a 20/40,* solicitó que el ex-Cadete Bernal Salamanca se sometiera a «un examen de los órganos de la visión, practicado por un optómetra especializado, que no sea de la Sanidad Militar, con el fin de que, previo conocimiento de las normas pertinentes del Reglamento de Aptitud Física del Personal de las Fuerzas Militares, dictamine, en términos que concuerden con las especificaciones estable-

cidas en dicho Reglamento, A) Cuál es la agudeza o eficiencia visual del ex-Cadete Antonio Bernal Salamanca sin compensación ni corrección con lentes. B) Cuál es la agudeza o eficiencia visual del ex-Cadete con compensación y corrección con lentes y C) Si el ex-Cadete, por defecto en los órganos de la visión incurre en alguna de las causales de inhabilidad absoluta definitiva establecidas en el Capitulo XII del citado Reglamento. Para la práctica de esta prueba pericial, la parte que represento manifiesta desde ahora que acepta el nombramiento del perito que haga el señor Fiscal del Consejo de Estado». (Folios 13 y vuelto).

El señor Agente del Ministerio Público designó al efecto al doctor Alfonso Gaitán Nieto (folio 14), quien rindió, como resultado del examen practicado, el dictamen que, en lo conducente, se transcribe:

> «... 1º La agudeza visual y la eficiencia visual del examinado, sin corrección, son: Ojo derecho =5/10 = 20/40 de agudeza visual, con 83,6% de eficiencia visual y 16,4% de pérdida *(la eficiencia visual es superior en 58% a la mínima requerida por el Capítulo XII del Reglamento citado).* Ojo izquierdo: 5/10 = 20/40 de agudeza visual, con 83,6% de eficiencia visual y 16,4% de pérdida *(la eficiencia visual es superior en 58% a la mínima requerida por el Capitulo XII del Reglamento citado).*
>
> «2º La agudeza visual y la eficiencia visual del examinado, con corrección con lentes, son: Ojo derecho: 20/20 = 10/10 de agudeza visual, con 100% de eficiencia visual y 0% de pérdida; es decir que *con corrección el examinado tiene la unidad visual completa;* ojo izquierdo: 20/20 = 10/10 de agudeza visual, con 100% de eficiencia y 0% de pérdida; es decir, que *con corrección el examinado tiene la unidad visual completa.*
>
> «3º *El examinado no incurre en ninguna de las causales de inhabilidad absoluta definitiva que con respecto a los órganos de la visión establece el Capitulo XII del citado* Reglamento de Aptitud Física del Personal de las Fuerzas Militares...» (Folio 16). Subraya la Sala.

Compruébase con este experticio, rendido con fecha 13 de agosto de 1949, que el ex-Cadete Bernal Salamanca ofrecía *casi un año después de su rechazo,* una agudeza visual superior en cada ojo al mínimum prescrito por la disposición reglamentaria aplicable.

Verdad es que el ex-Cadete fue examinado no sólo con base en la norma del ordinal 4º del artículo 160 del Reglamento, sino con fundamento en lo dispuesto por el artículo 48 del mismo estatuto (certificación antes citada emanada del Consultorio de Organos de los Sentidos de la Sanidad Militar, folio 37); pero ello no desvirtúa la apreciación de la Sala, acorde con las voces del demandante, de que el examen no se conformó a las prescripciones reglamentarias. Porque los artículos 159 y 160 del Reglamento —no huelga repetirlo— se refieren a las «Condiciones físicas *para ser Oficial de carrera*», o sea para ingresar a ésta, en tanto que el artículo 48 contiene «Principios Generales» para determinar la «aptitud psico-física en los oficiales *desde su ingreso hasta su retiro*», y en especial el ya citado, impropiamente aplicado al ex-Cadete Bernal Salamanca, no en su favor sino en su perjuicio, según el cual las exigencias físicas inherentes a cada grado *crean proporcionalmente una escala de capacidades, dentro de la aptitud general, que sufre modificaciones paralelas con la edad del Oficial* (inciso 4º del referido artículo 48).

Si este principio normativo se hubiera tenido en cuenta en relación con el examen del ex-Cadete Bernal Salamanca, no se habría investigado en éste la agudeza visual exigida para quienes se inician en la ca-

rrera de las armas, sino el grado de conservación de aquélla, en orden a la prestación de un servicio compatible con los signos de la perturbación orgánica de la visión en su proceso evolutivo.

Se dijo ya que en el Capítulo XIX del Reglamento se contienen las normas relativas a las condiciones psico-físicas de los aspirantes a cadetes militares de acuerdo con lo estatuido en los artículos 4º y 16 (Capítulo I) y 59 (Capítulo VII) *ibidem;* y no era, de consiguiente, posible la aplicación de tales normas a situación distinta, regulada por otros preceptos. Tal es el concepto de violación del Reglamento, que hace prosperable la acción instaurada en este negocio.

El hecho de que el señor Bernal Salamanca hubiera sido trasladado de la Escuela de Caballería a la Escuela Militar para ingresar a Cadete «habiéndosele dado de alta sin habérsele practicado el examen reglamentario de aptitud física» (folio 21), nada arguye en favor del acto acusado. La omisión de la Administración no podía perjudicar al señor Bernal Salamanca en su derecho a ser examinado, no como debió haberlo sido en el momento de su admisión, investigándose *si era inicialmente apto,* sino para saber *si había dejado de serlo,* de conformidad con lo preceptuado en el artículo 22 del Reglamento, que es del siguiente tenor:

> «Dentro de los diferentes grados militares como Oficial de las Fuerzas Militares, *se puede tener capacidad física diferente, algo aminorada de la capacidad física al iniciar la carrera* (subraya la Sala), especialmente para ciertos sistemas y aparatos orgánicos, lo que tendrán en cuenta los Oficiales de Sanidad al comprobar *la conservación de la aptitud física en los Oficiales de las Fuerzas Militares*». (Subrayado del texto).

Le resta a la Sala considerar dos nuevas objeciones, formuladas por su colaborador Fiscal en la audiencia pública celebrada en el proceso (la objeción expuesta por este funcionario en su vista de fondo se examinó al principio del presente fallo). Son ellas la de que «al expediente no se allegó la prueba que demuestra la existencia del Reglamento invocado, ni la prueba de que tal Reglamento haya sido aprobado por el Gobierno Nacional y adoptado por el Estado Mayor General en la expresada disposición número 17, de 29 de agosto de 1945», y la de que «el dictamen del doctor Gaitán Nieto por si solo no tiene la virtud de destruir o desvirtuar plenamente lo expresado por cinco facultativos, expertos también en la materia, que declararon, en ejercicio de sus funciones, que el demandante padece de gran astigmatismo miópico en ambos ojos, que no se corrige con lentes». (Folios 69 a 71).

Carecen de validez tales razones. La primera, porque al Consejero sustanciador le consta, y de ello da fe ante la Sala, que oportunamente se trajo al expediente un ejemplar, debidamente auténticado, del Reglamento de Aptitud Física del Personal de las Fuerzas Militares, con la constancia de su aprobación por el Gobierno y de su adopción por la Jefatura del Estado Mayor (Decreto 2042 de 1945 y Disposición número 17 del mismo año, respectivamente), ejemplar idéntico al allegado nuevamente a los autos, en la referida audiencia, por el apoderado del actor, y que el mismo Consejero conoció con anterioridad a su fortuita desaparición de estas diligencias, como ha leído y conocido también el que obra al folio 75. La afirmación hecha por el diligente abogado ante la Sala en el sentido de que el sustanciador hubiera resuelto tomar el ejemplar desaparecido «para su información personal» sin agregarlo al expediente, obedece a una interpretación equivocada: dicha prueba

—se repite— hizo parte del juicio, sin que se conozcan las causas de su extravio.

Y carece de validez la segunda, porque no se conformaria a la lógica del procedimiento, ni a las normas sobre apreciación de la prueba pericial, ni a la seriedad misma de la administración de justicia, que un dictamen oportuno y debidamente producido en los autos pudiera ser desconocido a la postre por el mismo Agente del Ministerio Público que aceptó el peritazgo, designó al perito y se abstuvo de objetar el experticio al ser puesto éste en su conocimiento para los efectos de los artículos 719 y 720 del Código Judicial.

Ni el número de los facultativos que examinaron al ex-Cadete Bernal Salamanca, ni el haber obrado ellos en ejercicio de sus funciones pueden ser circunstancias suficientes para demeritar el dictamen del doctor Alfonso Gaitán Nieto, designado por la Fiscalia en consideración a la procedencia de la prueba y a la idoneidad profesional del nombrado, quien con imparcialidad y certidumbre cientifica dictaminó rectificando los exámenes contradictorios e incongruentes de los médicos de la Sanidad Militar.

El restablecimiento del derecho no podrá decretarse en la forma solicitada en la demanda, por cuanto el tránsito del ex-Cadete al grado de Subteniente implicaria una especie de habilitación por sentencia de cursos intermedios no hechos por el interesado, lo cual no solamente seria irregular e inconveniente para la buena marcha del servicio, sino determinante de una infracción a las normas directivas de la carrera militar, acaso mayor que la violación del Reglamento que por el presente fallo se sanciona y corrige.

Se ordenará, pues, únicamente el reintegro del actor al grado de Alférez a que aspiraba cuando pidió el ascenso, para el cual se le practicó ilegalmente el respectivo examen de aptitud, como se ha explicado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa audiencia de su colaborador Fiscal y en desacuerdo con él,

FALLA:

I. Es NULA, y así se declara, la Resolución número 2522, de 21 de diciembre de 1948, emanada del Ministerio de Guerra, en cuanto por ella se le dio de baja, como Cadete de la Escuela Militar, al señor Antonio Bernal Salamanca, y

II. Dentro del término de que trata el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, el Ministerio de Guerra reintegrará al Ejército Nacional, en el grado y con el carácter de Alférez, al ex-Cadete de la Escuela Militar señor Bernal Salamanca.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Baudilio Galán Rodríguez, Jesús Estrada Monsalve, Daniel Anzola Escobar, José Urbano Múnera, Alvaro Pineda de Castro, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto.—Luis E. Garcia V., Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veinte de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Gustavo Correa Pérez, abogado inscrito, mayor y vecino de Bogotá, con cédula de ciudadanía número 1214554, expedida por el Jurado Electoral de la misma ciudad, con poder especial del señor Teófilo Bravo Cerón, y en libelo presentado el 9 de noviembre de 1950, formuló ante esta Corporación las siguientes peticiones:

A) Que se declaren nulas las Resoluciones números 34, de 15 de noviembre de 1943, y 133, de 21 de febrero, y 550, de 27 de junio de 1950, emanadas, respectivamente, de la Junta Central de Títulos Odontológicos y del Ministerio de Higiene;

B) Que se le conceda a su poderdante licencia para ejercer la Odontología en todo el territorio de la República; y

C) Que se ordene a la Junta Central de Títulos Odontológicos la inscripción, en el respectivo censo, con el carácter de licenciado, del señor Teófilo Bravo Cerón, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 32 de 1938, y la publicación en el *Diario Oficial*, de la sentencia por la cual se le concede dicha licencia, de acuerdo con lo mandado en el artículo 8º ibídem.

En el capítulo de los hechos fundamentales en la demanda, expone el actor los siguientes:

«Del estudio detenido de cada una de las providencias acusadas se deduce que la razón fundamental por la cual se ha negado la licencia a mi poderdante consiste en el hecho de haber presentado su solicitud fuéra del término señalado por el artículo 7º del Decreto número 32 de 1938, reglamentario del artículo 3º de la Ley 51 de 1937. En apoyo de esta tesis se cita la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado que ha considerado legal dicho término... El Congreso de la República reglamentó el ejercicio de la Odontología por medio de la Ley 51 de 1937, y dispuso en el artículo 3º lo siguiente: "*También podrán seguir ejerciendo la Odontología* (subrayo) las personas que durante un período no menor de diez años, contados hacia atrás desde la vigencia de esta Ley, hayan estado de manera permanente al ejercicio honorable de esa profesión". Posteriormente, y a los 180 días exactamente de publicada esta Ley se dictó el Decreto número 32 de 1938, que la reglamentó, exigiendo en el artículo 7º una documentación de difícil aparejamiento a quienes estaban amparados por el artículo 3º de la Ley 51, antes citada. Dicha documentación debía presentarse ante las Juntas dentro de un término de 180 días, término este que venció cuando el

Decreto fue dictado. La ingeniosidad con que fue establecido dicho término fraudulento dio como resultado la imposibilidad absoluta de dar aplicación al articulo 3º de la Ley 51, burlándose en esta forma al legislador y a los interesados, que estaban amparados por dicha disposición. Veamos en qué consistió esta maniobra reglamentaria.

«El articulo 7º del Decreto 32 que dice que: "las personas a que se refiere el articulo 3º de la Ley 51 de 1937, deberán presentar a la respectiva Junta Seccional de Títulos Odontológicos dentro del término fijado por la Ley 51 de 1937, en su articulo 2º, los siguientes documentos..."

«Como los autores de dicho Decreto comprendieron que no podían revivir un término que había sido expresamente derogado por el legislador (articulo 16 de la Ley 128 de 1937), idearon un término fraudulento remitiéndose a un plazo señalado en una ley que había empezado a correr 6 meses antes. La Ley 51 de 1937 fue publicada por el *Diario Oficial* número 23539, del 27 de julio de 1937, y el Decreto 32 de 1938, que estipulaba el término fue publicado en el *Diario Oficial* número 23689, del dia 27 de enero del mismo año, es decir, a los seis meses (180 días exactamente) de publicada la Ley 51. Cuando los interesados conocieron el Decreto 32 procedieron inmediatamente a elaborar sus documentaciones, y muchos las presentaron en el breve lapso de un mes. Pero las Juntas Seccionales no las admitían alegando que el término había vencido ya. Así se defraudaron las aspiraciones de los odontólogos, que estaban amparados por el articulo 3º de la Ley 51, haciéndoles ver que no tenían derecho a las licencias porque sus solicitudes eran extemporáneas. Los expedientes eran devueltos a los interesados y muchos otros se perdieron de los archivos de las Juntas».

Como norma superior violada por las resoluciones acusadas se aduce el articulo 3º de la Ley 51 de 1937, que a la letra dice:

«También podrán seguir ejerciendo la Odontología las personas que durante un periodo no menor de diez años, contados hacia atrás desde la vigencia de esta Ley, hayan estado dedicadas de manera permanente al ejercicio honorable de esa profesión».

Para impugnar la demanda se hizo parte la Federación Odontológica Colombiana, representada en estas diligencias por el abogado doctor Guillermo González Charry.

Al juicio se le ha dado la tramitación legal correspondiente, y no observándose en ella causal que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las consideraciones que en seguida se copian:

«Conflicto de normas.

«Por la primera de las resoluciones demandadas la Junta Central de Títulos Odontológicos se abstuvo de considerar la solicitud elevada ante dicha entidad por el señor Miguel Angel Toro, afirmando que la documentación correspondiente se había presentado fuéra del término establecido en el inciso 2º del articulo 2º de la Ley 51 de 1937, y que la citada disposición legal prohibe a la Junta la consideración de licencias presentadas fuéra de este término, y por la segunda de esas providencias el Ministerio de Higiene confirmó lo resuelto por el inferior aseverando que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de

Estado, en sentencias dictadas el 4 de marzo de 1943 y el 9 de febrero del mismo año, respectivamente, declararon legal el término de 180 días fijados para la presentación de solicitudes tendientes a obtener las licencias que faculten para ejercer la odontología, al tenor de lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley orgánica de esa profesión.

«La crítica metódica de los fundamentos alegados en la motivación de las resoluciones acusadas hace indispensable una breve referencia, en lo pertinente, a las disposiciones sustantivas del estatuto orgánico de la profesión odontológica y a su reglamento.

«*Por la Ley 51 de 1937* "por la cual se reglamenta el ejercicio de la Odontología", se preceptuó lo siguiente:

"*Artículo 2º* 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 presente 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.

"Ciento ochenta días después de entrar en vigencia esta Ley no será permitido a las Juntas de Títulos Odontológicos la consideración de licencias.

"*Artículo 3º* También podrán seguir ejerciendo la Odontología las personas que durante un período no menor de diez años, contados hacia atrás desde la vigencia de esta Ley, hayan estado dedicadas de manera permanente al ejercicio de la profesión.

"*Artículo 4º* Las personas a que se refiere el artículo anterior deberán someterse a un examen práctico sobre operatoria dental, prótesis dental, exodoncia y anestesia en cualquiera de las facultades de Odontología de la Universidad Nacional.

"La solicitud de examen, acompañada de la documentación respectiva, debe hacerse ante la Junta Central, hasta ciento ochenta días después de la promulgación de la presente Ley.

"A las personas aprobadas en los exámenes de que trata el artículo, la Junta Central les expedirá, sin costo alguno, la licencia respectiva".

«Vino luégo la *Ley 128 del mismo año de 1937*, "por la cual se subroga la Ley 77 de 1914, y se dan unas autorizaciones al Gobierno", y en su artículo 16 dispuso:

"*Artículo 16*. Derógase el artículo 4º de la Ley 51 de 1937".

«Finalmente se dictó por el Gobierno el *Decreto número 32 de 1938*, "por el cual se reglamenta la Ley 51 de 1937, sobre ejercicio de la Odontología", y allí se dijo:

"*Artículo 7º* Las personas a que se refiere el artículo 3º de la Ley 51 de 1937 deberán presentar a la respectiva Junta Seccional de Títulos Odontológicos dentro del término fijado por la Ley 51 de 1937, en su artículo 2º, los siguientes documentos: ..."

«Salta a la vista, con el solo recurso de la lectura atenta de las disposiciones citadas, que *con posterioridad* a la expedición de la Ley 128 de 1937, por cuyo artículo 16 se había derogado el artículo 4º de la Ley 51 del mismo año, y por consiguiente la imposición del término de 180 días dentro del cual debían solicitar el examen, acompañado de documentación, quienes pidieran licencia con base en el ejercicio de la Odontología "durante un período no menor de diez años" (artículo 3º de la Ley 51),

el Gobierno revivió para esta clase de personas ese término, con lo cual excedió sin duda los limites de su facultad reglamentaria.

