

REPUBLICA DE COLOMBIA

**ANALES DEL CONSEJO
DE ESTADO**

TOMO LXXIV

AÑO XLIII

NUMEROS 417 Y 418

PRIMER SEMESTRE DE 1968

RELATORES:

Dr. ANTONIO JOSE ARCINIEGAS A.

Dr. CAMILO VARGAS AYALA

CONSEJO DE ESTADO

1968

PRIMER SEMESTRE

SALA PLENA

Presidente:

Doctor Enrique Acero Pimentel

Vicepresidente:

DOCTOR CARLOS PORTOCARRERO MUTIS

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Presidente:

Doctor Enrique Acero Pimentel

CONSEJEROS

SECCION PRIMERA

Doctor Alfonso Meluk
Doctor Enrique Acero Pimentel
Doctor Alfonso Arango Henao
Doctor Jorge de Velasco Alvarez

SECCION SEGUNDA

Doctor Belisario Arciniegas
Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez
Doctor Nemesio Camacho Rodríguez
Doctor Andrés Holguín Holguín

SECCION TERCERA

Doctor Gabriel Rojas Arbeláez
Doctor Samuel de Sola Roncallo
Doctor Carlos Portocarrero Mutis
Doctor Jorge A. Velásquez D.

SECCION CUARTA

Doctor Juan Hernández Sáenz
Doctor Hernando Gómez Mejía
Doctor Alvaro Orejuela Gómez
Doctor Gustavo Salazar Tapiero

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Presidente:

Doctor Alberto Zuleta Angel

CONSEJEROS

Doctor Alejandro Domínguez Molina
Doctor Guillermo González Charry
Doctor Alberto Hernández Mora

FISCALIAS DEL CONSEJO DE ESTADO

Fiscal Primero:

Doctor Joaquín Caro Escallón

Fiscal Segundo:

Doctor Osvaldo Abello Noguera

Fiscal Tercero:

Doctor Eduardo Aguillar Vélez

Fiscal Cuarto:

Doctora Aydee Anzola Linares

RELATORES:

Doctora Clara Forero de Castro
Doctor Dionisio José Gómez Rodado

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I

CONSULTAS DEL GOBIERNO

MINISTERIO DE FOMENTO

REVOCACION DIRECTA. — De los Actos Administrativos. El Decreto-ley 2733 de 1959, en su Capítulo III, consagra la revocación directa de los actos administrativos cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona, pero limita y condiciona la revocación de los actos administrativos que hayan creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría, al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En la aplicación de estas normas resulta, en consecuencia, indispensable la distinción de las situaciones jurídicas creadas para establecer los poderes de la administración en la revocación directa de sus actos.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, marzo once de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Alberto Hernández Mora*).

Relacionada con la facultad de la administración para revocar directamente sus propios actos, y en particular con las Resoluciones que dicta la Superintendencia de Regulación Económica para el control del precio de algunos artículos de consumo popular, el señor Ministro de Fomento consulta:

“El Decreto número 2733 de 1959, artículo 24, dispone que la revocación directa, ‘cuando el acto administrativo ha creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular’.

El Consejo Directivo de esta Superintendencia, con base en el Decreto número 3092 de 1966, cuya vigencia fue prorrogada por el Decreto 2394 de 1967, señala mediante resoluciones los precios máximos de venta al público de los artículos que considere conveniente controlar.

En algunas circunstancias tales precios son fijados de manera general, sin indicar expresamente quién produce o vende los artículos a los que se les señalan. En otras, la resolución indica específicamente el nombre del productor y las calidades distintivas de cada producto.

Ordinariamente, el señalamiento de precios se hace respecto de artículos de un amplio consumo popular por ser sus precios los que más inciden en el costo de la vida.

Cuando el señalamiento de precio se hace por vía general, no hay duda de que la revocación directa procede, sin necesidad de llenar el requisito del artículo 24 citado. En cambio, si la fijación de precios está hecha para un producto determinado y un artículo especificado, se plantea la cuestión de saber si se trata de una providencia creadora de una situación

jurídica individual o si, por estar envuelto el interés de los consumidores, que es de carácter social, son actos creadores de situaciones jurídicas generales, impersonales u objetivas y, por tanto, serán revocables directamente, sin necesidad de obtener el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”.

LA SALA CONSIDERA

La intervención económica del Estado contemplada en el artículo 32 de la Carta, como toda actividad administrativa, puede traducirse en actos creadores de situaciones jurídicas generales que se imponen a la voluntad de los asociados en forma impersonal y abstracta, o en actos creadores de situaciones jurídicas individuales.

Los primeros crean, determinan, condicionan o modifican el derecho objetivo, son actos-reglas según la nomenclatura de Duguit, o leyes en sentido material; los segundos crean, modifican, suprimen o reconocen una situación subjetiva, particular y concreta.

En derecho administrativo reviste particular importancia la distinción entre las dos situaciones, las legales y las individuales, porque cada una de ellas tiene un régimen propio que se desprende de la naturaleza misma de la relación jurídica y de la clase de derechos y obligaciones que origina.

En las situaciones generales o impersonales su contenido es necesariamente el mismo para todos los individuos titulares de esta situación jurídica y no dan lugar al nacimiento de derechos subjetivos individuales, sino al ejercicio de ciertos poderes dentro del marco de la ley, iguales para todas las personas colocadas en las mismas circunstancias de hecho (Situación de las personas en relación con su edad o su estado civil, competencia de funcionarios, etc.).

En las situaciones jurídicas individuales o subjetivas su contenido se determina individualmente y puede variar de un titular a otro. Los poderes jurídicos a que dan lugar se originan de manera particular en favor o en contra de una persona (contratos, liquidación de impuestos, etc.).

Las situaciones jurídicas generales derivan su contenido de la ley o reglamento, y son por esencia modificables por la administración para que ésta, dentro de las competencias legales pueda encaminar su actividad al beneficio del interés público.

La situación jurídica individual o subjetiva deriva su contenido, no de una norma legal o reglamentaria, sino del acto individual (contrato, liquidación de impuesto etc.), que a la vez crea la situación jurídica y la confiere a su titular, en desarrollo de competencias o capacidades que el derecho objetivo establece para la administración o reconoce a los particulares.