«En efecto, cuando se dictó el Decreto número 32 de 1938, reglamentario de la Ley 51 de 1937, el estatuto orgánico de la profesión odontológica no estaba ya constituido únicamente por la Ley 51 en mención, sino también, al para que por ella, por el artículo 16 de la Ley 128 del mismo año, por cuya virtud el legislador *derogó* expresamente el articulo 4º que —se repite— habia consagrado para los odontólogos licenciados el mismo término de 180 días que por el inciso 2º del articulo 2º de la primera de las leyes nombradas (éste si hoy en vigencia) se impuso para las Juntas en relación con los permitidos.

«Es obvio que si lo dispuesto en el articulo 4º de la Ley 51 de 1937 no hubiera podido revivirse por la sola referencia que a dicha disposición se hubiese hecho en la Ley 128 del mismo año, de conformidad con lo estatuido en el articulo 14 de la Ley 153 de 1887, oportunamente recordado por el apoderado del actor, mucho menos podía ello revivirse por la referencia hecha en un decreto reglamentario.

«*Una distinción necesaria.*

«La confusión suscitada, así en la motivación de los actos acusados como en los alegatos de la parte opositora, con relación al término de 180 días que indiscriminadamente se pretende aplicar a los profesionales de la Odontologia no diplomados, se debe sin duda a la falta de una noción clara sobre las denominaciones empleadas en la legislación respectiva.

«De conformidad con la Ley 51 de 1937, dos grandes grupos de personas pueden ejercer en Colombia la profesión odontológica: *1º Grupo de los profesionales titulados,* que comprende a los nacionales o extranjeros que hubieren obtenido el titulo de Odontólogo o Cirujano Dentista en las Facultades que funcionen o hayan funcionado oficialmente en el pais; a los colombianos graduados en el exterior, en Facultades de reconocida competencia y seriedad, cuyo plan de estudios no sea inferior al de la Escuela Nacional de Odontologia de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional, y a los nacionales o extranjeros que hayan obtenido u obtengan su titulo de una Facultad oficial perteneciente al país con el cual Colombia tenga celebrados tratados o convenios sobre intercambio de títulos universitarios. Y *2º Grupo de los profesionales no titulados,* que comprende a los permitidos y a los licenciados.

«Sólo existen, pues, en la legislación colombiana, en esta rama de la ciencia, el odontólogo con título, el odontólogo con permiso y el odontólogo con licencia, y asi los clasifica la Ley 51 de 1937, cuando en su articulo 7º establece que "El profesional odontólogo o cirujano dentista que *con su titulo, licencia o permiso* (subraya la Sala) amparare clínicas dentales en las que trabajen individuos no autorizados por esta Ley para el ejercicio de la Odontologia serán castigados con multas sucesivas de ciento cincuenta pesos ($ 150.00)".

«A los odontólogos *permitidos* se refiere el articulo 2º de la Ley 51, que presupone la posesión de permisos expedidos con anterioridad a la vigencia de la citada Ley, y que pueden ejercer su profesión, previa refrendación de los mismos; y a los odontólogos *licenciados* alude el articulo 3º, que exige el ejercicio de la Odontologia "durante un periodo no menor

de diez años", contados hacia atrás desde la vigencia de la misma Ley. Con relación a los primeros, se les prohibió a las Juntas de Títulos Odontológicos considerar solicitudes ciento ochenta días después de entrar en vigencia la Ley (término para las Juntas), y con relación a los segundos, el mismo legislador de 1937, que por Ley 51 (artículo 4º) había sometido al mismo plazo la presentación de solicitudes de examen (término para los interesados) derogó tal requisito por la Ley 128 (artículo 16).

«En este orden de ideas, la Sala comparte el concepto del señor apoderado del actor, cuando en réplica al representante de la parte opositora afirma:

"... Dice el distinguido abogado que de acuerdo con el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 51 les está prohibido a las Juntas la consideración de licencias. Es evidente que el legislador señaló a las Juntas un término de 180 días para considerar las licencias que había expedido con anterioridad, a fin de revalidarlas o cancelarlas. Este término se refiere a los casos indicados en el primer inciso del artículo 2º de la Ley 51, o sea para revalidaciones, y no para el artículo 3º, que quedó sin término alguno. Porque si el término señalado en el inciso 2º del artículo 2º fuera aplicable a los casos del artículo 3º, el legislador no habría tenido necesidad de señalar otro término-artículo 4º, el cual derogó expresamente por el artículo 16 de la Ley 128".

«La voluntad del legislador de 1937 no pudo ser más explícita, en el sentido de que la revalidación de los permisos concedidos continuara sometido al término de 180 días y de que se librara a los solicitantes de licencias, por ejercicio de la Odontología durante un período no menor de diez años, de la imposición del mismo término, pues habiendo prescrito, para una y otra situación, el referido plazo (inciso 2º del artículo 2º de la Ley 51, y artículo 4º *ibidem)* lo dejó vigente luégo para la primera situación, derogándolo para la segunda (artículo 16 de la Ley 128).

«Fue el Organo Ejecutivo quien, olvidando que la potestad reglamentaria, al tenor de lo mandado en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, debe ejercerse "expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias *para la cumplida ejecución de las leyes*", hizo nuevamente extensivo al expedir el Decreto 32 de 1938, a los Odontólogos licenciados el término que la Ley 128 de 1937 derogó para éstos. Con tal procedimiento, no sólo no se ejecutó cumplidamente la referida Ley, sino que su intención se quebrantó al prescribirse, en el Decreto, precisamente lo contrario.

«Pero si los anteriores razonamientos no bastaran y fuese posible insistir en que el plazo fijado para la revalidación de permisos, en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 51, pudiera entenderse aplicable reglamentariamente a la presentación de documentos exigida a los odontólogos licenciados, no obstante la derogación del artículo 4º de aquel estatuto, se estaría en presencia de una duda que sería necesario resolver en favor de los profesionales comprendidos en la disposición derogada. Porque como dice Escriche en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, monumento de sabiduría siempre antiguo y siempre nuevo "Si queremos no apartarnos de la intención de las leyes, debemos interpretarlas en el sentido más favorable a la humanidad, y no hay en efecto razón ninguna de derecho o equidad que nos autorice para convertir contra el in-

terés de los hombres, por medio de una interpretación demasiado severa y dura, las disposiciones y reglas que no se han establecido sino para el bien y utilidad de los mismos". Y en el digesto se lee que la equidad es la religión del juzgador: *Aequitas religio judicantis.*

«*Argumento de autoridad.*

«Dos fallos, uno de la honorable Corte Suprema de Justicia y otro del honorable Consejo de Estado, aduce la parte opositora, acompañada por el señor Fiscal, en defensa de las resoluciones acusadas, en cuanto éstas se basaron en la legalidad del término señalado por el inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32 de 1938.

"Quien discute alegando autoridad no emplea el ingenio sino la memoria", escribió Vinci, reflexión que debe tenerse presente en la exégesis de las leyes, a fin de que los aportes de la jurisprudencia o la doctrina no sean simples motivos decorativos en la estructuración de las decisiones judiciales, sino verdaderos esfuerzos de la argumentación principal, por la oportunidad con que ellos se allegan al litigio y la certidumbre dialéctica con que se aplican al caso debatido.

«Véase por qué las referidas sentencias no constituyen para esta Corporación obstáculo insalvable, que le impida llegar a la conclusión de que hubo desvío de poder reglamentario en lo prescrito por el inciso primero del artículo 7º del Decreto número 32 de 1938, prescindencia hecha de lo expresado en los capítulos que preceden.

«Se arguye que por sentencia de fecha 4 de marzo de 1943, la honorable Corte Suprema declaró la exequibilidad de esa disposición, en el juicio que el doctor Max Galvis R. instauró ante aquélla contra ese y otros ordenamientos del mencionado Decreto reglamentario. Pero no es exacto —como lo asevera el abogado de la oposición— que tan alta entidad examinara el referido inciso "frente a la ley". Tal se colige de las mismas palabras de la Corte, que en seguida se copian: "... De modo que la Sala estudiará el Decreto número 32 de 1938, bajo el aspecto en que el acusador lo juzga inconstitucional, *descartando del debate reparos de ser el Decreto contrario a las Leyes 105 de 1931 y 51 de 1937, porque de la ilegalidad de un decreto del Gobierno no conoce sino el Consejo de Estado*". (Subraya la Sala).

«No afirmó pues la Corte, ni podía afirmar, como ella misma lo advierte, la legalidad del inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32. Se pronunció apenas sobre su exequibilidad, declaración que en el presente fallo no sólo no se intenta rebatir, sino que se acepta.

«Al pronunciarse hoy el Consejo de Estado sobre la ilegalidad del inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32 de 1938, bajo el concepto de la inexistencia del término allí establecido, en manera alguna se coloca en contradicción con la Corte, por dos razones: A) Porque así como la legalidad no implica siempre la constitucional como ocurre cuando el reglamento pone fielmente en ejecución una ley contraria a los cánones de la Corte, tampoco la constitucionalidad comporta necesariamente la legalidad: el Decreto 32, de conformidad con lo resuelto por la Corte, quien estimó que el Gobierno podía señalarles a los odontólogos licenciados un término para acreditar su idoneidad, porque tal señalamiento "no tenía ni tiene por qué ser facultad exclusiva del Congreso" es exequible (*Res judicata proveritate habetur*), y sin

embargo el mismo Decreto no es legal, en cuanto el término que dijo tomar de la ley resultó ser, en realidad, uno distinto, como se demostrará en el capitulo siguiente; y B) Porque ante la Corte en ningún momento se propuso la inexequibilidad del inciso en mención en cuanto dicho término se tornó inoperante, ni tal modalidad fue, de oficio, considerada en la sentencia respectiva.

«Se alega también que, en sentencia de 28 de octubre de 1941, proferida en el juicio adelantado por el doctor Arcadio Dulcey contra la Resolución 885, de 3 de octubre de 1940, por la cual el Ministerio de Educación le concedió licencia para ejercer la Odontologia al señor Nehemías Dovale, declaró esta Corporación que "es perfectamente legal el término de 180 días fijado por el artículo 7º del Decreto tantas veces citado (el 32 de 1938), para hacer las solicitudes a que se refiere el artículo 3º de la Ley 51, declaración que posteriormente ratificó el Consejo de Estado, en sentencia del 16 de febrero de 1943, que puso fin al proceso iniciado por demanda de los doctores Manuel José Vargas y Max Galvis, contra los artículos 7º, 8º, 10º y 13º, inciso 2º del Decreto 32 de 1938.

«Débil argumento, porque si es verdad que, según el artículo 70 del Código de lo Contencioso Administrativo, "La nulidad declarada en vía contencioso administrativa produce efecto general contra todos..."; que "La sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes..." (artículo 473 del Código Judicial), y que "las sentencias dadas en juicios seguidos por acción popular producen efectos contra terceros" (artículo 476 ibidem), ello no obsta para que el Consejo de Estado considere la legalidad del inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32 de 1938, no ya en cuanto por esa disposición se señaló un plazo dentro del cual deberían presentar sus documentaciones los odontólogos licenciados, sino en cuanto ese plazo resultó inferior al de la Ley 51, en virtud de la fecha en que, de acuerdo con la reglamentación, debía él hacerse efectivo. Bien lo recuerda el tratadista doctor Tulio Enrique Tascón cuando, al comentar el artículo 84 de la Ley 167 de 1941, en su *Derecho Contencioso Administrativo Colombiano,* dice: "... Dentro del sistema del Código, una vez declarado que el acto no es nulo por violación de un precepto legal que en el concepto en que ha sido demandado, *puede después acusarse por otro motivo distinto:* la tesis contraria llevaría a la conclusión de que se declaran válidos actos que no lo son, sólo porque el demandante invoque disposiciones distintas de las que verdaderamente han sido violadas". (Subraya la Sala).

«Es ese precisamente el extremo contemplado en las presentes diligencias: mientras ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se había acusado el inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32, por habérseles señalado a los Odontólogos licenciados el término de ciento ochenta días para comprobar su idoneidad, se acusa ahora la misma disposición "por otro motivo distinto". Es así como esta Corporación se encuentra en absoluta libertad para estudiar la legalidad del inciso en referencia, sin necesidad de rectificar su jurisprudencia anterior.

«De los términos de la demanda de que se está haciendo mérito se infiere, con evidencia suma, que la legalidad del Decre-

to 32, en el punto debatido y como fundamento de las resoluciones demandadas, se controvierte desde un ángulo visual no tenido antes en cuenta, en orden a la inaplicabilidad, por via de excepción, del reglamento, en lo pertinente, al caso del señor Toro.

«*Inexistencia del término de 180 días, fijado en el inciso 1º del artículo 7º del Decreto número 32 de 1938.*

«El aspecto enteramente nuevo de la cuestión sub-judice, que no se contempló en los referidos fallos de la honorable Corte y del Consejo de Estado, es el de la inexistencia del término de ciento ochenta días en que los dentistas licenciados deberían presentar a las Juntas Seccionales de Títulos Odontológicos la documentación demostrativa de haber estado dedicados, de manera permanente y honorable, al ejercicio de su profesión, "durante un período no menor de diez años, contados hacia atrás desde la vigencia de esta Ley" (la 51 de 1937).

«Se dijo en el inciso primero del artículo 7º del Decreto 32 de 1938 que esa documentación se presentaría por los interesados "dentro del término fijado por la Ley de 1937 en su artículo 2º, es a saber el señalado para la refrendación de las concedidas a los dentistas, permitidos, o sea el de 'ciento ochenta días después de entrar en vigencia esta Ley' " (la 51 de 1937).

«Sucedió, sin embargo, que el citado Decreto 32, por mandato de su artículo 20, entró a regir desde el 8 de enero de 1938, o fecha de su expedición, es decir cuando el término de seis meses fijado por la ley y *revivido virtualmente* por el Decreto había cuatro meses y diez días, a contar del 27 de agosto de 1937, fecha en que la Ley 51, publicada en el *Diario Oficial* número 23539, del 27 de julio de 1937, empezó a regir, al tenor de lo preceptuado en el artículo 17 del mismo estatuto legal, artículo que reza: "Esta ley regirá treinta días después de su promulgación".

«En otras palabras, el término de 180 días, revivido *virtualmente* por el Decreto, se redujo a 50 días únicamente, haciéndose inoperante, en la mayoría de los casos, para permitir el acopio y presentación oportunos de la documentación exigida en el mismo artículo 7º, como de obligatorio allegamiento ante las Juntas Seccionales, a saber:

«a) Partida de bautismo, y registro civil;

«b) Cédula de ciudadanía;

«c) Libreta militar;

«d) Dos declaraciones juramentadas de testigos idóneos, en las cuales se certifique que el interesado ha observado y observa conducta intachable, certificadas por el funcionario que las reciba, acerca de la honorabilidad e idoneidad de los declarantes;

e) Declaraciones juramentadas de dos dentistas graduados, cuyos títulos se hallen reconocidos por el Ministerio de Educación Nacional, en las cuales se certifique que el interesado es apto para ejercer la operatoria, la prótesis, la anestesia y la exodoncia, sin constituir un peligro para la sociedad;

«f) Certificados de las autoridades de los lugares donde el interesado ha ejercido la Odontología, en los cuales se exprese claramente el tiempo preciso del ejercicio profesional, hasta completar diez años continuos hacia atrás, desde el 27 de agosto de 1937;

«g) Certificado de sanidad expedido por un médico oficial...»

Obsérvese que, aunque el lapso de 50 días les hubiera sido suficiente a todos los interesados para aducir aquella laboriosa documentación, bastaría la disminución en un solo día, y aquí se redujo en más de la mitad (130 días se hicieron ineficaces) del término de 180 días «fijado por la Ley 51 en su artículo 2º», para inferir la legalidad del Decreto reglamentario.

«En ese paso de la controversia, lo que importa a la justicia no es ya saber si el Gobierno podía o no fijar legalmente este o aquel término para que los dentistas aludidos en el artículo 3º de la Ley 51 acreditasen el cumplimiento de los requisitos correspondientes, sino averiguar si el plazo establecido en la reglamentación resultó ser *realmente, «igual al que traía el derogado artículo 4º»*, como dijo la Corte, o, como dijo el Consejo de Estado, *"el término que señala el artículo 2º de la misma Ley a que se refiere el artículo 7º del Decreto número 32 de 1938"*. Y ya se ha visto que no, porque el plazo de 180 días se redujo al de 50 por razón de las fechas en que tanto la Ley 51 como el Decreto 32 entraron a regir».

Criterio de la Administración.

Importante es anotar que tal ha sido, por otra parte, el pensamiento de los Agentes de la Administración.

En la «Memoria del señor Ministro de Educación al Congreso de 1946», documento posterior en varios años a las recordadas decisiones de la Corte y del Consejo, se insertó el informe rendido por el Director de Negocios Generales de ese despacho ejecutivo, sobre el particular. Allí se lee:

«... El Congreso del año de 1937 expidió la Ley 51, mediante la cual se concedió un plazo de 180 días hábiles para hacer valer los derechos de quienes estaban en las circunstancias mencionadas anteriormente, mediante la presentación de los documentos de que habla el mismo instrumento. Pero el Gobierno debía determinar cuál era esa documentación. La Ley 51 de 1937 fue promulgada el 27 de julio de 1937. Entró a regir el 27 de agosto del mismo año. El Decreto reglamentario número 32 de 1938, de fecha 8 de enero, determinó la documentación requerida para hacer valer los derechos consagrados por los artículos 2º y 3º de la mencionada Ley 51. Un decreto no puede modificar una ley; sin embargo en virtud del Decreto 32 de 1938, el plazo señalado empezó a contarse desde la fecha en que entró a regir la Ley, de tal manera que los 180 días de plazo empezaron a contarse el 27 de agosto y terminaron el 27 de febrero de 1938, cuando juzgó que por derecho debían empezar a contarse a partir de la reglamentación de la Ley y de la determinación de los documentos necesarios, o sea desde el 8 de enero de 1938. "El artículo 3º de la Ley 51 *consagra un derecho puro y simple que nada tiene que ver con el fijado por el artículo 2º de la misma.* El Decreto 32, en su artículo 7º, reunió los artículos 2º y 3º en uno solo, haciendo aparecer el 3º con un término *que sólo la ley podía hacerlo. La norma reglamentaria no puede modificar la ley, contrariarla ni excederla.* Además el artículo 4º de la ley que establecía para los dentistas del artículo 3º un término de 180 días para presentar sus documentaciones, fue expresamente derogado por el artículo 16 de la Ley 128 de

1937, de modo que *si el reglamento impuso un término que la ley derogó expresamente, el reglamento es ilegal*". (Subraya la Sala).

«Pero no es solo. Entre las probanzas allegadas al proceso por el apoderado del actor obra también un ejemplar, debidamente autenticado, del *Diario Oficial* número 24916, de fecha 23 de marzo de 1942, en donde aparece publicada la Resolución 236, de 25 de febrero de 1942, firmada por el propio Ministerio de Educación Nacional, por cuya virtud se revocó en todas sus partes la dictada por la Junta Central de Títulos Odontológicos y se le concedió licencia al señor Juan Bautista Arias Franco para ejercer la profesión odontológica. De la parte motiva de esta providencia se transcribe lo siguiente:

"... Además, este despacho observa que en realidad el Decreto reglamentario de la Ley 51, al citar en su artículo 7º un término que figura en el artículo 2º de la Ley *procedió injurídicamente*, porque no solamente hace figurar un inciso dentro de un artículo distinto, sino que también pretende señalar un plazo de 180 días, que antes de la vigencia del mismo Decreto 32 había empezado a correr, lo cual es extraño a la técnica jurídica".

«Llama la atención el hecho de que la misma Junta Central de Títulos Odontológicos licenciados, sino de los permitidos, con referencia a los cuales dicha Junta no podía considerar licencias 180 días después de entrar en vigencia la Ley 51 (por disposición que no derogó el legislador y sobre la cual no existe ningún género de duda), le refrendó al señor Francisco Calderón por Resolución número 27, del 17 de diciembre de 1947, es decir, casi diez años después de haber expirado el plazo legal, la licencia que la Gobernación del Tolima le había concedido desde 1919 (folio 82 vuelto). Esa refrendación, precisamente por ilegal, patentiza el sentido de benignidad con se hallaba próxima a imponerse la verdadera tesis jurídica de la no obligatoriedad de término alguno para la presentación de documentos de idoneidad por parte de los odontólogos licenciados.

«Fue quizás la prevalencia en los funcionarios del Ministerio de Educación, de ese criterio favorable a los solicitantes de licencias, lo que determinó que posteriormente, en el año de 1948, se adscribiera el conocimiento de los recursos jerárquicos dentro del procedimiento gubernativo, contra las resoluciones dictadas por la Junta Central de Títulos Odontológicos, al Ministerio de Higiene, en cuyas dependencias habría de facilitarse el influjo, no exento de egoísmo, de los dentistas titulados, contra los no titulados, al favor de las afinidades científicas allí predominantes, influjo que se hace presente en la lucha librada por los segundos, a lo largo de dos lustros, para obtener sus permisos y licencias. Se olvidó el principio de la unidad en las decisiones de la Administración, y el término que se había venido considerando por ésta inaplicable, tornó a ponerse en rigurosa vigencia tan pronto se desplazó, de un despacho ejecutivo a otro, el conocimiento de esta clase de negocios.

«Consecuencia de esa medida intencionada fue el implantamiento de un régimen de excepción, en cuya virtud a unos ciudadanos se les había reconocido su derecho de acuerdo con la ley, y a otros se les negó de conformidad con el reglamento. Y sobrevino la anarquía en el procedimiento, de la cual dan cuenta las Resoluciones 246, de 21 de marzo de 1950, y las números 250 y 252, de 21 de los mismos mes y año, del Ministerio de Hi-

giene, en que se revocan las dictadas por la Junta Central *para ordenarle a esta entidad la expedición de las licencias,* y la Resolución 251, de 21 de marzo de 1949, en que se revoca la emanada de la misma Junta, desfavorable al interesado *para concederle directamente por el superior la licencia correspondiente, como es lo acertado* (folios 74 vuelto a 75).

«Propósito de la presente sentencia es definir, una vez por todas, que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 51 de 1937, todos aquellos ciudadanos que con anterioridad a la vigencia de dicho estatuto ejercieron la odontología durante un período no menor de diez años, contados hacia atrás desde el 27 de agosto de 1937 (fecha de esa vigencia), con dedicación permanente y honorable a su profesión, y debidamente así lo comprueben, tienen, hoy por hoy, el derecho a continuar ejerciéndola, *mediante la presentación en cualquier tiempo, de los documentos* exigidos en el artículo 7º del Decreto 32 de 1938.

«Y no se diga que la circunstancia de haberse mantenido por el legislador la prohibición a las Juntas para considerar 180 días después de la vigencia de la Ley 51 las licencias de los odontólogos permitidos, con miras a su revalidación, inhibe al intérprete para dejar libres de idéntico término a los odontólogos licenciados, en cuanto esa libertad pudiera entrañar un privilegio injustificable, porque las dos situaciones son distintas no sólo ante la Ley que derogó ese plazo en relación con los segundos únicamente, sino ante las exigencias de la pública salubridad y el bien común, que aconsejan, por la escasez de dentistas diplomados que presten en todos los lugares del país tan primordial servicio, una aplicación del estatuto de la odontología más acorde con la realidad social.

«Quien ha ejercido por espacio de diez años o más, de modo permanente y con honorabilidad la odontología tiene, en efecto, en su favor, una presunción de idoneidad mucho mayor que quien, en un momento dado, pudo obtener la expedición de un permiso, no tanto, muchas veces, por razón de su eficiencia cuanto por su habilidad en los tejemanejes de la intriga. El mismo legislador consideró más capaces a los licenciados que a los permitidos, cuando sólo con referencia a éstos sancionó, con la cancelación de las licencias, la incapacidad profesional, al establecer, en el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 51, que "Las Juntas velarán por el estricto cumplimiento de esta Ley por parte de las autoridades; cancelarán las licencias de que trata el artículo 2º (las de los permitidos), cuando se compruebe que de ellas se hace mal uso, ya por extralimitación de lo indicado en la licencia, ya por incompetencia, o por que la licencia no llena los requisitos legales".

Restablecimiento del derecho.

«Al pedir en su libelo que "se ordene la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia por la cual se concede la licencia", el apoderado del actor parece querer significar que está dentro de las facultades del Consejo concederla.

«Pero no es así, en concepto de la Sala. El artículo 120 de la Ley 167 de 1941 dispone que: "Las sentencias firmes dictadas por el Consejo de Estado o por los Tribunales Administrativos se comunican como se previene en el artículo 132, *salvo que deban cumplirse por estas mismas entidades, de conformidad con esta Ley o con disposiciones especiales*", y el artículo 121

estatuye que: "Las autoridades, corporaciones o funcionarios de *todo orden a los cuales corresponda la ejecución de una sentencia de los organismos de lo contencioso administrativo, dictarán dentro del término de treinta días, contados desde su ejecutoria, la resolución competente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para el debido cumplimiento de lo resuelto*".

«Comentando la excepción contenida en la primera de las disposiciones citadas, dice el expositor Tascón: "Se exceptúa (de la regla general de la comunicación de las sentencias a las autoridades encargadas de cumplirlas) el caso de que el Consejo de Estado o los Tribunales deban cumplir por sí mismos la sentencia, como el Ramo Electoral cuando el Tribunal o el Consejo deben por sí mismos practicar los nuevos escrutinios, a virtud de la sentencia que ordena su ratificación. (Artículos 238 y 239)".

«Para que el Consejo de Estado cumpla sus propios fallos se requiere, pues, y ello ocurre sólo por excepción, que esté obligado a ese cumplimiento, "de conformidad con esta Ley o con disposiciones especiales". Pero ni la Ley 167 de 1941, ni ningún otro precepto faculta a esta Corporación para ejecutar las decisiones que profiera en juicios contra esta especie de actos administrativos.

«Verdad es que por el artículo 69 de la misma Ley 167 se prevé que para el solo efecto de restablecer el derecho particular violado podrán los Organismos de lo Contencioso Administrativo *estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas...*" Pero ello procede, como explica Roger Bonnard, si resultare que el derecho subjetivo ha sido formulado por un acto administrativo de manera distinta a como debía serlo, lo cual puede acontecer como consecuencia de la decisión previa al contencioso, para restablecer ese derecho subjetivo *después de haberlo reconocido* (subraya la Sala). Sólo entonces, con palabras del mismo autor, "forzosamente habrá que anular, reformar o reemplazar el acto administrativo que le es contrario", y el contencioso de plena jurisdicción será de esa manera, al mismo tiempo, "un contencioso de ejecución material".

«Corresponderá, pues, al Ministerio de Higiene, por conducto de la Junta Central de Títulos Odontológicos, como dependencia suya, de conformidad con las disposiciones pertinentes, ejecutar esta sentencia, acreditado como está, en el expediente administrativo, el derecho del actor». (Ponencia del honorable Consejero doctor Jesús Estrada Monsalve. Transcripción tomada del fallo de fecha 20 de marzo de 1952).

PRUEBAS

Como para decidir respecto de la reclamación formulada por el querellante, resulta necesario confrontar la respectiva documentación, la Sala observa que en el expediente administrativo correspondiente aparece la siguiente, con la cual el actor acredita plenamente los requisitos exigidos por la citada norma legal:

a) Prueba supletoria de la edad, verificada conforme a las prescripciones especiales del artículo 400 del Código Civil (folios 14 y 15);

b) Certificado expedido por el señor Alcalde Municipal de Cali, en el cual consta que el actor ejerce la profesión odontológica desde el año de 1927 (folio 16);

c) Declaraciones de los doctores Federico G. O'Byrne y Régulo Rengifo, ambos odontólogos titulados, rendida por el primero ante el Juzgado 2º Penal Municipal de la ciudad de Cali, y por el segundo ante el señor Alcalde Municipal de Bugalagrande, conforme a las cuales el señor Teófilo Bravo Cerón es conocido por ellos como persona apta para ejercer la operatoria, la prótesis, la anestesia y la exodoncia, de modo que en forma alguna viene a constituir un peligro para la sociedad (folios 17 a 20);

d) Declaraciones de los señores Luis Rosales Irama y Oscar Scarpetta, rendidas ante el Alcalde de la ciudad de Cali, conforme a las cuales el actor siempre ha observado y observa actualmente una conducta intachable en sociedad (folios 21 y 22);

e) Certificado de sanidad expedido por el doctor Oscar Scarpetta, en su calidad de médico oficial del Departamento del Valle (folio 23);

f) Certificado de libreta militar (folio 13 vuelto).

El sentido de las declaraciones hechas en la parte resolutiva del fallo que hubo de transcribirse antes como fundamento del presente, habrán de modificarse al tenor de lo expresado en la sentencia proferida con fecha 11 de diciembre de 1952, en el juicio instaurado por el señor Alfonso Barragán Rico, a saber:

«Al declarar el Consejo de Estado, como se ha hecho, inoperante el término de 180 días prefijado en el Decreto número 32 de 1938, la situación de quienes, según el articulo 3º de la Ley 51, habían ejercido la profesión odontológica en forma honorable y permanente durante diez (10) años anteriores a su vigencia, sigue siendo la misma. Es decir, para ellos no ha corrido el término de 180 dias y por tanto pueden continuar ejerciendo dicha profesión. Porque debe advertirse que para tales personas no existe ni ha existido solución de continuidad, pues el término empleado en la ley es muy claro: "continuará ejerciendo", y continuará, según la acepción correspondiente del Diccionario, es "proseguir lo comenzado, durar, permanecer", o sea que aquellos que hubieren ejercido la profesión de odontólogo, de manera permanente y honorable, antes de la vigencia de la Ley, durante diez años, proseguirán en su ejercicio, durarán, permanecerán en él.

«Quiere lo anterior decir que el Decreto reglamentario, en cuanto exigió condiciones distintas de *honorabilidad y permanencia* del ejercicio en aquel lapso, por vía de excepción resulta también inaplicable, por exceso de la potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el articulo 215 de la misma Carta; y que la Sala debe declarar, como elemento esencial del restablecimiento del derecho en el presente caso, y como consecuencia de este nuevo aspecto del problema debatido, que el demandante, comprobado como se halla en los autos el ejercicio honorable de su profesión por el término de diez años consecutivos, anteriores a la vigencia del respectivo estatuto, puede continuar en ese mismo ejercicio por ministerio de la ley.

«La procedencia de tal declaración, en la parte dispositiva de este fallo, uniforma de nuevo el criterio de todos los miembros de la Sala, disipando las discrepancias suscitadas a propósito de los fallos proferidos con fechas 15 y 27 de mayo de 1952, en los juicios adelantados, respectivamente, por José Cas-

taño Medina y David Robledo Cancino, idénticos al presente, sobre la posibilidad o imposibilidad del Consejo de Estado para entrar en la apreciación de probanzas de carácter técnico, como son las encaminadas a demostrar la idoneidad profesional de los interesados, pues siendo extralegal este requisito del Reglamento, por no hallarse contenido en la Ley reglamentada, y no debiendo por esta razón tenerse en cuenta, desaparece, por sustracción de materia, la dificultad que la mayoría de la Sala encontró en los juicios de que se ha hecho mención, para ordenarle a la Junta Central de Títulos Odontológicos no la expedición de las licencias, como se había dispuesto en la sentencia de 20 de marzo de 1952, dictada en el proceso instaurado por el señor Miguel A. Toro, sino el estudio de las respectivas documentaciones en orden a concederlas o negarlas».

Decreto administrativo número 279 de 1953.

Estando redactada la presente sentencia, pero antes de ser discutida y firmada por los integrantes de la Sala, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, dictó el Decreto legislativo número 279, de 17 de febrero último, por el cual «Se reglamenta el ejercicio de la medicina y la odontología».

La Sala estima que el Decreto en cuestión —aún no ha reglamentado— no es aplicable a los juicios que se hallan en curso ante el Consejo de Estado, como pudiera pensarse, por la razón que se deduce del texto mismo de la norma en referencia, cuyo tenor al respecto es el siguiente:

«*Artículo 7º* Quienes hubieren presentado solicitud de licencia para ejercer la odontología, con anterioridad a la vigencia del presente Decreto y con arreglo a las disposiciones legales anteriores, sólo podrán obtenerla si el solicitante presenta y aprueba previamente un examen de aptitud profesional en cualquiera de las Facultades de Odontología de las Universidades autorizadas legalmente.

«*Parágrafo.* Los programas y la manera como se debe practicar el examen de que trata este artículo deberán ser reglamentados por el Gobierno Nacional y se darán a conocer a los interesados cuando lo soliciten. Estos exámenes se verificarán invariablemente dentro de los sesenta (60) días *siguientes a la fecha de la Resolución de la Junta de Títulos Odontológicos en que, en cada caso particular, se resuelva sobre la legalidad de las documentaciones presentadas con la solicitud.* Este plazo es improrrogable y quienes no cumplan con este requisito dentro del término fijado pierden el derecho de examen y sus solicitudes de licencia serán negadas y pasarán al archivo».

Como fácilmente se advierte, las situaciones a que el artículo transcrito se refiere son aquellas sobre las cuales la Administración no se ha pronunciado aún. Porque aquéllas, definidas ya por medio de resoluciones acusadas ante el Consejo como ilegales, no pueden volver al conocimiento de los organismos administrativos, agotado como se halla respecto de ellas el procedimiento gubernativo. De consiguiente, solamente el Consejo, en su función de lo Contencioso Administrativo, es quien puede decidir acerca de la legalidad o ilegalidad de aquéllas.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su colaborador Fiscal,

FALLA:

Primero. Son nulas y así se declaran las Resoluciones números 34, de 15 de noviembre de 1943, dictada por la Junta Central de Títulos Odontológicos, y 133, de 21 de febrero de 1950, y 550, de 27 de junio del mismo año, del Ministerio de Higiene, por medio de las cuales tales entidades negaron de consuno la licencia para ejercer la odontología, solicitada en forma legal por el señor Teófilo Bravo Cerón.

Segundo. En consecuencia, dentro del término fijado por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, la Junta Central de Títulos Odontológicos le expedirá al señor Teófilo Bravo Cerón la correspondiente licencia para ejercer la odontología en todo el territorio de la República, por haber acreditado el ejercicio honorable de su profesión durante un período no menor de diez años, contados hacia atrás desde la vigencia de la Ley 51 de 1937; dispondrá que se le publique dicha licencia en el *Diario Oficial* a costa del interesado, e inscribirá el nombre de éste en el Censo Odontológico Nacional, con el carácter de Licenciado.

Tercero. Por hallarse en las condiciones expresadas en el numeral anterior, el señor Teófilo Bravo Cerón puede continuar ejerciendo la profesión de odontólogo en todo el territorio nacional, por el ministerio de la ley; y

Cuarto. Niéganse las demás peticiones a que hace referencia el doctor Gustavo Correa Pérez en su demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Con salvamento de voto, *Ildefonso Méndez; Jesús Estrada Monsalve, Daniel Anzola Escobar, Baudilio Galán Rodríguez, Pedro Gómez Parra, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto.—Luis E. García V.*, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente: doctor Eduardo Piñeros y Piñeros)

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y tres.

Referencia: Expediente número 2443.

Actos de las autoridades nacionales. Unica instancia. Nulidad de las Resoluciones números 73, de 2 de septiembre de 1949, expedida por la Junta Central de Títulos Odontológicos, y 79, de 23 de enero de 1951, originaria del Ministerio de Higiene.