Las situaciones individuales o subjetivas no se afectan por las modificaciones de las leyes y reglamentos, salvo el caso contemplado en el artículo 30 de la C. N. Principios jurídicos como la no retroactividad de las leyes y la intangibilidad de los efectos individuales de los actos administrativos las amparan de modificaciones por vía general. Pueden sí ser modificables por nuevos

actos administrativos de alcance individual que se adopten en ejercicio de competencias legales. (Declaración administrativa de nulidad de una patente, por ejemplo).

Para distinguir cuándo se está frente a situaciones jurídicas legales o individuales, debe tenerse en cuenta la finalidad y alcance del acto administrativo, el propósito que con él se persigue. Si éste contiene en sí mismo una disposición que no desaparece por ser aplicada a un caso concreto, sino que sobrevive a esta aplicación y puede y debe aplicarse, mientras no se derogue, a todos los casos idénticos al previsto, la situación jurídica es de carácter general, abstracto, impersonal y reglamentario. Si por el contrario, la administración dispone exclusivamente para un caso particular y aplicada la decisión al caso previsto desaparece su objeto, la situación que crea el acto administrativo es individual y subjetiva.

El Decreto-ley 2733 de 1959, en su Capítulo III, consagra la revocación directa de los actos administrativos cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona, pero limita y condiciona la revocación de los actos administrativos que hayan creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

En la aplicación de estas normas resulta, en consecuencia, indispensable la distinción de las situaciones jurídicas creadas para establecer los poderes de la administración en la revocación directa de sus actos.

Hechas estas consideraciones previas es pertinente analizar las situaciones jurídicas que crean los dos tipos de resoluciones que según la consulta formulada se dictan para el control de precios.

A juicio de la Sala no cambia el propósito ni la naturaleza jurídica del acto administrativo cuando la Superintendencia de Regulación Económica fija precios para un artículo, bien determinándolo por su nombre exclusivamente, o ya sea indicando también la persona que lo produce y sus calidades distintivas. En uno y otro caso el propósito de la Superintendencia es el de regular en forma general y abstracta las operaciones comerciales de compraventa que se realicen con determinada mercancía, en número indefinido mientras esté vigente la providencia de control.

Si en algunas resoluciones se indica el nombre del productor y las calidades del artículo, es simplemente para mejor identificar la mercancía controlada, o para restringir el control a determinados artículos según lo requieran las necesidades del mercado, pero no con el propósito de crear un derecho subjetivo, individual para determinado fabricante o productor, inmodificable unilateralmente por la administración. Providencias de este alcance irían contra la finalidad misma de la intervención en materia de precios que es la de amparar al consumidor controlando objetiva y permanentemente la actividad económica de acuerdo con factores y circunstancias esencialmente variables. Así lo establece expresamente el Decreto 3092 de 1966, en su artículo 19:

"El Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica señalará, por medio de resoluciones, y tomando en cuenta las variaciones que se observen en los precios lo mismo que en las existencias, ofre-

cidas libremente al público, el precio al cual, cada uno de los productos que considere indispensable controlar, deberá venderse en las principales plazas del país”.

El control del precio de los artículos de un determinado productor o fabricante, obliga no sólo a éste sino a toda persona que los venda. La disposición se relaciona con el artículo mismo identificado por su procedencia y calidades y afecta al productor, a sus agentes o distribuidores y en general a toda persona que comercie los artículos sometidos a control.

El acto administrativo que fija el precio de una mercancía, es esencialmente un acto de limitación de la actividad privada, del libre ejercicio de actividades individuales lícitas, que no crea ni desconoce derechos subjetivos, sino que restringe su ejercicio.

Con fundamento en las consideraciones anteriores encuentra la Sala que las dos clases de Resoluciones de la Superintendencia de Regulación Económica mencionadas en la consulta del señor Ministro de Fomento, son providencias de carácter normativo, general y abstracto, que no crean situaciones jurídicas individuales o subjetivas y, en consecuencia, puede la administración revocarlas o modificarlas unilateralmente, como actos reglamentarios que son, dentro de la órbita de sus competencias legales y con observancia de los procedimientos que establezca la ley.

En los términos anteriores se absuelve la consulta formulada.

Transcribese al señor Ministro de Fomento.

Alberto Zuleta Angel, Alberto Hernández Mora, Guillermo González Charrý, Alejandro Domínguez Molina.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE FOMENTO

- I. **EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS.** — Dictadas en juicio administrativo de simple nulidad.—Tienen los mismos efectos que las que se dictan en juicio de inexecutableidad ante la Corte Suprema de Justicia; es decir, contienen una declaración de que el acto acusado, en todo o en parte, es violatorio de norma superior y lo fue desde su expedición.
- II. **PATENTES DE DROGAS.** — Declarada la nulidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 1707 de 1931, reglamentario de las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, desvaneció el derecho a obtener patentes y consecuentemente a las presuntas prórrogas del privilegio.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., abril cinco de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry).

El señor Ministro de Fomento en oficio número 1187 de 28 de febrero próximo pasado, ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

“El honorable Consejo de Estado en sentencia debidamente motivada de 11 de agosto de 1967, anuló los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 1707 de 1931, reglamentario de las Leyes 31 de 1925, 94 de 1931, sobre protección de la propiedad industrial, ‘en todo aquello en que estas disposiciones se refieren a compuestos farmacéuticos, medicamentos, bebidas o alimentos de cualquier especie y forma para uso humano’.

“La determinación adoptada en ese fallo, que está precedida de una motivación clara, precisa y eminentemente jurídica, vino a dar solución a un difícil problema que mantuvo la permanente atención de este Ministerio, fue objeto de estudio en la ponencia presentada al Congreso de Bogotá de Propiedad Industrial celebrado en el mes de julio de 1964, y se quiso solucionar con el Proyecto de Ley Orgánica de la Propiedad Industrial Nº 242, presentado al Congreso en el año de 1965, en el cual se establece la patentabilidad únicamente de los procedimientos en materia de compuestos farmacéuticos.