Demandante: José Olmedo Arias.

Apoderado: Doctor Gustavo Correa Pérez.

El doctor Gustavo Correa Pérez, obrando como apoderado especial del señor José Olmedo Arias, en libelo presentado ante el Consejo de Estado, el 23 de mayo de 1951, formuló las siguientes peticiones:

a) Que se declaren nulas las Resoluciones de la referencia;

b) Que se conceda al señor Olmedo Arias la licencia para ejercer la odontología en todo el territorio de la República;

c) Que se ordene a la Junta Central de Títulos Odontológicos inscribir en el Censo Odontológico al señor José Olmedo Arias como Licenciado; y

d) Que se ordene la publicación en el *Diario Oficial* de la sentencia por la cual se le concede la licencia, de acuerdo con el articulo 8º del Decreto 32 de 1938.

Como fundamento de hecho el actor expone los siguientes:

«Del estudio detenido de cada una de las providencias acusadas se deduce que la razón fundamental por la cual se ha negado la licencia a mi poderdante consiste en el hecho de haber presentado su solicitud fuéra del término señalado por el articulo 7º del Decreto número 32 de 1938, reglamentario del articulo 3º de la Ley 51 de 1937. En apoyo de esta tesis se cita la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado que ha considerado legal dicho término. Siendo este el punto central de discusión, procede hacer un análisis del aspecto jurídico de la Ley y el Decreto conjuntamente con las doctrinas del Consejo de Estado, para tratar de demostrar la ilegalidad e inexistencia jurídica del citado término.

«El Congreso de la República reglamentó la odontologia por medio de la Ley 51 de 1937 y dispuso en el articulo 3º lo siguiente: *"También podrán seguir ejerciendo la odontologia* (subrayo) las personas que durante un periodo no menor de diez años, contados hacia atrás desde la vigencia de esta Ley,

hayan estado dedicadas de manera permanente al ejercicio honorable de esa profesión". Posteriormente y a los 180 días de publicada esta Ley se dictó el Decreto 32 de 1938, que la reglamentó, exigiendo en el artículo 7º una documentación de difícil aparejamiento a quienes estaban amparados por el artículo 3º de la Ley antes citada. Dicha documentación debería presentarse ante las Juntas dentro de un término de 180 días, término este que venció cuando el Decreto fue dictado. La ingeniosidad con que fue establecido dicho término fraudulento dio como resultado la imposibilidad absoluta de dar aplicación al artículo 3º de la Ley 51, burlándose en esta forma al legislador y a los interesados que estaban amparados por dicha disposición.

«Veamos en qué consistió esta maniobra reglamentaria.

«El artículo 7º del Decreto 32 dice que: "Las personas a que se refiere el artículo 3º de la Ley 51 de 1937 deberán presentar a la respectiva Junta Seccional de Títulos Odontológicos, dentro del término fijado por la Ley 51 de 1937, en su artículo 2º, los siguientes documentos..."

«Como los autores del dicho Decreto comprendieron que no podían revivir un término que había sido expresamente derogado por el legislador (artículo 16 de la Ley 128 de 1937), idearon un término fraudulento remitiéndose a un plazo señalado en una ley que había empezado a correr seis meses antes. La Ley 51 de 1937 fue publicada en el *Diario Oficial* número 25539, del 27 de julio de 1937, y el Decreto 32 de 1938, que estipula el término, fue publicado en el *Diario Oficial* número 23689, del 27 de enero del mismo año, es decir, a los seis meses (180 días exactamente) de publicada la Ley 51. Cuando los interesados conocieron el Decreto 32 procedieron inmediatamente a elaborar sus documentaciones, y muchos las presentaron en el breve lapso de un mes. Pero las Juntas Seccionales no las admitían alegando que el término había vencido ya. Así se defraudaron las aspiraciones de los odontólogos que estaban amparados por el artículo 3º de la Ley 51 de 1937, haciéndoles ver que no tenían derecho a las licencias porque sus solicitudes eran extemporáneas. Los expedientes eran devueltos a los interesados y muchos otros se perdieron de los archivos de las Juntas».

El apoderado cita como norma violada por los actos acusados el artículo 3º de la Ley 51 de 1937, y analiza en forma detenida el concepto de la violación.

Al juicio se le dio la tramitación correspondiente y dentro de ella rindió concepto el señor Fiscal. No observándose causal de nulidad que invalide el procedimiento, se entra a decidir sobre el particular.

Consideraciones de la Sala.

Para resolver sobre la cuestión de fondo debatida en el presente juicio basta con citar las razones jurídicas expuestas en sentencia de fecha 20 de marzo de 1952, al decidir el negocio del señor Miguel A. Toro, que era exactamente igual al que ahora es materia de estudio, en la cual esta Corporación definió tal asunto en forma que deja muy en claro la interpretación jurídica que debe dársele a la ley que regula la profesión odontológica en Colombia. En la mencionada sentencia se dijo:

«Dos fallos, uno de la honorable Corte Suprema de Justicia y otro del honorable Consejo de Estado, aduce la parte opositora, acompañada por el señor Fiscal, en defensa de las Resoluciones acusadas, en cuanto éstas se basaron en la legalidad del término señalado por el inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32 de 1938.

"Quien discute alegando autoridad no emplea el ingenio sino la memoria", escribió Vinci, reflexión que debe tenerse en cuenta en la exégesis de las leyes, a fin de que los aportes de la jurisprudencia o la doctrina no sean simples motivos decorativos en la estructuración de las decisiones judiciales, sino verdaderos refuerzos de la argumentación principal, por la oportunidad con que ellos se allegan al litigio y la certidumbre dialéctica con que se aplican al caso debatido.

«Véase por qué las referidas sentencias no constituyen obstáculo insalvable, que le impida al Consejo llegar a la conclusión de que hubo desvío de poder reglamentario en lo prescrito en el inciso 1º del artículo 7º del Decreto número 32 de 1938, prescindencia hecha de lo expresado en los capítulos anteriores.

«Se arguye que, por sentencia de fecha 4 de marzo de 1943, la honorable Corte Suprema de Justicia declaró la exequibilidad de esa disposición, en el juicio que el doctor Max Galvis R. instauró ante aquélla contra ese y otros ordenamientos del mencionado Decreto reglamentario. Pero no es exacto, como lo asevera el abogado de la oposición, que tan alta entidad examinara el referido inciso "frente a la Ley". Tal se colige de las mismas palabras de la Corte, que en seguida se copian: "... De modo que la Sala estudiará el Decreto número 32 de 1938, bajo el aspecto en que el acusador lo juzga inconstitucional, descartando del debate reparos de ser el Decreto contrario a las Leyes 105 de 1931 y 51 de 1937, *porque de la ilegalidad de un decreto del Gobierno no conoce* sino el Consejo de Estado".» (Subraya la Sala).

«No afirmó, pues, la Corte, ni podía afirmarlo, como ella misma lo advierte, la ilegalidad del inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32. Se pronunció apenas sobre su exequibilidad, declaración que en el presente fallo no solamente no se intenta rebatir, sino que se acepta.

«Al pronunciarse hoy el Consejo de Estado sobre la ilegalidad del inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32 de 1938, bajo el concepto de la inexistencia del término allí establecido, en manera alguna se coloca en contradicción con la Corte, por dos razones: A) Porque así como la legalidad no implica siempre la constitucionalidad, como ocurre cuando el reglamento pone fielmente en ejecución una ley contraria a los cánones de la Carta, tampoco la constitucionalidad comporta necesariamente la legalidad; el Decreto 32, de conformidad con lo resuelto por la Corte, quien estimó que el Gobierno podía señalarles a los odontólogos licenciados un término para acreditar su idoneidad, porque tal señalamiento "no tenía ni tiene por qué ser facultad exclusiva del Congreso", es exequible (Res judicata pro veritate habetur), y sin embargo el mismo Decreto no es legal, en cuanto el término que dijo tomar de la Ley resultó ser, en realidad uno distinto, como se demostrará en el capítulo siguiente; y B) Porque ante la Corte en ningún momento se propuso la exequibilidad del inciso en mención, en cuanto dicho término se tornó inoperante, ni tal modalidad fue, de oficio, considerada en la sentencia respectiva.

«Se alega también que, en sentencia de 20 de octubre de 1941, proferida en el juicio adelantado por el doctor Arcadio Dulcey contra la Resolución 885, de 5 de octubre de 1940, por la cual el Ministerio de Educación le concedió licencia para ejercer la odontología al señor Nehemías Dovale, declaró esta Corporación que "es perfectamente legal el término de 180 días fijado por el artículo 7º del Decreto tantas veces citado (el 32 de 1938) para hacer las solicitudes a que se refiere el artículo 3º de la Ley 51", declaración que posteriormente ratificó el Consejo en sentencia del 16 de febrero de 1943, que puso fin al proceso iniciado por demanda de los doctores Manuel José Vargas y Max Galvis contra los artículos 7º, 8º, 10º y 13º, inciso segundo, del Decreto 32 de 1938.

«Débil argumento, porque si es verdad que, según el artículo 70 del Código de lo Contencioso Administrativo "la nulidad declarada en vía contencioso-administrativa produce efecto general contra todos..."; que "La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes" (artículo 473 del Código Judicial), y que "Las sentencias dadas en juicios seguidos por acción popular producen efectos contra terceros" (artículo 476 ibídem), ello no obsta para que el Consejo de Estado considere la legalidad del inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32 de 1938, no ya en cuanto por esa disposición se señaló un plazo dentro del cual deberían presentar su documentación los odontólogos licenciados, sino en cuanto ese plazo resultó inferior al de la Ley 51, en virtud de la fecha en que, de acuerdo con la reglamentación, debía él hacerse efectivo. Bien lo recuerda el tratadista Tascón cuando, al comentar el artículo 84 de la Ley 167 de 1941, en su *Código Contencioso Administrativo Colombiano*, dice: "... Dentro del sistema del Código, una vez declarado que el acto no es nulo por violación de un precepto legal en el concepto en que ha sido demandado, *puede después acusarse por otro motivo distinto;* la tesis contraria llevaría a la conclusión de que se declararan válidos actos que no lo son, sólo porque el demandante invoque disposiciones distintas de las que verdaderamente han sido violadas" (subraya la Sala); ese es precisamente el extremo contemplado en las presentes diligencias: mientras ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se había acusado el inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32, por habérseles señalado a los odontólogos licenciados el término de ciento ochenta días para comprobar su idoneidad, se acusa ahora la misma disposición "por otro motivo distinto". Es así como esta Corporación se encuentra en absoluta libertad para estudiar la legalidad del inciso en referencia, sin necesidad de rectificar su jurisprudencia anterior.

«De los términos de la demanda que se está haciendo mérito se infiere, con evidencia suma, que la legalidad del Decreto 32, en el punto debatido y como fundamento de las resoluciones acusadas, se contravierte desde un ángulo visual no tenido antes en cuenta, en orden a la inaplicabilidad, por vía de excepción, del reglamento, en lo pertinente al caso del señor Toro.

«Inexistencia del término de 180 días fijado en el inciso 1º del artículo 7º del Decreto número 32 de 1938.

«El aspecto enteramente nuevo de la cuestión sub-judice, que no se contempló en los referidos fallos de la Corte y del Con-

sejo de Estado, es el de la inexistencia del término de ciento ochenta días en que los dentistas licenciados deberían presentar a las Juntas Seccionales de Títulos Odontológicos la documentación demostrativa de haber estado dedicados de manera permanente y honorable al ejercicio de su profesión "durante un período no menor de diez años, contados hacia atrás desde la vigencia de esta Ley". (La 51 de 1937).

«Se dijo en el inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32 de 1938 que esa documentación se presentaría por los interesados "dentro del término fijado por la Ley 51 de 1937 en su artículo 2º, es a saber el señalado para la refrendación de las licencias concedidas a los dentistas permitidos, o sea el de 'ciento ochenta días *después de entrar en vigencia esta Ley*'." (La 51 de 1937).

«Sucedió, sin embargo, que el citado Decreto 32, por mandato de su artículo 2º, entró a regir desde el 8 de enero de 1938, o fecha de su expedición, es decir, cuando del término de seis meses fijado por la Ley y revivido *virtualmente* por el Decreto habían corrido ya cuatro meses y diez días, a contar del 27 de agosto de 1937, fecha en que la Ley 51, publicada en el *Diario Oficial* número 23539, del 27 de julio de 1937, empezó a regir, al tenor de lo preceptuado en el artículo 17 del mismo estatuto legal, artículo que reza: "Esta Ley regirá treinta días después de su promulgación".

«En otras palabras, el término de ciento ochenta días, revivido *virtualmente* por el Decreto, se redujo a 50 días únicamente, haciéndose inoperante, en la mayoría de los casos, para permitir el acopio y presentación oportunos de la documentación exigida en el mismo artículo 7º, como de obligatorio allegamiento ante las Juntas Seccionales.

«Obsérvase que, aunque el lapso de cincuenta días les hubiera sido suficiente a todos los interesados para aducir aquella laboriosa documentación, bastaría la disminución de un solo día, y aquí se redujo en más de la mitad (130 días se hicieron ineficaces) del término de 180 días "fijado por la Ley 51 en su artículo 2º", para inferir la ilegalidad del Decreto reglamentario.

«En este paso de la controversia lo que importa a la justicia no es ya saber si el Gobierno podía o no fijar legalmente este o aquel término para que los dentistas aludidos en el artículo 3º de la Ley 51 acreditasen el cumplimiento de los requisitos correspondientes, sino averiguar si el plazo establecido en la reglamentación resultó ser, realmente, *igual al que tenía el derogado artículo 4º*, como dijo la Corte, o, como dijo el Consejo de Estado, *el término que señala el artículo 2º de la misma Ley, a que se refiere el artículo 7º del Decreto número 32 de 1938*". Y ya se ha visto que no, porque el plazo de 180 días se redujo al de 50, por razón de las fechas en que tanto la Ley 51 como el Decreto 32 entraron a regir».

Posteriormente esta Corporación, en sentencia de fecha 11 de diciembre de 1952, en un caso análogo al presente dejó sentada la siguiente doctrina respecto de la situación de los odontólogos solicitantes de licencia, frente a la inoperancia del término de 180 días fijado por el Decreto 32 de 1938:

«Al declarar el Consejo de Estado, como se ha dicho, inoperante el término de 180 días prefijado por el Decreto número 32 de 1938, la situación de quienes, según el artículo 3º de la

«Se alega también que, en sentencia de 20 de octubre de 1941, proferida en el juicio adelantado por el doctor Arcadio Dulcey contra la Resolución 885, de 5 de octubre de 1940, por la cual el Ministerio de Educación le concedió licencia para ejercer la odontología al señor Nehemías Dovale, declaró esta Corporación que "es perfectamente legal el término de 180 días fijado por el artículo 7º del Decreto tantas veces citado (el 32 de 1938) para hacer las solicitudes a que se refiere el artículo 3º de la Ley 51", declaración que posteriormente ratificó el Consejo en sentencia del 16 de febrero de 1943, que puso fin al proceso iniciado por demanda de los doctores Manuel José Vargas y Max Galvis contra los artículos 7º, 8º, 10º y 13º, inciso segundo, del Decreto 32 de 1938.

«Débil argumento, porque si es verdad que, según el artículo 70 del Código de lo Contencioso Administrativo "la nulidad declarada en vía contencioso-administrativa produce efecto general contra todos..."; que "La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes" (artículo 473 del Código Judicial), y que "Las sentencias dadas en juicios seguidos por acción popular producen efectos contra terceros" (artículo 476 ibídem), ello no obsta para que el Consejo de Estado considere la legalidad del inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32 de 1938, no ya en cuanto por esa disposición se señaló un plazo dentro del cual deberían presentar su documentación los odontólogos licenciados, sino en cuanto ese plazo resultó inferior al de la Ley 51, en virtud de la fecha en que, de acuerdo con la reglamentación, debía él hacerse efectivo. Bien lo recuerda el tratadista Tascón cuando, al comentar el artículo 84 de la Ley 167 de 1941, en su *Código Contencioso Administrativo Colombiano*, dice: "... Dentro del sistema del Código, una vez declarado que el acto no es nulo por violación de un precepto legal en el concepto en que ha sido demandado, *puede después acusarse por otro motivo distinto;* la tesis contraria llevaría a la conclusión de que se declararan válidos actos que no lo son, sólo porque el demandante invoque disposiciones distintas de las que verdaderamente han sido violadas" (subraya la Sala); ese es precisamente el extremo contemplado en las presentes diligencias: mientras ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado se había acusado el inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32, por habérseles señalado a los odontólogos licenciados el término de ciento ochenta días para comprobar su idoneidad, se acusa ahora la misma disposición "por otro motivo distinto". Es así como esta Corporación se encuentra en absoluta libertad para estudiar la legalidad del inciso en referencia, sin necesidad de rectificar su jurisprudencia anterior.

«De los términos de la demanda que se está haciendo mérito se infiere, con evidencia suma, que la legalidad del Decreto 32, en el punto debatido y como fundamento de las resoluciones acusadas, se contravierte desde un ángulo visual no tenido antes en cuenta, en orden a la inaplicabilidad, por vía de excepción, del reglamento, en lo pertinente al caso del señor Toro.

«*Inexistencia del término de 180 días fijado en el inciso 1º del artículo 7º del Decreto número 32 de 1938.*

«El aspecto enteramente nuevo de la cuestión sub-judice, que no se contempló en los referidos fallos de la Corte y del Con-

sejo de Estado, es el de la inexistencia del término de ciento ochenta días en que los dentistas licenciados deberían presentar a las Juntas Seccionales de Títulos Odontológicos la documentación demostrativa de haber estado dedicados de manera permanente y honorable al ejercicio de su profesión "durante un período no menor de diez años, contados hacia atrás desde la vigencia de esta Ley". (La 51 de 1937).

«Se dijo en el inciso 1º del artículo 7º del Decreto 32 de 1938 que esa documentación se presentaría por los interesados "dentro del término fijado por la Ley 51 de 1937 en su artículo 2º, es a saber el señalado para la refrendación de las licencias concedidas a los dentistas permitidos, o sea el de 'ciento ochenta días *después de entrar en vigencia esta Ley*'." (La 51 de 1937).

«Sucedió, sin embargo, que el citado Decreto 32, por mandato de su artículo 2º, entró a regir desde el 8 de enero de 1938, o fecha de su expedición, es decir, cuando del término de seis meses fijado por la Ley y revivido *virtualmente* por el Decreto habían corrido ya cuatro meses y diez días, a contar del 27 de agosto de 1937, fecha en que la Ley 51, publicada en el *Diario Oficial* número 23539, del 27 de julio de 1937, empezó a regir, al tenor de lo preceptuado en el artículo 17 del mismo estatuto legal, artículo que reza: "Esta Ley regirá treinta días después de su promulgación".

«En otras palabras, el término de ciento ochenta días, revivido *virtualmente* por el Decreto, se redujo a 50 días únicamente, haciéndose inoperante, en la mayoría de los casos, para permitir el acopio y presentación oportunos de la documentación exigida en el mismo artículo 7º, como de obligatorio allegamiento ante las Juntas Seccionales.

«Obsérvase que, aunque el lapso de cincuenta días les hubiera sido suficiente a todos los interesados para aducir aquella laboriosa documentación, bastaría la disminución de un solo día, y aquí se redujo en más de la mitad (130 días se hicieron ineficaces) del término de 180 días "fijado por la Ley 51 en su artículo 2º", para inferir la ilegalidad del Decreto reglamentario.

«En este paso de la controversia lo que importa a la justicia no es ya saber si el Gobierno podía o no fijar legalmente este o aquel término para que los dentistas aludidos en el artículo 3º de la Ley 51 acreditasen el cumplimiento de los requisitos correspondientes, sino averiguar si el plazo establecido en la reglamentación resultó ser, realmente, *igual al que tenía el derogado artículo 4º*, como dijo la Corte, o, como dijo el Consejo de Estado, *el término que señala el artículo 2º de la misma Ley, a que se refiere el artículo 7º del Decreto número 32 de 1938*". Y ya se ha visto que no, porque el plazo de 180 días se redujo al de 50, por razón de las fechas en que tanto la Ley 51 como el Decreto 32 entraron a regir».

Posteriormente esta Corporación, en sentencia de fecha 11 de diciembre de 1952, en un caso análogo al presente dejó sentada la siguiente doctrina respecto de la situación de los odontólogos solicitantes de licencia, frente a la inoperancia del término de 180 días fijado por el Decreto 32 de 1938:

«Al declarar el Consejo de Estado, como se ha dicho, inoperante el término de 180 días prefijado por el Decreto número 32 de 1938, la situación de quienes, según el artículo 3º de la

Ley 51, habían ejercido la profesión odontológica en forma honorable y permanente 10 años anteriores a su vigencia, sigue siendo la misma. Es decir, para ellos no ha corrido el término de 180 días y, por tanto, pueden continuar ejerciendo dicha profesión. Porque debe advertirse que para tales personas no existe ni ha existido solución de continuidad, pues el término empleado en la Ley es muy claro: "continuará ejerciendo", y continuar, según la acepción correspondiente del Diccionario, es: "proseguir lo comenzado, durar, permanecer". O sea que aquellos que hubieran ejercido la profesión de odontólogos de manera permanente y honorable antes de la vigencia de la Ley, durante 10 años, lo seguirán en su ejercicio, durarán, permanecerán en él. Quiere lo anterior decir que el Decreto reglamentario, en cuanto exigió condiciones distintas de la *honorabilidad y permanencia* del ejercicio en aquel lapso, por vía de excepción resulta también inaplicable por exceso de potestad reglamentaria consagrada en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215 de la misma Carta; y que la Sala debe declarar como elemento esencial del restablecimiento del derecho en el presente caso, y como consecuencia de este nuevo aspecto del problema debatido que el demandante, compróbado como se halla en los autos el ejercicio honorable de su profesión por el término de diez años consecutivos, anteriores a la vigencia del respectivo estatuto, puede continuar en ese mismo ejercicio por ministerio de la Ley.

«La procedencia de tal declaración, en la parte dispositiva de este fallo uniforma de nuevo el criterio de todos los miembros de la Sala, disipando las discrepancias suscitadas a propósito de los fallos de fechas 15 y 27 de mayo de 1952 en los juicios adelantados, respectivamente, por José Castaño Medina y David Robledo Cancino, idénticos al presente, sobre la posibilidad o imposibilidad del Consejo de Estado para entrar en la apreciación de probanzas de carácter técnico, como son las encaminadas a demostrar la idoneidad profesional de los interesados, pues siendo extralegal este requisito del reglamento, y no debiendo, por esa razón, tenerse en cuenta, desaparece, por sustracción de materia, la dificultad que la mayoría de la Sala encontró, en los juicios a que se ha hecho mención, para ordenarle a la Junta Central de Títulos Odontológicos no la expedición de las licencias, como se había dispuesto en la sentencia de 20 de marzo de 1952, dictada en el proceso instaurado por el señor Miguel A. Toro, sino el estudio de las respectivas documentaciones».

En el presente caso, el expediente administrativo adelantado en la Junta Central de Títulos Odontológicos y en el Ministerio de Higiene, con base en la solicitud que formulara el señor José Olmedo Arias, tendiente a que se le concediera licencia para ejercer la odontología en Colombia, se trajo oportunamente a los autos, y en él se encuentran, entre otros, los documentos tendientes a acreditar la honorabilidad y permanencia en el ejercicio de la profesión con anterioridad a la vigencia de la Ley 51 de 1937.

Acreditados los requisitos a que se acaba de hacer mención, y aplicando a este juicio el criterio sentado en sentencia de 11 de diciembre de 1952, que se dejó transcrito anteriormente, se tiene que, como el citado señor José Olmedo Arias si ejerció la profesión odontológica diez años anteriores a la vigencia de la Ley 51 de 1937, en forma permanente y honorable, únicos requisitos actualmente indispensables

para tal efecto, dicho señor posee derecho a seguir ejerciendo la odontología en todo el territorio de la República y, por ende, a que se le expida su licencia.

Estando redactada la presente seentencia, pero antes de ser discutida y firmada por los integrantes de la Sala, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, dictó el Decreto legislativo número 279, de 17 de febrero último, por el cual «se reglamenta el ejercicio de la medicina y la odontología».

La Sala estima que el Decreto en cuestión no les es aplicable a los juicios que se hallan en curso ante el Consejo de Estado, como pudiera pensarse, por la siguiente razón que se deduce del texto mismo de la norma en referencia, cuyo tenor al respecto es el siguiente:

> «*Artículo* 7º Quienes hubieren presentado solicitud de licencia para ejercer la odontología, con anterioridad a la vigencia del presente Decreto y con arreglo a las disposiciones legales anteriores, sólo podrán obtenerla si el solicitante presenta y aprueba previamente un examen de aptitud profesional en cualquiera de las Facultades de Odontología de las Universidades autorizadas legalmente.
>
> «*Parágrafo.* Los programas y la manera como se deberá practicar el examen de que trata este artículo deberán ser reglamentados por el Gobierno Nacional y se darán a conocer a los interesados cuando lo soliciten. Estos exámenes se verificarán invariablemente dentro de los *sesenta días siguientes a la fecha de la resolución de la Junta de Títulos Odontológicos en que, en cada caso particular, se resuelva sobre la legalidad de las documentaciones presentadas con la solicitud.* Este plazo es improrrogable y quienes no cumplan con este requisito dentro del término fijado pierden el derecho al examen y sus solicitudes de licencia serán negadas y pasarán al archivo».

Como fácilmente se advierte, las documentaciones y solicitudes a que el artículo transcrito se refiere son aquellas sobre las cuales el Ministerio y la Junta no han resuelto sobre la legalidad de las mismas. Porque de aquellas en que ya se resolvió y cuyas resoluciones respectivas están acusadas ante el Consejo como ilegales, no pueden volver a conocer los organismos de la Administración, pues ya se agotó y se decidió el procedimiento gubernativo. De consiguiente, solamente el Consejo de Estado en su función de Contencioso Administrativo es quien puede decidir de su legalidad o ilegalidad.

Siendo uniforme el criterio de la mayoría de los Consejeros integrantes de la Sala del conocimiento, en cuanto a los diferentes aspectos que se contemplan en el presente juicio; definida como está por el Consejo de Estado la inoperancia del término de ciento ochenta días, de lo cual se deduce que la solicitud puede presentarse en cualquier tiempo; lo mismo que el punto referente a las pruebas requeridas para acreditar el derecho al ejercicio de la odontología, que no son otras que las exigidas en el artículo 3º de la Ley 51 de 1937, y lo pertinente al estado del presente negocio frente a la nueva situación creada por el Decreto-ley número 279 del corriente año, procede declarar la nulidad de las Resoluciones acusadas y ordenar el restablecimiento del derecho del señor José Olmedo Arias.

Por las anteriores consideraciones el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto del señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Son NULAS y así se declaran las Resoluciones números 73, de 2 de septiembre de 1949, expedida por la Junta Central de Títulos Odontológicos, y 79, de 23 de enero de 1951, originaria del Ministerio de Higiene;

Segundo. En consecuencia, dentro del término fijado por el artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo, la Junta Central de Títulos Odontológicos le expedirá al señor José Olmedo Arias la correspondiente licencia para ejercer la odontología en todo el territorio de la República, por haber acreditado el ejercicio honorable de su profesión durante un periodo no menor de diez años contados hacia atrás desde la vigencia de la Ley 51 de 1937; dispondrá que se publique dicha licencia en el *Diario Oficial* a costa del interesado e inscribirá el nombre de éste en el Censo Odontológico Nacional, con el carácter de Licenciado;

Tercero. Por hallarse en las condiciones expresadas en el numeral anterior, el señor José Olmedo Arias puede continuar ejerciendo la profesión de odontólogo en todo el territorio nacional, por ministerio de la ley, y

Cuarto. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Ildefonso Méndez, Eduardo Piñeros y Piñeros, Daniel Anzola Escobar, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Rafael Rueda Briceño, Antonio José Prieto.—Luis E. García V., Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

(Consejero ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, seis de marzo de mil novecientos cincuenta y tres.

El doctor Gustavo Hernández Rodríguez, por medio de apoderado legal, en libelo de fecha siete de mayo de mil novecientos cincuenta y uno formuló ante el Consejo de Estado las siguientes peticiones:

«*Primero.* Demando la nulidad de la Resolución número 246, de marzo siete (7) de mil novecientos cincuenta y uno (1951), del Ministerio de Gobierno, por la cual el Ministerio resuelve: "Abstenerse de intervenir en el conflicto entre los Senadores Gustavo Hernández Rodríguez y José Joaquín Castro Martínez, como lo solicita el primero de los nombrados, con las peticiones que ha elevado a este despacho en el memorial a que se refiere la presente Resolución".

«*Segundo.* Que el Consejo de Estado, como consecuencia de la nulidad a que se refiere el punto anterior, dicte las disposiciones necesarias para que se restablezca al doctor Gustavo Hernández Rodríguez en su derecho, ordenando que se le paguen los sueldos y gastos de representación como Senador por Boyacá por haber concurrido a las sesiones ordinarias iniciadas el veinte (20) de julio de 1949, más tiempo que el doctor José Joaquín Castro Martínez, que solamente se posesionó el 26 de septiembre de 1949, desalojando al doctor Gustavo Hernández Rodríguez, que ocupaba esa curul por encabezar la lista de suplentes, y se ordene además que imputable a vigencias expiradas o al artículo de presupuesto para pagar al Congreso de la República, se le paguen al doctor Hernández Rodríguez los sueldos y gastos de representación a que tiene derecho durante todo el tiempo que ha estado en receso el Congreso Nacional, y que para cumplir con este mandato se hagan los traslados y apropiaciones necesarias en el Presupuesto Nacional.

«*Tercero.* Que se ordene que se le paguen al doctor Hernández Rodríguez las asignaciones correspondientes a Senador que actualmente estén por hacer y se pague al mismo lo indebidamente pagado a quien no tenía derecho para percibir desde el 10 de noviembre de 1949».

Como HECHOS constitutivos de la acción se adujeron los que a continuación se transcriben:

«1º Que el doctor Gustavo Hernández Rodríguez se posesionó como Senador de la República por el Departamento de Bo-

yacá, el veinte (20) de julio de mil novecientos cuarenta y siete;

«2º Que desde el 20 de julio de 1947, hasta el 26 de septiembre de 1949, el doctor Gustavo Hernández Rodríguez ejerció el cargo de Senador de la República por Boyacá;

«3º Que el 26 de septiembre de 1949 se posesionó el doctor José Joaquín Castro Martínez, como Senador por Boyacá y desalojó al doctor Gustavo Hernández Rodríguez, que ocupaba la curul por encabezar la lista de suplentes;

«4º Que el 9 de noviembre de 1949 el Gobierno declaró turbado el orden público y en estado de sitio la República;

«5º Que el 9 de noviembre de 1949, el Gobierno Nacional suspendió las sesiones del Congreso y dictó el Decreto extraordinario 3520 de 1949, *Diario Oficial* número 27163, que así lo ordena;

«6º Que desde el 9 de noviembre de 1949, el Congreso de la República no se ha reunido hasta la fecha;

«7º Que en los Decretos números 2207, de 7 de julio de 1950, o 3261, de octubre de 1950, *Diario Oficial* número 27461, de noviembre 15 de 1950, Resolución ejecutiva número 2, de enero 11 de 1951, que dice: "Que por Decretos legislativos números 3520 y 2207 de 1950 están suspendidas las sesiones del Congreso; que en receso del Congreso corresponde al Gobierno...", el Decreto extraordinario número 3120, de octubre de 1950, por el cual se suspenden algunas disposiciones relativas al personal subalterno del Congreso, Decreto en el cual se dice que el Congreso no se ha reunido desde el 9 de noviembre de 1949, en uno de sus apartes se lee: "Que por Decreto 3523, del mismo 9 de noviembre de 1949, y como medida de orden público, quedaron suspendidas las sesiones ordinarias del Congreso Nacional; Que por Decreto 2207, de 7 de julio de 1950, se dispuso que continuara aplazada la reunión del Congreso, hasta la fecha que el Gobierno fije de acuerdo con las circunstancias; Que en cumplimiento del anterior Decreto 2207, *el Congreso Nacional no se reunió en sesiones ordinarias*, y menos las Comisiones Constitucionales Permanentes, ni las Comisiones de la Mesa del Senado y Cámara;

«8º Que la Habilitación del Senado de la República (el Estado) pagó al doctor José Joaquín Castro Martínez los gastos de representación y sueldos como Senador de Boyacá, desde el 10 de noviembre de 1949 hasta el 15 de octubre de 1950, sin tener el doctor Castro Martínez derecho a ellos...;

«9º Que desde el 16 de octubre de 1950 se reconoció que el doctor Gustavo Hernández Rodríguez tenía derecho a los sueldos y gastos de representación durante el receso, porque así lo había dicho el honorable Consejo de Estado en los conceptos dados al Ministerio de Gobierno;

«10º Que el último de enero de 1950, el Secretario del Ministerio dio orden de que se le pagaran al doctor Castro Martínez los sueldos como Senador por Boyacá, y así lo está haciendo el Habilitado, a pesar de que la orden no es dada por el Ministro sino por el Secretario, razón por la cual no tiene el carácter de resolución del Ministerio, pero es acto que me causó perjuicio...»

En opinión del actor, con la expedición de la Resolución censurada se violaron los artículos 30, 55 y 93 de la Constitución Nacional; 10, 24 y 240 del Código de Régimen Político y Municipal; los Decretos

3520 de 1949 y 2207 de 1950 y el artículo 14 (sic; léase 4º) de la Ley 157 de 1936.

Al juicio se le ha dado la tramitación legal correspondiente, y no observándose causal que invalide lo actuado se procede a dictar sentencia, previas las consideraciones que siguen:

Para decretar la suspensión provisional del acto acusado, solicitada en el libelo, el señor Consejero sustanciador dictó el auto de 28 de mayo de 1951, contra el cual no se instauró recurso alguno.

Allí se dijo:

«... El señor Presidente del Senado de la República certificó, con fecha 15 de septiembre de 1950, que durante el período de las últimas sesiones, y por tal se entiende el lapso comprendido entre el 20 de julio y el 17 de diciembre de 1949, ocuparon la correspondiente curul por Boyacá el doctor Gustavo Hernández Rodríguez, como Senador suplente, desde el 20 de julio hasta el 26 de septiembre, o sea por el tiempo de *66 días*, y el doctor José Joaquín Castro Martínez, como Senador principal, desde el 26 de septiembre hasta el 9 de noviembre, fecha en que se clausuró el Congreso Nacional, por virtud del Decreto 3520 de 1949, o sea por espacio de *43 días*. De donde se concluye que el doctor Hernández Rodríguez *actuó*, "durante la reunión del Congreso", por un tiempo mayor, *en la cifra de 23 días*, que el doctor Castro Martínez.

«Y como el artículo 4º de la Ley 157 de 1936, en su segunda parte establece que la remuneración *"en el receso corresponderá a quien haya asistido más tiempo durante el período de las últimas sesiones"*, es flagrante el quebranto de la citada norma legal por la Resolución en que el Ministerio de Gobierno le negó al doctor Gustavo Hernández Rodríguez el pago de sus sueldos y gastos de representación como Senador suplente por el Departamento de Boyacá, en la forma por él solicitada ante dicho Ministerio: que una negativa es, y no cosa distinta, la proferida por el señor Ministro de Gobierno al "Abstenerse —como reza el acto acusado— de intervenir en el conflicto entre los Senadores Gustavo Hernández Rodríguez y José Joaquín Castro Martínez, como lo solicita el primero de los nombrados con las peticiones que ha elevado a este despacho en el memorial a que se refiere la presente Resolución...".» (Folios 12, vuelto y 13).