“Pero si bien esa encomiable jurisprudencia dio solución acertada y jurídica al problema a partir de la suspensión provisional de dichas normas, nos queda el relativo al alcance del nuevo orden jurídico, en virtud del cual ya no son posibles legalmente las patentes llamadas de ‘producto’, frente a las revisiones iniciadas o por iniciarse, de acuerdo con lo establecido por el Decreto 2758 de 1942, y a las solicitudes de prórroga hechas por hacerse con fundamento en el artículo 8º de la Ley 31 de 1925, respecto de las patentes de ‘producto’ otorgadas con anterioridad a la suspensión provisional y bajo un régimen legal que así lo permitía.

"Como bien puede verificarse en el texto de la parte pertinente del artículo 8º de la Ley 25 de 1931, éste establece un término máximo de 10 años para las patentes, pero autoriza prórrogas por periodos de cinco años hasta completar veinte, condicionadas al pago de los impuestos y derechos que se hayan causado al conceder la 'primera patente'.

"En este Ministerio se ha venido interpretando esa norma en el sentido de que las prórrogas concedidas con base en el mismo, constituyen prolongaciones en el tiempo del privilegio de invención, siguiendo el sentido obvio de la palabra prórroga y no nuevas concesiones u otorgamientos, en las cuales deban revisarse las condiciones exigidas por los presupuestos legales para adquirir un derecho de esa naturaleza, aunque en la norma se hable de una 'primera patente'. En nuestro concepto las prórrogas concedidas no configuran una primera, segunda o tercera patente, sino una sola patente concedida cuyo plazo o privilegio de explotación ha sido ampliado una o dos veces hasta cumplir veinte años, cuando pasa al dominio público.

"Ahora bien: Si se acepta que las prórrogas no constituyen la concesión de nuevas patentes y no implican la revisión de requisitos fundamentales que le sirvieron de base para su existencia jurídica, parece que deba concluirse que lo establecido en el artículo 8º de la Ley 31 de 1925, es un derecho claro e inequívoco a favor de los titulares de las patentes concedidas, a que, vencido el término máximo de diez años, se les prorrogue el privilegio de dos periodos más de cinco años cada uno, condicionado, únicamente a su petición oportuna y al pago de los impuestos y derechos a que se refiere esa norma.

"Entonces la consulta se concreta por este aspecto a si son viables jurídicamente las prórrogas de que trata el artículo 7º de la Ley 31 de 1925, respecto de las patentes llamadas de 'producto' relacionadas con compuestos farmacéuticos, bebidas y alimentos de uso humano, otorgadas durante la vigencia de los artículos 1º a 4º del Decreto 1707 de 1931 y de acuerdo con el artículo 5º de la Ley 31 de 1925.

"En lo relativo a las revisiones de que trata el Decreto 2758 de 1942, el asunto se presenta en su aspecto más delicado. La citada sentencia no solamente anuló los artículos del Decreto reglamentario 1707 de 1931 sino que interpretó el artículo 5º de la Ley 31 de 1925, para concluir que tales patentes de 'producto' no eran posibles conforme al citado artículo de la ley objeto de las normas reglamentarias anuladas.

"Entonces, es necesario determinar el alcance de esa sentencia, para establecer si en virtud de los citados procesos de revisión podrían ser anuladas las patentes de 'producto' en base a la doctrina expuesta en esa sentencia. Es decir, si puede considerarse que esas patentes se otorgaron en contra de la ley, o sea en contra de lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 31 de 1925, de acuerdo con la interpretación que del mismo hizo el honorable Consejo de Estado, o si, por el contrario, el hecho indiscutible de haber sido otorgadas durante la vigencia de los artículos pertinentes del Decreto reglamentario 1707 de 1931, les confiere plena validez legal y no pueden ser anuladas administrativamente en virtud del proceso de revisión de que trata el Decreto 2758 de 1942, teniendo en cuenta además, que las causa-

les de revisión administrativa de toda patente se encuentran taxativamente enumeradas por el artículo 22 de la Ley 31 de 1925".

LA SALA CONSIDERA

La sentencia dictada en juicio administrativo de simple nulidad, tiene los mismos efectos de la que se dicta en juicio de inexecutableidad ante la Corte Suprema. Es decir, contiene una declaración de que el acto acusado (Decreto reglamentario o ejecutivo, Ordenanza ó Acuerdo), en todo o en parte es violatorio de una norma superior y lo fue desde su expedición. Por eso cuando no ha habido suspensión provisional del mismo, que se mantenga hasta la expedición de la sentencia, ésta tiene la virtud de retirar desde su ejecutoria el precepto acusado de la normación jurídica para impedir que se siga aplicando, y de considerar que hacia el pasado nunca existió ni produjo efectos válidos, excepción hecha de los casos que bajo su imperio hicieron tránsito a cosa juzgada. Cuando ha habido tal suspensión, la inaplicabilidad de la norma comienza en la práctica desde cuando ella queda en firme, de modo que sus efectos vienen a confundirse, sin solución de continuidad, con los de la sentencia.

En el caso consultado y luego de una detenida lectura del fallo que en él se cita, ocurrió que la Sala Contencioso Administrativa del Consejo suspendió provisionalmente primero, y anuló luego, los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto número 1707 de 1931, reglamentario de las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931 sobre protección de la propiedad industrial "en todo aquello en que estas disposiciones se refieren a compuestos farmacéuticos, medicamentos, bebidas o alimentos de cualquier especie y forma para uso humano". Ahora bien: La prórroga de una patente supone el derecho a la misma, pues sin éste aquélla no puede concebirse. Más aún. Cuando las disposiciones citadas estaban vigentes, el derecho a la patente y a su prórroga para que en conjunto el favorecido gozara del privilegio hasta por veinte años, eran virtualmente uno mismo, y como lo afirma la consulta, para perfeccionarlo "bastaba una petición oportuna y el pago de los impuestos y derechos" correspondientes. Fácil es concluir entonces, que declarada la nulidad de los preceptos, desapareció el derecho a obtener patentes y consecuentemente a las presuntas prórrogas del privilegio, así como quedó enteramente claro que las que se concedieron en vigencia del decreto reglamentario lo fueron con violación de la ley reglamentada. Esto no se opone a admitir que los efectos de dichas patentes se surtieron hasta la fecha de la suspensión provisional y que ellos ya no pueden ser alterados. Pero de allí en adelante incluyendo la sentencia definitiva que confirmó el fondo de la decisión, las providencias que otorgaron esas patentes quedaron sin sustento legal de ninguna clase y por lo mismo no podían continuar produciendo efectos válidos.