A fin de dilucidar el punto controvertido en las presentes diligencias, necesario es transcribir, en lo pertinente, la sentencia de 22 de octubre de 1952, proferida —con ponencia del mismo Consejero redactor de este fallo— en el juicio adelantado por el Senador por Nariño, doctor Juan Bravo Pérez, contra la Resolución número 1041 de 1950 (diciembre 16), y contra la número 17 de 1951 (enero 15), originarias del Ministerio de Gobierno.

«... La controversia —afirmó entonces la Sala— parece haberse suscitado alrededor de la palabra "receso", empleada por el legislador en una disposición que no se citó como violada en la demanda, pero que la parte constituida en el proceso por el doctor Héctor Martínez Guerra, para impugnar parcialmente la acción y al mismo tiempo parcialmente coadyuvarla, aduce co-

mo fundamento de su doble intento. Se refiere la Sala al artículo 4º de la Ley 157 de 1936, que, en desarrollo del artículo 113 de la Carta Fundamental, que le dejó al legislador la facultad de fijar y reglamentar la remuneración de los miembros del Congreso, estableció que tal remuneración "corresponde durante la reunión del Congreso a quien actúe", y agrega: "En el receso corresponderá a quien haya asistido más tiempo durante el período de las últimas sesiones".

«Es evidente que la remuneración en el receso de las sesiones de la legislatura de 1949 debía corresponder al doctor Martínez Guerra, quien asistió a ellas como suplente del doctor Juan Bravo Pérez, Senador principal por la circunscripción de Nariño, y así lo reconoció el mismo demandante cuando, en las cartas que dirigió, con fecha 16 de junio de 1950, al Presidente del Senado y al señor Pagador de esta Corporación legislativa, cuyo texto se incluye en el HECHO CUARTO de la demanda, afirma que su suplente "tiene derecho al receso hasta el 19 de julio en que termina el periodo de la presente legislatura.

«Sólo que el actor entiende que por haber anunciado su reincorporación a la Cámara Alta a partir de la fecha de tales cartas, como Senador principal ya posesionado, desde ese instante desaparecía para el suplente ese derecho y surgía para el doctor Bravo Pérez el de continuar recibiendo los sueldos y gastos de representación correspondientes, ya que si el segundo no pudo entrar en el ejercicio de sus funciones, ello se debió exclusivamente a la suspensión de las sesiones decretadas por el Gobierno.

«En opinión de la Sala, la palabra "receso", usada por el legislador en el artículo 4º de la Ley 157 de 1936, se refiere sólo al pago de la remuneración parlamentaria en la cesación de funciones determinada por el vencimiento de las legislaturas dentro del respectivo periodo constitucional, que es, como se sabe, de cuatro años para los Senadores y de dos para los Representantes. En manera alguna pudo estar en la mente del legislador proveer al pago de esa remuneración en el extremo imprevisto de suspensión de las Cámaras, como consecuencia de declararse turbado el orden público y en estado de sitio toda la República. Ni sería equitativo que porque un parlamentario, principal o suplente, asistió por mayor tiempo a las sesiones de una legislatura, con el consiguiente derecho, que no se discute, de percibir los emolumentos en el correspondiente receso, pueda tener, en todos los casos, el de continuar recibiéndolos *por tiempo indefinido,* con mengua de quien —de no haber sobrevenido el cierre de las Cámaras por la situación de emergencia, verdadero caso de fuerza mayor— habría entrado a ejercer sus funciones y, con este ejercicio, a percibir los sueldos y gastos de representación. En el evento de autos se tendría que el doctor Bravo Pérez, quien asistió a las legislaturas de 1947 y 1948, como Senador principal por el Departamento de Nariño, no puede percibir la remuneración correspondiente a la legislatura del 20 de julio de 1950 al 19 de julio de 1951, y puede, en cambio, percibirla el doctor Martínez Guerra, quien concurrió únicamente como suplente suyo, a la legislatura de 1949.

«Que es menester distinguir entre "receso" y "suspensión" lo advirtió el propio Ministerio de Gobierno cuando, al resolver el recurso de reposición intentado por el interesado, doctor Martínez Guerra, contra la Resolución número 1041, de 16 de diciembre de 1950, se pronunció en estos términos:

"... El argumento que más fuerza pudiera tener, fundado en el artículo 4º de la Ley 157 de 1936, que dispone que la remuneración en el receso corresponderá a quien haya asistido más tiempo durante el período de las últimas sesiones, no puede aceptarse con la interpretación que a esta disposición le da el apelante (sic), *porque ella fue dictada sin consideraciones a esta modalidad del actual estado de emergencia no contemplado hasta hoy*, y muy claro se deduce de su texto que *cada período de sesiones se entiende para cada año legislativo, y no para cuando el receso se produce en un lapso que cubre más de un año legislativo*". (Subraya la Sala).

«Necesario es, de consiguiente, adoptar un criterio racional que, por otra parte, consulte los dictados de la equidad para determinar —frente al silencio del legislador— cuál de los ciudadanos ungidos con el sufragio popular —Senador o Representante principal, Senador o Representante suplente— tiene derecho, en cada caso particular, a recibir la respectiva remuneración, en extremos como el aquí contemplado.

«Ese criterio no es otro, en concepto de la Sala, que el empleado por el legislador al estatuir que la remuneración en los recesos de las legislaturas corresponderá a quien haya asistido más tiempo durante el período de las últimas sesiones, que no pudo ser otro que el de remunerar a los Senadores y Representantes en proporción a su trabajo. Y de la misma manera que, con referencia a una legislatura, se preceptuó que la retribución del servicio legislativo correspondería en el receso a quien hubiera actuado por más tiempo en el respectivo período de sesiones, la Sala considera que la remuneración durante la suspensión del Congreso, en casos como el de que tratan estas diligencias, debe corresponder a quien, habida cuenta no ya de una determinada legislatura sino del período constitucional completo —que es, como se sabe, de cuatro años para los Senadores y de dos para los Representantes—, hubiere concurrido por mayor tiempo a las reuniones del Parlamento. De otro modo, quien sirvió más, recibiría menos, y quien sirvió menos recibiría más, lo que es, a todas luces, contrario a la equidad natural.

«Por ello, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado no está de acuerdo con el parecer expresado por la de Negocios Generales en el INFORME rendido por ésta a solicitud del Ministerio de Gobierno, donde se lee:

"... Esta suspensión de las sesiones ha dejado las cosas en el estado en que estaban cuando fue decretada, tanto con relación a los negocios de que está conociendo el Congreso, como por lo que atañe al personal de los congresistas, porque no habiéndose reunido ninguna de las Cámaras legislativas, ningún cambio puede haberse operado en su composición —salvo el caso de muerte de alguno de sus miembros— dado que ninguna renuncia o excusa puede haber sido considerada, ni posesión o ejercicio del cargo puede haber tenido lugar. La circunstancia de principiar cada 20 de julio una nueva legislatura, según los artículos 68, inciso 1º y 134, inciso 2º de la Constitución, no es parte a modificar esta conclusión, porque por virtud del último de dichos decretos la legislatura correspondiente a 1950 no ha principiado aún...

"Dígase al señor Ministro de Gobierno en respuesta de su referida CONSULTA que dadas las actuales circunstancias de suspensión de la reunión ordinaria del Congreso, correspondiente a la legislatura de 1950, *las asignaciones respectivas corres-*

ponden desde el 20 de julio en adelante a las mismas personas a quienes se estaban reconociendo hasta esa misma fecha". (Subraya la Sala).

«Como es fácil advertirlo, en la aludida respuesta de la Sala de Negocios Generales se asimiló la situación de "receso", propiamente dicho, de que trata el artículo 4º de la Ley 157 de 1936, á la situación de "suspensión" del funcionamiento de las Cámaras por Decreto del Gobierno, y en ella no se contemplaron las dificultades que podrían presentarse, no ya en relación con el *statu quo* de las cosas y negocios en curso cuando la suspensión fue decretada, sino en relación con los derechos de los Senadores y Representantes, todos físicamente imposibilitados para el cumplimiento normal de sus funciones, y algunos de ellos con un rendimiento de trabajo mucho mayor, dentro del período constitucional, que el de aquellos Senadores o Representantes principales o suplentes que accidentalmente ocupaban las curules en el momento de suspenderse el Congreso.

«Razón tuvo el Ministerio de Gobierno al decir, cuando resolvió la reposición instaurada contra el acto acusado, recordando quizá que el DICTAMEN a que se hace referencia no es de los que obligan al Gobierno, lo que a continuación se transcribe:

"... Son tan diversas las modalidades y casos que se han presentado para los señores Senadores y Representantes con motivo de los Decretos extraordinarios que aplazan las reuniones de las Cámaras que, como lo dice la Resolución aludida, *aceptar la solución generalizada, con fundamento en el concepto del honorable Consejo de Estado, traería para los distintos problemas soluciones aberrantes,* que el Ministerio no quiere aceptar de manera definitiva y prefiere para cada uno el sentido detenido por parte de la mencionada entidad". (Subraya la Sala).

«Así es, en efecto. Porque si la intención del legislador, en el artículo 4º de la Ley 157 de 1936, fue —como se ha visto— la de retribuir trabajo mayor con remuneración mayor, dentro del funcionamiento de una determinada legislatura, obvio es que la solución dada a la CONSULTA del Gobierno, en el DICTAMEN rendido por la Sala de Negocios Generales, resultaría manifiestamente contraria a esa misma intención legislativa en muchos casos, concretamente en el aquí controvertido, cuando del período contitucional se trata, pues la afirmación de que "las asignaciones respectivas corresponden desde el 20 de julio (de 1950) en adelante a las mismas personas a quienes se estaban reconociendo hasta esa misma fecha", conduciría al reconocimiento de los sueldos y gastos de representación —como ya se observó antes— a favor de quien asistió por más tiempo a una sola legislatura, en contra de quien había concurrido a dos o tres como Senador, o a una legislatura entera y la menor parte de otra como Representante.

«Al pronunciarse contra las peticiones del actor, el señor Fiscal anota que no se encuentra comprobado el hecho de que el doctor Bravo Pérez le hubiera manifestado al Presidente del Senado su ánimo de reincorporarse a esta Corporación a partir del 19 de julio de 1950, pues la copia de la comunicación fechada el 16 del mismo mes en que ese ánimo se expresaba (folio 22) "carece de todo valor probatorio por no aparecer autenticada, como todo documento privado, y por cuanto que, en segundo lugar, el despacho que se libró al señor Presidente del Senado para que certificara sobre este punto.... no fue diligenciado, habiéndose omitido, por tanto, traer a los autos el referido docu-

mento", y agrega que la reincorporación al Senado, del doctor Bravo Pérez como Senador principal por Nariño, para las sesiones ordinarias que se iniciaron el 20 de julio de 1950, "no podría admitirse —ya que se trata de un hecho legalmente imposible— ... por cuanto es evidente que para esta época *continuaba* aplazada la reunión del Congreso, según lo dispuso el Decreto 2207, de 7 de julio de 1950, por no haber desaparecido las causas que impusieron la suspensión de las sesiones del Congreso, ordenada por el Decreto 3520, del 9 de noviembre de 1949..."

«Carecen de validez los anteriores argumentos, porque si es verdad que la comunicación a que el señor Fiscal alude sólo aparece en copia simple al folio 22 del expediente, en cambio la del mismo tenor, dirigida al Habilitado Pagador del Senado de la República, se halla reproducida íntegramente en la certificación expedida por el mismo funcionario, visible al folio 35; porque la imposibilidad en que la suspensión de las Cámaras colocaba al doctor Bravo Pérez para reasumir su función legislativa en nada desvirtuaba su propósito de reincorporarse al Senado; y finalmente porque el derecho del doctor Bravo Pérez a la percepción de las asignaciones correspondientes a su calidad de Senador por el tiempo de la suspensión del Congreso, no resultaría precisamente de la demostración que el señor Fiscal echa de menos, ni de la posibilidad o imposibilidad de su reincorporación física a la Cámara alta, sino de haber asistido más tiempo que su suplente, el doctor Martinez Guerra, a las sesiones de la Corporación, no ya durante la legislatura de 1949, sino durante el período constitucional para que ambos fueron elegidos.

«Así lo interpreta la Sala, derivando su criterio de lo dispuesto por el legislador en el artículo 4º de la Ley 157 de 1936, que provee al pago de la remuneración parlamentaria en los recesos de las legislaturas, dando aplicación al artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que reza: "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

«..... ....»

Cuatro conceptos es menester destacar en la transcripción anterior, con la mira de precisar el sentido en que ha de fallarse este proceso:

a) Que es necesario distinguir entre el *receso* a que se refiere el artículo 4º de la Ley 157 de 1936, en relación con cada una de las cuatro legislaturas en que se divide el período total de los miembros del Senado de la República, y la *suspensión* del Congreso por situaciones de anormalidad "como la acaecida en el país a partir del día 9 de noviembre de 1949", para usar los mismos términos de la vista fiscal;

b) Que es necesario adoptar un criterio racional que, por otra parte, consulte los dictados de la equidad, para determinar —frente al silencio del legislador sobre suspensiones del Congreso— cuál de los ciudadanos ungidos con el sufragio popular, Senador o Representante principal y Senador o Representante suplente, tiene derecho *"en cada caso particular"*, a recibir la respectiva remuneración;

c) Que ese criterio no es otro que el de remunerar a los Senadores y Representantes *"en proporción a su trabajo"*, y

d) Que no es la posibilidad o imposibilidad en que un Senador o Representante hubiere estado para actuar en las Cámaras, así se trate de fuerza mayor, sino el tiempo de asistencia a ellas, lo que ha de tenerse en cuenta para decididr a quién deben serle pagadas las asig-

naciones, ya surja la dificultad en relación con los recesos de las legislaturas, ya se suscite en relación con la suspensión de la actividad parlamentaria por orden del Gobierno.

De autos aparece demostrado que el día 20 de julio de 1947 se posesionó como Senador de la República por la circunscripción electoral de Boyacá el doctor Gustavo Hernández Rodríguez, en su carácter de primer suplente del doctor José Joaquín Castro Martínez, según consta en los libros y nóminas que reposan en el archivo de la Habilitación del Senado; que desde entonces se le pagaron al doctor Hernández Rodríguez sueldos y gastos de representación *hasta el día 26 de septiembre de 1949,* fecha en la cual tomó posesión, como Senador principal, el doctor Castro Martínez, a quien igualmente se le pagaron esos sueldos y gastos *hasta el 15 de octubre de 1950;* que desde esta fecha en adelante volvieron a pagársele al doctor Hernández Rodríguez *hasta el último de enero de 1951,* «en virtud de un concepto emitido por el honorable Consejo de Estado y transcrito por el Ministerio de Gobierno»; que a partir del 1º de febrero del mismo año tal pago se ordenó, de nuevo, a favor del doctor Castro Martínez *hasta el 1º de junio de 1951,* día en que el doctor Hernández Rodríguez volvió a recibir la remuneración «en acatamiento a la orden de suspensión provisional decretada por el honorable Consejo de Estado» (folios 4 y vuelto y 50 y vuelto); que del 31 de diciembre de 1950 en adelante «fueron suspendidos los pagos de gastos de representación» (folio 50 y vuelto); que el doctor Hernández Rodríguez ocupó la curul de Senador suplente por Boyacá entre el 20 de julio de 1947 y el 26 de septiembre de 1949, día en que tomó posesión de dicha curul el Senador principal, doctor Castro Martínez, y que el Senado solamente pudo sesionar, en el mencionado año, del 20 de julio al 9 de noviembre «por razones ajenas a su voluntad». (Folios 5, 15, 23, 25, 29 vuelto, 37 vuelto, 45 y 45 vuelto y 49).

Con base en tales probanzas, se tiene que habiendo concurrido el doctor Gustavo Hernández Rodríguez a las sesiones del Senado de la República *desde el 20 de julio de 1947 hasta el 26 de septiembre de 1949,* como Senador suplente, y el doctor Castro Martínez *desde la última fecha mencionada hasta el 9 de noviembre de 1949,* como Senador principal, la actuación parlamentaria del primero fue mayor que la actuación parlamentaria del segundo, considerada no sólo la legislatura en que ocupó la curul el doctor Castro Martínez, sino la totalidad del periodo de cuatro años. De donde se infiere que es el doctor Hernández Rodríguez, y no el doctor Castro Martínez, quien debe percibir la asignación correspondiente al receso de la legislatura de 1949, y al tiempo de la suspensión del Senado por el resto del período constitucional.

El colaborador Fiscal de la Sala, al pronunciarse en su vista de fondo contra las súplicas de la demanda, pone de presente que los razonamientos expuestos en la providencia que suspendió provisionalmente el acto censurado no pueden aplicarse a una situación de anormalidad como la acaecida en el país a partir del día 9 de noviembre de 1949; y afirma que si el doctor Castro Martínez concurrió a menos tiempo que el doctor Hernández Rodríguez durante el período de las últimas sesiones obedeció tal hecho «a la situación de anormalidad que impidió que el Senado continuara sesionando del 9 de abril (sic) de 1949 en adelante», por lo que —concluye el señor Fiscal— «de no haberse presentado tal circunstancia constitutiva de fuerza mayor, el Senador principal, doctor Castro Martínez, habría actuado *81 días* "durante el periodo

de las últimas sesiones", comprendidos entre el 26 de septiembre de 1949, fecha de su posesión, y el 17 de diciembre del mismo año, día de la clausura de las sesiones ordinarias de las Cámaras legislativas, tiempo mayor del que actuó su suplente, doctor Hernández Rodríguez, quien sólo sirvió *66 días* en las referidas sesiones». (Folios 61 a 63).

No comparte la Sala el parecer del señor Agente del Ministerio Público, porque no pudiendo el intérprete distinguir allí donde el legislador no ha distinguido y disponiéndose en el artículo 4º de la Ley 157 de 1936 que «la remuneración en el receso corresponde *a quien haya asistido* (se subraya) más tiempo durante el período de las últimas sesiones», no es posible, al hacer la aplicación por analogía de ese precepto al pago de las asignaciones durante la suspensión del Congreso, distinguir entre la *asistencia* y la *no asistencia*, así se deba ésta a fuerza mayor, para equiparar en sus efectos tan dispares situaciones.

Cierto es que, en el fallo cuya transcripción se hizo antes parcialmente y como circunstancia favorable a las súplicas de la demanda instaurada por el doctor Juan Bravo Pérez, se hizo referencia, de paso, a la fuerza mayor que le impidió a éste asistir al Senado por el resto del período; pero ello no se adujo como argumento principal sino como razón subsidiaria concomitante en su caso. Recuérdese, una vez más, lo allí afirmado «.... el derecho del doctor Bravo Pérez a la percepción de las asignaciones correspondientes a su calidad de Senador por el tiempo de la suspensión del Congreso no resultaría precisamente de la demostración que el señor Fiscal echa de menos (deficiencia de la prueba sobre el ánimo del actor de reincorporarse al Senado), *ni de la posibilidad o imposibilidad de su reincorporación física a la Cámara alta, sino de haber asistido más tiempo que su suplente, el doctor Héctor Martínez Guerra, a las sesiones de esa Corporación*, no ya durante la legislatura de 1949 sino durante el período constitucional para que ambos fueron elegidos».

Fue, pues, el criterio de la asistencia por mayor tiempo al Senado en la época que antecedió a la suspensión del Congreso, y no el de la imposibilidad en que se hallara el doctor Bravo Pérez para asistir a las sesiones, el que primó en la mente de la Sala para resolver en su favor las peticiones de la demanda.

Pero son muy otras las condiciones del doctor José Joaquín Castro Martínez, quien sólo ocupó la curul de Senador principal por Boyacá del 26 de septiembre de 1949 al 9 de noviembre del mismo año, es decir, *43 días* dentro del período constitucional de cuatro años, mientras el doctor Hernández Rodríguez ejerció su función legislativa, como suplente, entre el 20 de julio de 1947 y el 26 de septiembre de 1949, o sea por *360 días* en el mismo lapso.

Del precedente análisis resulta que, a diferencia de lo ocurrido en el caso del doctor Bravo Pérez, en que el suplente, doctor Martínez Guerra, actuó por mayor tiempo que su principal durante el receso de una legislatura, por lo cual se le reconoció el derecho a percibir la remuneración correspondiente a ese término y al doctor Bravo Pérez la referente al resto del período total, en el extremo aquí contemplado ningún derecho puede declararse a favor del doctor Castro Martínez, porque su actuación fue inferior a la de su suplente, ya que se considere el receso de la legislatura de 1949, bien se atienda al período constitucional completo.

En efecto, durante la legislatura de 1949 (147 días), los doctores Castro Martínez y Hernández Rodríguez actuaron, respectivamente, *por 43 y por 66 días* —38 días quedaron comprendidos en la suspensión de las Cámaras—, y durante el período total (588 días), aquél ocupó la curul por los mismos *43 días* solamente, y éste por *360 días* —185 días quedaron comprendidos en la suspensión del Senado—, así:

A) Actuación de Hernández Rodriguez, de 47 a 48 (legislatura completa)	147 días	
B) Actuación de Hernández Rodríguez, de 48 a 49 (legislatura completa)	147 días	
C) Actuación de Hernández Rodríguez, de 49 a 50 (20 de julio a 26 de septiembre de 1949).	66 días	360 días
Actuación de Castro Martínez, de 49 a 50 (26 de septiembre a 9 de noviembre de 1949) ...		43 días
Tiempo de la legislatura de 49 a 50, comprendido en la suspensión del Congreso (9 de noviembre a 17 de diciembre de 1949)		38 días
D) Legislatura de 50 a 51. comprendida en la suspensión de las Cámaras		147 días
Total de días en el período constitucional del Senado		588 días

SINTESIS: Días servidos en la legislatura 1949-1950 por Hernández Rodríguez, 66; y días servidos en la misma legislatura por Castro Martínez, 43. *Diferencia a favor de Hernández Rodríguez, 23 días.* Días servidos, en el período completo, 1947-1951, por Hernández Rodríguez, 360; y días servidos, en el mismo lapso, por Castro Martínez, 43. *Diferencia a favor de Hernández Rodríguez, 317 días.*

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, previa audiencia de su Fiscal,

FALLA:

I. Es NULA, y así se declara, la Resolución número 246, de 7 de marzo de 1951, emanada del Ministerio de Gobierno, por la cual este despacho se abstuvo de «intervenir en el conflicto entre los Senadores Gustavo Hernández Rodríguez y José Joaquín Castro Martínez, como lo solicita el primero de los nombrados con las peticiones que ha elevado a este despacho en el memorial a que se refiere la presente Resolución», negándose implícitamente por ese medio a darle al Habilitado Pagador del Senado de la República la orden de continuar pagándole al doctor Gustavo Hernández Rodríguez, Senador suplente por Boyacá en el período constitucional 1947-1951, la totalidad de las asignaciones a que tenía derecho en ese carácter;

II. El Habilitado Pagador del Senado de la República, dentro del término de que trata el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, reconocerá y pagará al doctor Gustavo Hernández Rodríguez, o a su representante legal los sueldos y gastos de representación (estos últimos hasta el 31 de diciembre de 1950 o fecha en que fueron suspendidos) por todo el tiempo de la cesación del Senado determinada por virtud de los Decretos legislativos 3520 y 2207 de 1950, excepción hecha de las sumas que el doctor Hernández Rodríguez hubiere recibido por el mismo concepto, con imputación a vigencias expiradas o al artículo pertinente del respectivo presupuesto, según el caso;

Parágrafo. Para efectos de la repetición de los pagos hechos al doctor José Joaquín Castro Martínez, a partir del 10 de noviembre de 1949, por valores a que tenía derecho el doctor Gustavo Hernández Rodríguez, como Senador suplente por Boyacá, envíese copia del presente fallo a la Procuraduría General de la Nación (artículos 143 de la Constitución Nacional y 175 del Código Judicial).

III. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Ministerio de Gobierno y a la Procuraduría General de la Nación y archívese el expediente.

Ildefonso Méndez, Jesús Estrada Monsalve, Daniel Anzola Escobar, Baudilio Galán Rodríguez, Pedro Gómez Parra, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto.—Luis E. García V., Secretario.

RESOLUCIONES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

(Consejero ponente: doctor Rafael Rueda Briceño).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, diecisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y tres.

Referencia: Expediente número 3681.
Actor: Rosa Umaña Nieto.
Acción: Nulidad Resolución número 439 de 1952, del Contralor General de la República.

La señorita Rosa Umaña Nieto, por medio de apoderado, demanda la nulidad de la Resolución número 439, fechada el 24 de marzo de 1952, originaria del Contralor General de la República, la cual es del tenor siguiente:

> «*Resolución número 439 (24 de marzo de 1952)*, por la cual se hace un nombramiento. El Contralor General de la República, en uso de sus atribuciones legales, *Resuelve:* Artículo único. Designase al señor Julio Amín, Contador 2º de la Caja de la Contraloría, en reemplazo de la señorita Rosa Umaña Nieto. Parágrafo. La presente Resolución regirá a partir del 1º de abril del presente año. Comuníquese y cúmplase. Dada en Bogotá a 24 de marzo de 1952 (mil novecientos cincuenta y dos). (Fdo.), *Hernando Escallón Vargas*, Contralor General. (Fdo.), *Jorge Gálvez Mejía*, Secretario Jefe Personal».

En el libelo se hace una relación de hechos y se señalan como disposiciones violadas las Resoluciones dictadas por el propio Contralor General de la República que allí se enumeran y que son las siguientes: 188 de 1939 (noviembre 9), 90 de 1939 (enero 27), 37 de 1938 y 693 de 1945 (jnnio 16).

El negocio ha tenido la tramitación que le es propia, y como no se halla causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a fallarlo, mediante las siguientes consideraciones:

La Caja de Empleados de la Contraloría General de la República fue creada por medio de la Resolución 37 de 1938 (septiembre 15), conforme al artículo 1º, cuyo tenor es como sigue:

> «Créase la Caja de Empleados de la Contraloría General de la República, como una entidad de carácter privado, sobre bases de confianza, con el objeto y propósito de fomentar el ahorro entre los mismos empleados y crear un fondo de garantía para prestaciones sociales».

El artículo 7º de la misma Resolución dispone que la Caja estará administrada y dirigida por una Junta de 4 miembros que serán: el Contra-

lor General, un miembro designado por este y los otros dos por los empleados.

Finalmente, la Resolución en cita trae estos dos artículos de evidente interés para el caso sub-júdice:

> «Artículo 11. La Junta Directiva puede dictar las medidas y reglamentos que juzgue convenientes para el manejo de la Caja, así como para reformar los presentes estatutos sin lesionar los derechos ya adquiridos por los socios, y sus decisiones serán definitivas en todo lo relacionado con la interpretación de los presentes estatutos, arreglo de cuentas, devolución de depósitos o cualquier otro asunto que pueda sobrevenir en la administración de la Caja.
>
> «Artículo 12. La Junta Directiva nombrará de su seno un presidente, un secretario y un contador. El presidente será el representante legal de la Caja».

Por medio del artículo 13 de la Resolución 188 de 1939 (noviembre 9) se reformó la constitución de la Junta en el sentido de aumentar a cinco el número de sus miembros, estableciendo que todos ellos serían nombrados por el Contralor, y, además, cambiándole el nombre por el de Junta de Provisión Social de la Contraloría General de la República. Esta última disposición vino a ser modificada días después pero sólo en cuanto a la fecha en que debía iniciarse el período de los miembros que debían integrarla.

De las anteriores transcripciones se deduce en forma terminante:

a) Que la Junta de Previsión Social de la Contraloría Nacional fue creada por Resolución especial y que cuandoquiera que ha sido menester reformar sus estatutos o reglamentos se debió, como es obvio, dictar disposiciones de la misma categoría de la que le dio vida a la institución y a sus reglamentos.

b) Que por virtud de una Resolución emanada del Contralor Nacional se le dio completa autonomía a la Junta, en cuanto hace relación no sólo a la marcha general de los negocios a su cargo, sino respecto al nombramiento de los empleados indispensables para su buena marcha.

Así las cosas, la Junta de Previsión, por medio del Acuerdo número 6 de 1950 (9 de septiembre), el cual obra en copia al folio 4 del expediente, creó el cargo de Contador 2º y nombró para desempeñarlo a la señorita Urmaña Nieto, quien hasta ese entonces venía desempeñando otro empleo dentro de la misma entidad. Este Acuerdo, según constancia de autos, fue aprobado por el Contralor. La demandante desempeñó el prenombrado cargo hasta cuando el Contralor, por sí y ante sí, la reemplazó por el señor Julio Amín, al tenor de la Resolución materia de la demanda.

El problema que corresponde dilucidar a la Sala es, pues, el siguiente: ¿Podía el Contralor, por medio de una resolución común y corriente, destituir a un empleado nombrado por una entidad autónoma, aunque ésta estuviere integrada por personas designadas por él, sin antes revocar la providencia que dio vida a aquélla, si que también facultades concretas, tales como la de designar empleados?

Para el señor Fiscal del Consejo el problema no se presta a dudas. Quien puede lo más, puede lo menos, dice. Si el Contralor creó la institución y le dio facultades para nombrar empleados, cuando bien ha podido reservarse ese derecho, ¿por qué no ha de poder destituir a quienes nombró la entidad cuyo origen estuvo en su voluntad omnímoda?, agrega.

Con todo el respeto que merece a la Sala el señor Fiscal, cabe glosar esta argumentación porque ella llevaría a extremos que no se compa-

decen con el rigor legal que debe presidir todos los actos de la Administración.

Cuando un funcionario o una corporación dictan un reglamento para cumplimiento general él o élla, deben ser los que mayor empeño pongan en cumplirlo, como artífices que son de la obra. En ese sentido no podría decirse jamás que el Parlamento puede violar la ley porque es obra suya. Muy por el contrario, el Parlamento, como tal, y sus integrantes, individualmente considerados, tienen mayor responsabilidad ante la sociedad en el cumplimiento estricto de las normas en cuya expedición colaboraron. Muy distinto es que el agente de la administración o la Corporación, en su caso, puedan revocar sus determinaciones valiéndose para ello del mismo procedimiento empleado para crearlas. Así, el Parlamento cuando quiera que encuentre inconveniente una ley no procede en manera alguna a pasar por sobre ella por haberla expedido sino que dicta una nueva, mediante los trámites de rigor, derogando la primera.

En el caso de autos tenemos que el Contralor General de la Nación por medio de una Resolución creó la Junta de Previsión, le señaló su Directiva, e invistió a ésta de la facultad para nombrar empleados. Bien puede aceptarse, como lo dice el señor Fiscal, que aquel funcionario se desprendió de una prerrogativa, o mejor, hizo una delegación de funciones. Pero si esto es asi, no es menos cierto que para recuperar la facultad delegada el Contralor estaba obligado a seguir un procedimiento de la misma naturaleza del que empleó para despojarse de ella. Esto es esencial en todo régimen de derecho. De no ser así se abriría el campo a las mayores arbitrariedades. Tan sabio como antiguo es el principio de derecho, según el cual las cosas se deshacen como se hacen.

En virtud del razonamiento que precede se llega a la conclusión de que, por medio del acto acusado, el Contralor Nacional violó normas vigentes y, consecuencialmente, deben prosperar las peticiones de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley —visto el concepto fiscal y en desacuerdo con él—,

FALLA:

Primera. Es NULA la Resolución número 439 de 1952 (24 de marzo), dictada por el Contralor General de la República, y por medio de la cual reemplazó en el cargo de Contador 2º de la Caja de Previsión de la Contraloria a la señorita Rosa Umaña Nieto, por el señor Julio Amín;

Segundo. Dentro del término señalado por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de la Contraloria General de la República procederá a reintegrar en el cargo de Contador Segundo de dicha institución, o en otro de similar o superior categoría, a la señorita Rosa Umaña Nieto;

Tercero. Ordénase el pago de los sueldos, primas, bonificaciones, etc. de cualquier índole que la misma señorita Umaña Nieto hubiere dejado de percibir desde la fecha en que fue reemplazada en el cargo mencionado, hasta el día en que de acuerdo con el numeral anterior sea restituida, previo descuento de las remuneraciones que haya recibido por concepto de servicios prestados al Estado o a empresas o instituciones industriales de las enumeradas en el articulo 64 de la Constitución Nacional, pago que debe efectuarse dentro del mismo término indicado en el articulo 121 del Código Contencioso Administrativo, y

Cuarto. El lapso a que se refiere el numeral anterior debe computarse en favor de la señorita Rosa Umaña Nieto, para efecto de las prestacio-

nes sociales como cesantía, jubilación y cualquiera otra, a que tenga derecho como afiliada al organismo de previsión de la Contraloría General de la República.

Oportunamente archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Ildefonso Méndez, Rafael Rueda Briceño, Jesús Estrada Monsalve, Daniel Anzola Escobar, Eduardo Piñeros y Piñeros, Baudilio Galán Rodríguez, Antonio José Prieto.—Luis E. García V., Secretario.

RESOLUCIONES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

(Consejero ponente: doctor Jesús Estrada Monsalve).

Consejo de Estado—Sala de lo Contencioso Administrativo—Bogotá, veintisiete de enero de mil novecientos cincuenta y cuatro.

El señor Carlos A. Chacón E., obrando en ejercicio de la acción contenciosa de plena jurisdicción, solicita, por medio de apoderado y en libelo de fecha 18 de junio de 1952, que en sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones:

«Primero. Que es nula la Resolución número 213, de 18 de febrero de 1952, dictada por el señor Contralor General de la República, en cuanto por dicha providencia se declaró fuéra del servicio oficial al señor Carlos A. Chacón E., reemplazándolo en el ejercicio del cargo que en aquel momento desempeñaba, o sea el de Auditor Fiscal ante la Tesoreria General de la República, desconociéndole su derecho a la inamovilidad como funcionario inscrito en el Escalafón Administrativo Nacional;

«Segundo. Que es nula la Resolución número 917, de 9 de junio de 1952, también originaria de la Contraloria General de la República, en cuanto dicha providencia, al reconsiderar la anterior, y ordenar el reintegro del señor Chacón al servicio de la Contraloria, lo nombró en el cargo de Jefe de Grupo de la Sección de Examen de Cuentas, Contabilidad e Informes Financieros, cargo éste de categoria y asignación inferiores al que desempeñaba con anterioridad al 18 de febrero de este año;

«Tercero. Que se restablezca al mismo señor Carlos A. Chacón E. en su derecho, llamándolo a servir nuevamente el cargo de Auditor Fiscal ante la Tesoreria General de la República, u otro de igual o superior categoria y asignación, dentro de la jerarquia especial del ramo;

«Cuarto. Que se le pague al mismo señor Carlos A. Chacón E. la diferencia entre el sueldo que devengaba como Auditor Fiscal ante la Tesorería General de la República y el que le fue asignado en el cargo para el cual fue nombrado mediante la Resolución número 917 de 1952. Este pago debe corresponder a la diferencia en el período comprendido entre el 18 de febrero de 1952 y la fecha en la cual sea restablecido mi mandante en su derecho y deberá incluir los aumentos de asignación que puedan decretarse para el cargo que el señor Chacón servia en el momento de su destitución, más las primas, vacaciones, etc.;

«Quinto. Que el tiempo durante el cual el señor Chacón permaneció fuéra del servicio oficial por virtud de lo dispuesto en la primera de las providencias acusadas, se le cuente como tiempo servido para efectos de todas sus prestaciones sociales, las

cuales deberán ser liquidadas tomando como base del cálculo el sueldo que devengaba últimamente el señor Chacón en el cargo de Auditor Fiscal ante la Tesorería General de la República, más los aumentos de asignación que para dicho cargo puedan decretarse antes de la fecha en que se le restablezca en su derecho».