Otra interpretación conduciría a hacer nugatoria la sentencia del Consejo de Estado, pues so pretexto de prorrogar lo que erradamente se estima como un derecho legítimo, aquel fallo sólo vendría a aplicarse cuando las dichas prórrogas hubieran terminado, es decir, dentro de cinco o diez años según los casos, cuando lo cierto y jurídico es, como ya se dijo, que debe producir sus efectos inmediatamente tanto hacia el pasado como hacia el futuro, con la excepción mencionada. El primer punto de la consulta se resuelve, por tanto, en el sentido de que el Gobierno no puede, sin desconocer el fallo del Consejo, otorgar ninguna prórroga a las patentes concedidas y señaladas por el fallo.

El segundo punto queda implícitamente resuelto en el anterior. En efecto, si no puede hablarse de derechos adquiridos, no sólo porque, como lo dijo el fallo del Consejo, se trata de una materia que por envolver cuestiones fundamentales para la salud del pueblo, es de orden público, sino porque las patentes otorgadas lo fueron contra un mandato legal, resulta claro que el Gobierno puede y debe revisarlas para levantar el privilegio concedido. El argumento conforme al cual "el hecho indiscutible de haber sido otorgadas durante la vigencia de los artículos pertinentes del Decreto reglamentario 1707 de 1931 les confiere plena validez legal y no pueden ser anuladas administrativamente en virtud del proceso de revisión de que trata el Decreto 2758 de 1942", no es valedero, porque choca contra los efectos jurídicos del fallo, ya anotados, y conducirían obligadamente a mantener dichas patentes como si se tratara de derechos adquiridos, por el único sistema legal establecido para mantenerlas, es decir, por el de la prórroga del privilegio, que como se ha visto, es improcedente. Lo que ocurre es que las dos cuestiones planteadas por el Ministerio, aun cuando aparentemente aisladas, son complementarias y por lo mismo no pueden ser objeto de respuestas contradictorias. Admitir que tales patentes no son susceptibles de revisión para eliminar el privilegio que conllevan, es admitir que las patentes ya concedidas, mientras no deban revisarse por otra causa establecida, deben continuar operando como tales, y por ende, que al llegar al término legal, pueden ser prorrogadas a petición de parte, pues este fenómeno es consecuencia inmediata y directa de que por cualquier causa la patente no se pueda tocar. Y resultaría, como se dijo también al absolver el primer punto, que se abriría así otro camino para eludir el cumplimiento del fallo.

Finalmente, no se trata de que la causa de revisión que ahora se presenta, se halle o no enumerada en el Decreto 2758 de 1942, sino pura y simplemente de la obligación constitucional y legal en que se encuentra el Gobierno de dar cumplimiento a una decisión de los jueces, conforme a la cual, el Decreto que reglamentó en este aspecto las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, las quebrantó en su texto y espíritu, pues permitió conceder patentes en casos y para productos que la ley negaba. Y como ya se ha dicho cuáles son los efectos de esa sentencia, considera la Sala que el Gobierno debe estarse a ellos.

Del señor Ministro atentamente,

Guillermo González Charry, Alberto Zuleta Ángel, Alejandro Domínguez Molina, Alberto Hernández Mora.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

MINISTERIO DE FOMENTO

REAJUSTE PENSIONAL — Base para liquidarlo. — ¿Qué se entiende por “asignación actual”? — La interpretación lógica es la de que por “asignación actual”, base para liquidar el 75% del reajuste pensional concedido por la Ley 4ª de 1966, no puede entenderse, simplemente, la remuneración fija u ordinaria, es decir el sueldo de nómina, sino lo que legalmente se tiene por sueldo, salario o remuneración, porque de no ser así, se burlan en la práctica las finalidades o propósitos buscados por el legislador al expedir dicha Ley.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., diecisiete de mayo de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Alejandro Domínguez Molina*).

Consulta del señor Ministro de Fomento. Expediente número 177.

En oficio de fecha 17 de abril último el señor Ministro de Fomento consulta a la Sala sobre el alcance del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, en los términos siguientes:

“...En algunos establecimientos públicos vinculados a este Ministerio se ha encontrado alguna dificultad para fijar un criterio jurídico que sirva de base a la liquidación y pago del aumento ordenado por la citada disposición legal.

“El artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 dispuso que ‘las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de derecho público con anterioridad a la vigencia de esta Ley, serán aumentadas, por una sola vez, hasta llegar al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente’.

“En efecto, de la simple lectura de la norma transcrita se desprende claramente que la intención del legislador fue aumentar las pensiones de cualquier índole ya reconocidas, aumento que opera por una sola vez, sin que pueda sobrepasar del tope máximo señalado, que es el setenta y cinco por ciento (75%) ‘de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente’.

“Algunos han entendido que el concepto ‘asignación actual’ hace referencia exclusiva a la remuneración fija u ordinaria, o sea, al sueldo o salario básico del trabajador y fundan esta interpretación en el hecho de que el legislador al dictar la ley, como el Gobierno al reglamentarla, hicieron distinción al prescribir que para el reconocimiento de nuevas pen-

siones, a partir de la vigencia de la ley, se tomará como base el sueldo promedio, es decir, el formado por el llamado sueldo básico más la parte proporcional de las primas y bonificaciones legales, del valor del trabajo suplementario o en horas extras, y de los viáticos para manutención y alojamiento, devengado en el último año de servicio, en cambio, para el aumento de las pensiones reconocidas antes de la Ley 4ª de 1966 se tendrá como base la asignación actual, por lo que concluyen, que en este último caso se refiere al sueldo básico únicamente, porque si hubiera querido referirse al sueldo promedio devengado en el último año de servicio, lo hubiera consagrado expresamente.

"Pero otras personas han interpretado que la intención del legislador fue 'aumentar' las pensiones lo cual se desprende claramente de la simple lectura de la norma transcrita, aumento que debe llegar hasta el 75% de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente, tomando como asignación el sueldo promedio.

"Basan esta interpretación en que el Diccionario de la Academia de la Lengua define como asignación 'la cantidad señalada por sueldo o por otro concepto' y que es, por consiguiente, sinónimo de salario. Por otra parte, el artículo 9º de la Ley 1ª de 1963 dispone que 'ninguna asignación, incluyendo ingresos de diversa índole que tenga carácter permanente, de los trabajadores de corporaciones regionales o de establecimientos públicos descentralizados y de los funcionarios de la administración pública, excepción del Presidente de la República y del Cuerpo Diplomático, puede ser superior a la de los Ministros del Despacho Ejecutivo', de donde se infiere que según el artículo invocado, en el término 'asignación' quedan comprendidos todos los ingresos que recibe el trabajador como retribución por sus servicios.

"En tal virtud, se da otra razón más para pensar que el vocablo asignación equivale a 'salario' en el sentido amplio que le atribuye el artículo 127 del Código del Trabajo, precepto que dispone lo siguiente: 'constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas, comisiones o participación de utilidades'. En síntesis, cuando la ley usa en el artículo comentado el vocablo 'asignación' debe entenderse que está tomado en la acepción más amplia que él supone, es decir, en aquella en que quedan comprendidos todos los ingresos que percibe el trabajador como retribución o contraprestación de sus servicios. En consecuencia, no pueden equipararse las expresiones 'asignación y salario básico', porque éste es el sueldo de nómina y en el concepto de 'asignación' quedan involucrados, en cambio, todos los factores constitutivos del fenómeno jurídico 'salario'.

"Dentro de los casos prácticos que se han estudiado por entidades encargadas de reconocer y pagar las prestaciones sociales, se puede traer como ejemplo, el siguiente:

"Una pensión fue reconocida y liquidada pocos meses antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1966 y para el efecto se tuvo en cuenta el sueldo promedio que es igual al 137% del sueldo básico, o sea que la pensión se fijó en las dos terceras partes (66.6%) del sueldo promedio o sea las dos terceras partes del 137% del sueldo básico.

"Al liquidar el aumento de esa misma pensión, hasta llegar al 75% del sueldo básico, se encuentra que este tope es menor que la pensión antes del reajuste, pues las operaciones matemáticas indican que dos tercios (66.6%) del 137 es igual a 91.33 y superior a 75. En consecuencia, la pensión en vez de aumentar sería disminuida..."

SE CONSIDERA

Dicen los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 4ª de 1966:

"Artículo 4º A partir de la vigencia de esta Ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios.

"Artículo 5º Las pensiones de jubilación o de invalidez reconocidas por una o más entidades de derecho público con anterioridad a la vigencia de esta Ley, serán aumentadas, por una sola vez, hasta llegar al setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente. Este porcentaje se liquidará y pagará seis meses después de la vigencia de esta Ley. Parágrafo. Para los efectos de liquidar este aumento, cuando el cargo que sirvió de base a la liquidación de la jubilación o a la pensión de invalidez, haya desaparecido, haya sido suprimido, o no conserve su primitiva denominación, ese cargo o su equivalente será determinado por el Departamento Nacional del Servicio Civil.

"Artículo 6º En ningún caso la pensión de jubilación o de invalidez podrá ser inferior a quinientos pesos (\$ 500.00) moneda corriente, mensuales".

De acuerdo con estas normas, se modificó la cuantía de la pensión de jubilación, para los trabajadores oficiales, elevándola de las dos terceras partes que señalaba el artículo 3º de la Ley 65 de 1946, a las tres cuartas partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios; se dispuso aumentar, por una sola vez, las pensiones reconocidas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley hasta el 75% "de la asignación total actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente"; y se señaló como tope mínimo para esta clase de prestaciones el de \$ 500.00 mensuales.

En relación con las pensiones reconocidas con anterioridad, la intención del legislador no fue solamente la de que fueron reajustadas elevándolas de su base primitiva, de las dos terceras partes, a la nueva de tres cuartas partes del sueldo, sino la de hacer desaparecer la injusta desproporción que se presentaba, por razón de los aumentos de sueldos ocasionados por las crónicas desvalorizaciones de la moneda, entre las pensiones de jubilación anteriores y las reconocidas después por servicios prestados en los mismos cargos o en sus equi-

valentes. En otros términos que las pensiones ya reconocidas por servicios en un determinado cargo, tuvieran cuantía igual a las que se liquidaran por el mismo cargo y por la asignación que éste tuviere al entrar a regir la Ley, o sea que las pensiones anteriores se liquiden nuevamente como si apenas fueran a ser reconocidas al entrar en vigencia la Ley.

Que tales fueron los propósitos del legislador resulta de la historia misma de la Ley que se estudia. En efecto, consultado en el Archivo del Congreso el expediente en que obran las exposiciones de motivos de los tres proyectos de ley que sirvieron de base al que en definitiva aprobaron las Cámaras, así como los informes o ponencias rendidos en los debates, se encuentra que en uno de aquellos se afirma:

“Habida consideración de los sueldos actuales, quienes los devengaron y se retiraron o se retiren ahora con derecho a la mentada prestación, gozarán de ella en cuantía que doble con exceso la de aquellos que lo hicieron años atrás y funcionarios jerárquicamente inferiores disfrutarán de una pensión más elevada que la de algunos de sus superiores jerárquicos”.

Y en el informe o ponencia para segundo debate en el Senado de la República, se lee:

“En cuanto al régimen pensional se establece:

“Las pensiones de jubilación, lo mismo que las de invalidez, se liquidarán y pagarán por el promedio de lo devengado en el último año, y en cuantía del 75% de dicho promedio; hoy, la cuantía es del 66.66%. A los pensionados que en la actualidad sus pensiones equivalen a las dos terceras (2/3) partes, o sea el 66.66% del sueldo de la época en que fueron jubilados, se les elevan sus pensiones a las tres cuartas (3/4) partes, o sea al 75% del sueldo que EN LA ACTUALIDAD (mayúsculas de la ponencia) tenga el cargo que les sirvió de base para la liquidación de la pensión...”