Como hechos fundamentales, enumera el actor los que a continuación se transcriben:

«1º Mi mandante el señor Carlos A. Chacón E. fue aceptado en la Carrera Administrativa e inscrito en el escalafón de empleados de la Contraloría General de la República, mediante la Resolución ejecutiva número 373, de 29 de octubre de 1941, *inicialmente* en el cargo de Contador Jefe de Grupo de la Sección de Contabilidad y Revisión, cargo que corresponde a la tercera categoría del Capítulo II del Decreto 690 de 1941;

«2º Por Resolución número 677, de 6 de julio de 1945, el señor Chacón fue ascendido al cargo de Auditor Fiscal ante la Tesorería General de la República, cargo éste que pertenece a la segunda categoría y que mi mandante desempeñó sin interrupción hasta el 18 de febrero de 1952, fecha en la cual fue destituido;

«3º Por la primera de las providencias acusadas el señor Chacón fue reemplazado en el ejercicio de su cargo, sin que se le acusara de haber cometido ninguna violación de los deberes que el artículo 8º de la Ley 165 de 1938 impone a los funcionarios inscritos en el escalafón administrativo y sin que en su contra se siguiera el procedimiento especial previsto en la misma Ley y reglamentado por el Decreto 2091 de 1939;

«4º Por escrito de 14 de marzo de 1952, mi mandante se dirigió al señor Contralor General de la República, invocando sus antecedentes de funcionario irreprochable, su largo tiempo de servicio a la institución y su derecho reconocido en la ley, para reclamar su reintegro al servicio de la Contraloría "en un cargo de igual o superior categoría al que desempeñé últimamente, tanto en jerarquía como en sueldo";

«5º El 9 de junio en curso el Contralor General de la República haciendo mención a la solicitud de mi mandante, de que se habla en el punto anterior, mediante la Resolución 917, dispuso su reintegro a la institución, reintegro que surtió efectos desde el 18 de febrero de 1952, pero en un cargo que pertenece no a la segunda categoría sino a la tercera y con menor asignación, es decir con menosprecio evidente de los derechos de mi mandante;

«6º Mi mandante señor Chacón, comunicó ya a la Contraloría su aceptación del cargo, como una muestra de acatamiento a las disposiciones del Contralor, pero con la decisión de iniciar esta acción dentro del tiempo legal para obtener el reconocimiento de sus derechos».

En concepto del demandante, con los actos acusados se violaron los artículos 2º de la Ley 165 de 1938, 11 y 12 del Decreto 2091 de 1939 y 31 del Decreto 690 de 1941.

El señor Fiscal del Consejo, en su vista de fondo, conceptúa que deben negarse las peticiones de la demanda, teniendo en cuenta estas razones: que el querellante pasó al cargo de Auditor Fiscal por simple comisión; que este puesto se halla excluido de la Carrera Administrativa por Decreto ejecutivo número 1622, de 19 de agosto de 1934, siendo por consi-

guiente de libre nombramiento y remoción del Contralor; y que en el supuesto de que el empleo referido perteneciera al escalafón de la Contraloría «el ascenso no está inscrito en el Consejo de Administración y Disciplina, según puede verse en el certificado que obra a folio 10 del expediente, ni se hizo de conformidad con las disposiciones que regulan la materia».

Se expresa el Ministerio Público, para fundamentar sus razones, en los siguientes términos:

«... La Fiscalía está de acuerdo con el señor apoderado del demandante en que un empleado de la Carrera Administrativa que acepta un empleo no perteneciente al escalafón, en obedecimiento de órdenes superiores, no pierde los derechos que le da su categoría de escalafonado, porque esta es doctrina conocida y sentada desde el año de 1945. (Sentencia del 18 de abril. *Anales del Consejo,* número 347). Pero se entiende que ese empleado conserva los derechos correspondientes al cargo y categoría en que se hallaba escalafonado cuando pasó al cargo excluido del escalafón.

«En consecuencia el señor Chacón conservó intactos sus derechos, al pasar como Auditor Fiscal, que tenía como Jefe de Grupo y con inscripción en la Tercera Categoría; a este cargo se le restituyó y, por lo mismo, la providencia de reintegro acusada es perfectamente legal. Al cargo de Auditor Fiscal no se le podía reintegrar, porque es caso excluido del escalafón y porque aunque no lo fuera, no se le pasó a él por vía de ascenso, sino por COMISION, calidad que no es susceptible de modificación con el transcurso del tiempo; sería esa una especie de prescripción "sui géneris" que no está consagrada en texto alguno legal.

«Sobre la alegación que formula el actor de que el ordenamiento de reintegro viola el estatuto de la Carrera Administrativa por cuanto se reintegra al señor Chacón a un cargo que tiene sueldo inferior a aquel del cual se le destituyó, se puede contestar con esta jurisprudencia:

"Las mejores condiciones de que habla la ley para el ascenso no se refieren a la asignación, sino a la categoría dentro del escalafón; fundar el derecho de ascenso sólo en que el puesto a que se aspira gana más, es un error, pues lo que debe invocarse es la superior categoría del puesto deseado". *(Anales del Consejo,* número 352. Página 327).

«..... ....»

Varios son, pues, los aspectos que deben contemplarse en el asunto *sub-júdice.* De las aseveraciones del señor Fiscal de la Corporación, ésta encuentra inobjetables las que pasan a relacionarse: en primer término, que el demandante no fue precisamente *ascendido* al cargo de Auditor en la Tesorería General de la República, como pretende dejarlo establecido en el hecho segundo de la demanda, sino que se le pasó a él en *comisión,* cosa bien distinta, como puede verse en el texto de la Resolución número 677, de 6 de julio de 1945, que obra en el expediente por virtud de auto para mejor proveer; y en segundo término, que el señor Carlos A. Chacón conservó intactos sus derechos como empleado inscrito en la tercera categoría del escalafón de la Contraloría General de la República, al pasar como Auditor Fiscal de esa entidad ante la Tesorería General.

No era obligatorio para la Contraloría el restablecimiento del actor al puesto de Auditor Fiscal por las razones que la Sala ha expresado

en casos similares al de autos. En el fallo que puso fin al juicio instaurado por el señor Joaquín Contreras Caicedo, con ponencia del señor Consejero doctor Piñeros y Piñeros, fechado el día 18 de abril de 1952, se dijo:

> «... En cuanto al restablecimiento del derecho del actor, en lo relacionado con el cargo al que deba reintegrarse, el Consejo de Estado en numerosos casos similares ha definido el asunto, ordenando, en forma clara y expresa, reintegrar al empleado al cargo en el cual figuraba escalafonado, o a uno de igual o superior categoría *dentro del escalafón*, y no al que desempeñaba en comisión o a otro de tal categoría y sueldo fuéra del escalafón, ya que, el hecho en que fundamenta la reclamación el demandante y con el cual la sustenta, es el de haber estado figurando en un cargo que se halla dentro del escalafón de Carrera Administrativa y por tanto estar amparado por las prerrogativas que concede la Ley que la regula...»

Por lo que hace a la primera de las Resoluciones censuradas, es decir, la número 213, de 18 de febrero de 1952, por medio de la cual fue reemplazado el querellante en el empleo de Auditor Fiscal en la Tesorería General de la República, dejándolo de hecho fuéra de la entidad en cuyo escalafón aquél se hallaba comprendido, debe tenerse en cuenta que, con su expedición se violaron indudablemente las disposiciones que reglamentan la Carrera Administrativa, siendo dicho acto a todas luces ilegal, como lo admite la misma Fiscalía, no precisamente porque el cargo de Auditor Fiscal se hallara incluido —como no se hallaba ni se halla— en el escalafón, sino porque el referido ordenamiento vulneró los derechos del empleado de carrera a permanecer en el servicio. Y por lo que hace a la orden posterior de reintegro contenida en la Resolución 917 de 1952, debe observarse que si bien ella vino a corregir, por los aspectos anotados, el vicio en que se había incurrido por la número 213 del mismo año, no fue bastante, con todo, a subsanar el desmedro patrimonial sufrido por el autor.

Porque no se conformaría a los más elementales principios de equidad el hecho de que empleados de probadas condiciones de rectitud y competencia, como de autos aparece que lo fue siempre el señor Carlos A. Chacón, después de varios años de ejercer funciones que les fueron encomendadas en un acto de confianza de la Administración, pudieran encontrarse, cumplida la comisión que les fuera confiada en atención a sus merecimientos, en circunstancias de notoria inferioridad con relación a compañeros de labor acaso menos capacitados, pero que, por no haber sido comisionados para el desempeño de cargos superiores, obtuvieron oportunamente sus ascensos en el escalafón, con los beneficios consiguientes. Con la tesis contraria se tendría que, en el caso *sub-lite*, el demandante, al cabo de siete años de hallarse al frente de la Auditoría Fiscal ante la Tesorería General de la República, regresa al puesto de donde fue trasladado por conveniencias del servicio, a percibir un sueldo muy inferior al que podría hoy estar recibiendo por razón de sus ascensos en el escalafón, de no habérsele enviado en comisión a la mencionada dependencia administrativa.

Cree la Sala, en este orden de ideas, que los traslados en comisión de los empleados escalafonados no obedecen a un capricho del superior jerárquico, sino a las necesidades del servicio, y que cuando en el desempeño de dichas comisiones los empleados permanecen por un año, que es la unidad de medida establecida en la ley para efecto de liquidar las respectivas prestaciones, o por tiempo mayor, debe entenderse que los respectivos traslados, aunque se trate de cargos excluidos del escalafón, equivalen a verdaderos ascensos dentro del mismo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, previa audiencia de su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Es nula, y así se declara, la Resolución número 213, de 18 de febrero de 1952, dictada por el señor Contralor General de la República, en cuanto por ella quedó cesante el señor Carlos A. Chacón, empleado inscrito en el escalafón de la Carrera Administrativa.

Segundo. Es nula, y así se declara, la Resolución número 917, de 9 de junio de 1952, en cuanto por ella se nombró en el cargo de Jefe de Grupo de la Sección de Examen de Cuentas, Contabilidad e Informes Financieros de la Contraloría General de la República, al actor.

Tercero. La Contraloría General de la República designará al señor Carlos A. Chacón para un cargo de igual o superior categoría, dentro de la jerarquía especial del ramo, en relación con el de Auditor Fiscal ante la Tesorería General de la República, que había venido desempeñando con anterioridad al 18 de febrero de 1952.

Cuarto. Declárase que el tiempo durante el cual el señor Carlos A. Chacón E. ha permanecido fuéra del servicio por razón del acto anulado en el punto primero del presente ordenamiento, debe computársele para efecto de todas las prestaciones sociales a que hubiere lugar.

Quinto. La Contraloria General de la República reconocerá y pagará al señor Carlos A. Chacón la diferencia entre el sueldo que devengaba como Auditor Fiscal ante la Tesorería General de la República y el percibido durante el periodo comprendido entre el día 17 de febrero del mismo año, en que había quedado cesante, y la fecha en que éntre a ejercer las funciones del cargo para que debe ser nombrado, en cumplimiento del numeral tercero del presente fallo.

Parágrafo. Los anteriores ordenamientos se llevarán a efecto por la Contraloria General de la República dentro del término de que trata el artículo 121 de la Ley 167 de 1941.

Sexto. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Rafael Rueda Briceño, Jesús Estrada Monsalve, Daniel Anzola Escobar, Eduardo Piñeros y Piñeros, Antonio José Prieto, Ildefonso Méndez, Baudilio Galán Rodriguez.—Luis E. García V., Secretario.

JURISPRUDENCIA

A

Páginas

Páginas

Páginas

Páginas

Páginas

Páginas

da administrativamente a producir no sólo su efecto propio sino a comunicárselo a la resolución contentiva de la determinación materia del recurso. Cosa distinta sucede cuando la resolución que decide del recurso de reposición o apelación contiene puntos nuevos, o modifica o aclara o reforma en alguna manera la resolución primitiva, pues entonces, para que la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo pueda decidir de manera completa sobre todos los puntos de la controversia, es obvio que deben demandarse las dos resoluciones que, complementándose entre sí, prestan unidad al acto administrativo. El juzgador, en este caso, deberá apreciar estas circunstancias. Pero cuando la segunda resolución no hace sino confirmar la primera y además, involucra dentro de su parte resolutiva, lo resuelto en la primera de las providencias, resulta inoficioso e innecesario obligar al demandante a acusar los dos actos administrativos, ya que el primero está expresa y virtualmente contenido en el segundo. Al decidir el Consejo sobre su legalidad no falla **ultra petita,** ya que la demanda debe interpretarse en su conjunto, teniendo en cuenta el verdadero sentido de la acción, y el interés de las partes, ya que la medida de las acciones la da el interés jurídico, sin que sea posible sacrificar el derecho a las fórmulas sacramentales, pues, como lo dice el artículo 472 del C. J. "el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva y con este criterio han de aplicarse las **disposiciones procedimentales** y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho". Esta disposición, que es de aplicación en la jurisdicción ordinaria, tiene mucho mayor razón de ser en lo Contencioso-Administrativo en acción de plena jurisdicción en que la ley otorga a los organismos encargados de aplicarla un verdadero derecho pretoriano, consistente en "estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reforzar éstas" para restablecer el derecho particular que hubiera sido violado por los organismos de la Administración (artículo 69 del C. de lo C. A.). . . . 108

Auxilio de cesantía. El Consejo en este mismo fallo dice: "El artículo 4º del referido Decreto número 200 de 1947 en su última parte dispone que cuando el valor del auxilio de cesantía sea mayor a la sunía requerida por el trabajador" el saldo que resulte a favor del trabajador, se reservará para acumularlo a las liquidaciones parciales o a la definitiva del mismo auxilio a **que posteriormente pueda tener derecho.** Y no debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 1º del mismo Decreto, no pueden liquidarse a los trabajadores cesantías parciales, sino para los fines previstos en la ley y por sumas no mayores de las requeridas para tales efectos. Porque

Páginas

C

D

Páginas

Páginas

E

Páginas

I

Páginas

Páginas

P

Páginas

R

Páginas

Páginas

APENDICE

ACUERDOS Y PROPOSICIONES

PROPOSICION

El Consejo de Estado en Sala Plena aprobó la siguiente moción:

"El Consejo de Estado presenta un respetuoso y atento saludo al Excelentísimo señor Presidente de la República, Teniente General Gustavo Rojas Pinilla, y formula sus mejores votos porque el Gobierno que preside sea fecundo en bienes para la Patria.

"Esta proposición, en nota de estilo, será puesta en manos del Excelentísimo señor Presidente, por los miembros del Consejo, en corporación".

Aprobada por unanimidad en sesión de 18 de junio de 1953.

Guillermo Novoa Rodríguez,
Secretario.

ACUERDO NUMERO 2 DE 1952
(diciembre 1º)

por el cual el Consejo de Estado se asocia al regocijo de la Nación por la designación de un Cardenal de la Iglesia Católica.

El Consejo de Estado de Colombia en Sala Plena,

CONSIDERANDO:

Que la Santidad de Pío XII, felizmente reinante, ha elevado a la gloriosa dignidad de Cardenal de la Iglesia Católica al Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Crisanto Luque Sánchez, Arzobispo de Bogotá y Primado de Colombia,

ACUERDA:

1º Asociarse al regocijo de la Nación Colombiana por tan señalado acontecimiento, que entraña honor insigne para la República;

2º Felicitar, en forma efusiva, a su Eminencia Reverendísima el Cardenal Luque Sánchez por la nueva investidura que el Romano Pontífice se ha dignado conferirle, en atención a la excelencia de sus virtudes y a sus eximias dotes de Jefe de la Iglesia Católica en Colombia, y

3º Renovarle al Eminentísimo y Reverendísimo Monseñor Luque Sánchez sus sentimientos de admiración y respeto.

Una comisión del Consejo de Estado pondrá sendas copias del presente Acuerdo, en edición de lujo, en manos de Su Eminencia Reverendísima el Cardenal Luque Sánchez, y del Excelentísimo y Reverendísimo Monseñor Antonio Samoré, Nuncio Apostólico de Su Santidad en Colombia.

Dado en Bogotá a primero de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

El Presidente del Consejo,

Daniel Anzola Escobar

El Vicepresidente,

José Urbano Múnera

Los Consejeros,

Antonio José Prieto, Jesús Estrada Monsalve, Baudilio Galán Rodríguez, Pedro Gómez Parra, Manuel A. Dangond Daza, Guillermo Acosta Acosta.—El Secretario, **Luis E. García V.**

INDICE

de los fallos, consultas, informes, acuerdos y proposiciones de este tomo

A

Páginas

Páginas

C

D

E

I

J

P

Páginas

INDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO-ANALÍTICO

A

B

C

D

E

F

H

I

J

M

N

O

P

R

S

T

V

CONSEJO DE ESTADO

SEGUNDO SEMESTRE DE 1954

SALA PLENA

PRESIDENTE:

Doctor José Urbano Múnera

VICEPRESIDENTE:

Doctor Antonio José Prieto

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PRESIDENTE:

Doctor Rafael Rueda Briceño

CONSEJEROS:

Doctor Manuel Buenahora

Doctor Baudilio Galán Rodríguez

Doctor Ildefonso Méndez

Doctor José Enrique Arboleda Valencia

Doctor Antonio José Prieto

Doctor Daniel Anzola Escobar

SECRETARIO:

Guillermo Novoa Rodríguez

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PRESIDENTE:

Doctor Manuel A. Dangond Daza

CONSEJEROS:

Doctor Guillermo Acosta Acosta
Doctor José Urbano Múnera

SECRETARIO:

Alfonso Gómez Hernández

RELATOR:

Enrique Córdoba Ojeda

FISCALIAS

PRIMERA:

Doctor Justo Franco V.

SEGUNDA:

Doctor Nicolás Torres Niño

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

AÑO XXXII — TOMO LIX

NUMEROS 372 a 376

1952 — 1953

BOGOTA
IMPRENTA NACIONAL
1954