Ahora bien, si los artículos 2º y 3º de la Ley 65 de 1946 determinan como sueldo básico para la liquidación de la cesantía o la pensión de jubilación “no sólo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc.”, en lo cual dicha Ley resulta armónica con lo que constituye la noción de salario para los trabajadores particulares, según el artículo 127 del C. S. del T., es en extremo forzado interpretar el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, por cuanto emplea la expresión “asignación actual del cargo o cargos” que se quiso referir sólo a la remuneración fija u ordinaria y no a todo lo que se comprende jurídicamente por salario o sueldo. El vocablo “asignación” como acertadamente lo dice el señor Ministro de Fomento en su consulta, está empleado en la ley como sinónimo de salario, dado el significado que le da el Diccionario de la Real Academia Española, y, como tal lo emplea evidentemente el legislador en otros textos legales como en el artículo 9º de la Ley 1ª de 1963 que cita la consulta y en el artículo 25 de la Ley 72 de 1947 en que expresamente se dijo:

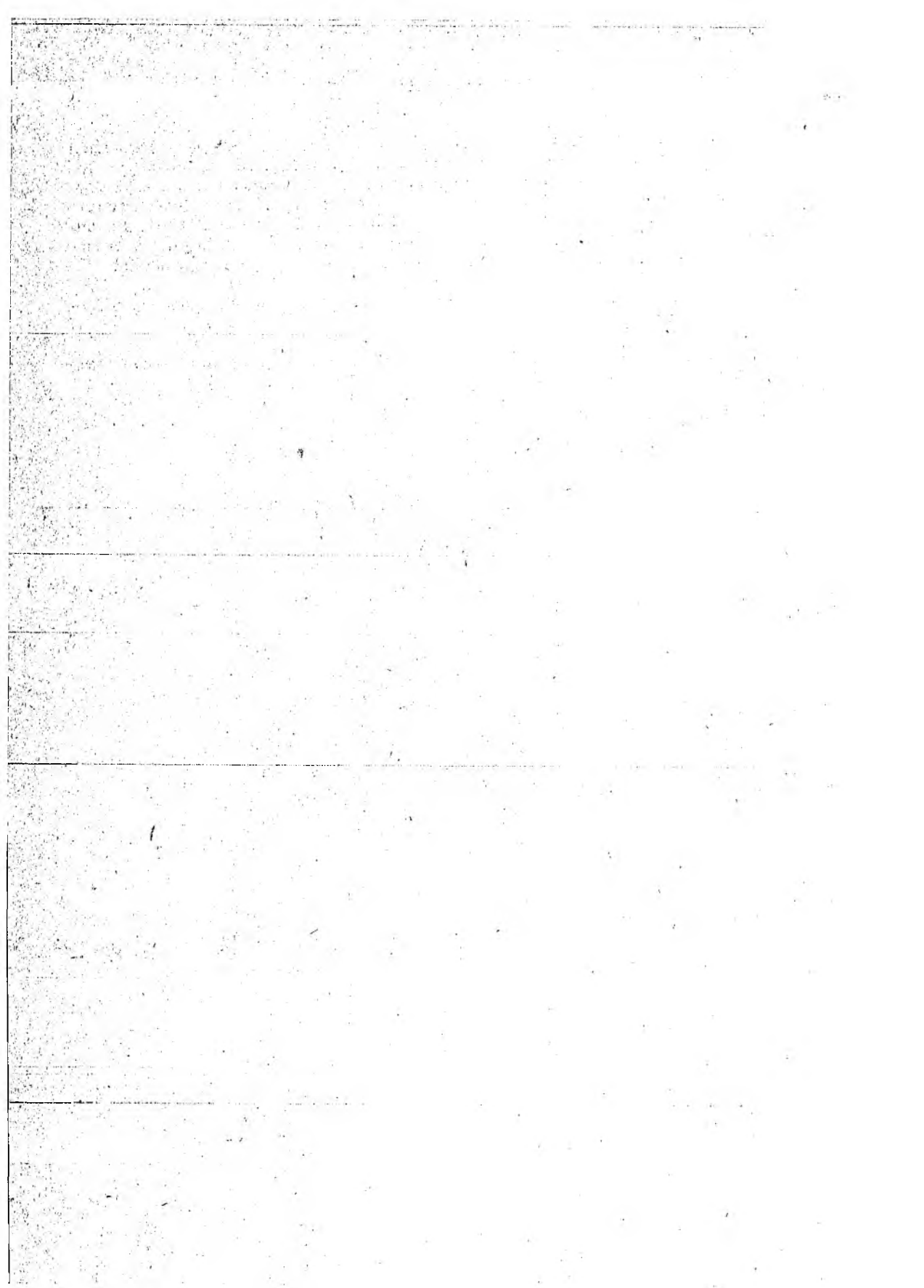
“Las asignaciones mensuales de los empleados de la Caja (se refería a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional) serán aumentadas en un cuarenta por ciento (40%) sobre las actuales”.

Por consiguiente, la interpretación lógica es la de que por "asignación actual", base para liquidar el 75% del reajuste pensional concedido por la Ley 4ª de 1966, no puede entenderse, simplemente, la remuneración fija u ordinaria, es decir el sueldo de nómina, sino lo que legalmente se tiene por sueldo, salario o remuneración, porque de no ser así, se burlan en la práctica las finalidades o propósitos buscados por el legislador al expedir dicha Ley y se llegaría a absurdos como el que expone el señor Ministro en la parte final de su consulta.

Transcribese el presente concepto al señor Ministro de Fomento como respuesta a la consulta formulada.

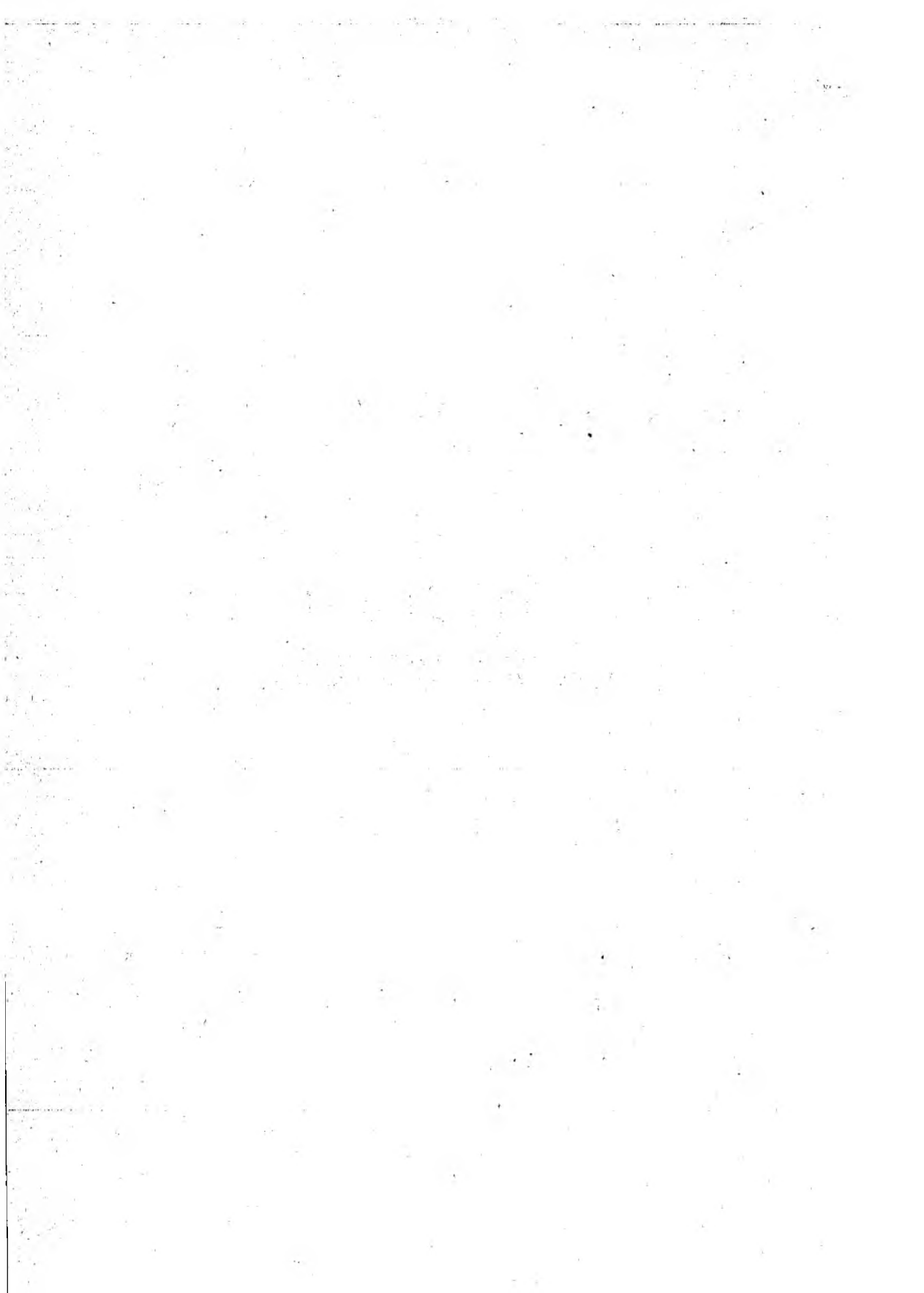
Alberto Zuleta Angel, Alejandro Domínguez Molina, Guillermo González Charry, Alberto Hernández Mora.

Edné Cohen Daza, Secretaria.



TITULO II

CONCEPTOS OBLIGATORIOS
DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL



DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL

Consulta sobre el concepto de "justa causa", que el inciso 2º del artículo 291 del C. de R. P. y M. exige para la prórroga de la licencia concedida a un funcionario público.

Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil. — Bogotá, D. E., veintinueve de febrero de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry).

La Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en oficio número 618 de 21 de los corrientes, se ha dirigido a esta Sala para consultarle acerca del concepto de "justa causa", que el 2º inciso del artículo 291 del C. de R. P. y M., exige para la prórroga de la licencia concedida a un funcionario público. Concretamente se pregunta si ante la falta de definición de tal causa "puede considerarse que la configuración (de ella) queda al arbitrio, remitida a la sola discrecionalidad del funcionario que concede la licencia, o, por el contrario, éste último debe considerar como tales únicamente los motivos que sean realmente justos, es decir, que constituyan una razón poderosa para no reintegrarse al cargo después de transcurrido el periodo máximo legal de la licencia..."

LA SALA CONSIDERA

Los principios contenidos en la norma que la consulta cita, se mantienen básicamente, no obstante haber sufrido el texto algunas aclaraciones y modificaciones por el Decreto 1732 de 1960, como pasa a verse.

El artículo 291 del Código de Régimen Político y Municipal dividía los empleos públicos, para efectos de licencias, en dos clases: Los de "voluntaria aceptación" y los de "forzosa aceptación". A quienes desempeñaran los primeros, daba derecho en todo caso a una licencia anual de 60 días continuos o discontinuos, según la conveniencia del empleado; y agregaba, respecto de ellos, que "si concurriera justa causa la licencia se prolongará por el tiempo que aquella dure". Para los segundos era más drástico pues negaba el derecho a la licencia a menos que existiera justa causa para concederla.

Para la Sala es claro que, en cuanto se refiere a los primeros, la prórroga de la licencia conlleva para quien va a otorgarla el derecho y el deber de examinar la justa causa que la apoya, pues es principio admitido dentro de las reglas de administración del personal, que la entidad nominadora debe ocuparse por regla general de cualquier modalidad de separación del servicio por el nombrado, bien sea transitoria o definitivamente. Esa apreciación debe tener límites subjetivos en el empleado y objetivos respecto de la administración, para que los fines de la licencia no se conviertan en una corruptela dentro de la misma. Dicho en otras palabras, la causa debe ser tal, que física o moralmente

impida transitoriamente al empleado regresar a su cargo, y que para la administración no constituya un hecho incompatible con su organización y fines. Tal la razón para que, por ejemplo, se hubiera dictado en el año de 1944 el Decreto-ley número 2385, sobre hechos que no se podían tener por justa causa para prorrogar o conceder licencias.

Ahora bien: Los artículos 76, 78, 90, 96 y 97 del Decreto legislativo número 1732 de 1960, orgánico del Servicio Civil y la Carrera Administrativa, introdujeron algunas modificaciones al 291 del Código de Régimen Político y Municipal comentado, pero sin abandonar su criterio central, como ya se dijo, en los siguientes aspectos:

1º Separa a los funcionarios de carrera de los demás, para limitar a los primeros a 30 días el plazo de la licencia "ordinaria", dejándolo implícitamente en 60 días para los segundos.

2º Manda que cuando el funcionario en uso de licencia no pueda "reasumir sus funciones" al vencerse el término "autorizado por la Ley", debe ser puesto en situación de "disponibilidad", la que se define por el artículo 96 como aquella en que queda un empleado de carrera "que no está desempeñando funciones públicas, ni goza de remuneración, ni tiene capacidad para ser ascendido al grado superior".

3º El numeral 1º del artículo 97 estatuye que la "disponibilidad" (no regreso al vencimiento de la licencia) podrá declararse "en razón de motivos personales o familiares de gravedad evidente", lo que criteriologicamente coincide con la apreciación de la "justa causa" hecha antes sobre el artículo 291 del C. de R. P. y M., y se confirma en el segundo inciso del mismo artículo, cuando identifica este primer caso con el de la licencia a que se refieren el artículo y código precitados. El concepto es, pues, el mismo para empleados de carrera y para quienes no pertenezcan a ella, pues la cuestión de las licencias es fenómeno común a ambos, aunque los términos de la misma sean diferentes.

Lo anterior, en cuanto a situación de disponibilidad se refiere, tiene una proyección especial en el artículo 90 del Decreto 1732 ya citado, cuando se trata de casos de enfermedad del empleado, lo cual viene a confirmar la opinión expresada de que la justa causa para la prórroga de una licencia ordinaria, aunque debe ser examinada por la entidad o funcionario nominadores, no puede ser cualquier hecho sino, como ya se expresó, uno que intrínsecamente sea suficiente ante la Ley para impedir el regreso del empleado al servicio, el que, de otra manera se torna obligatorio.

Atentamente,

Guillermo González Charry, Alberto Zuleta Angel, Alejandro Domínguez
-Molina, Alberto Hernández Mora.

Luis Jiménez Forero, Secretario General.

SEGUNDA PARTE

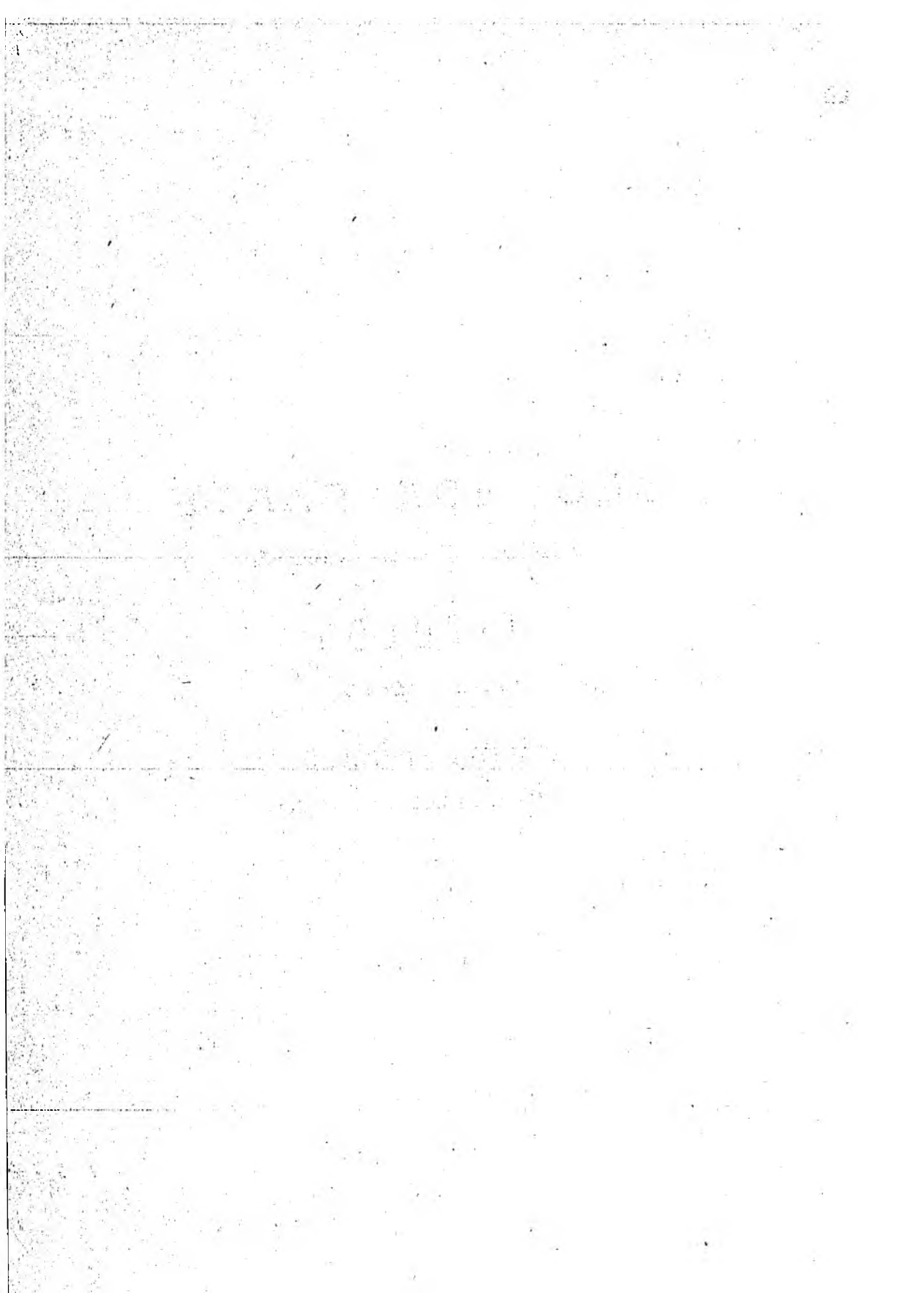
FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

DECRETOS DEL GOBIERNO



DECRETOS REGLAMENTARIOS

PLANES DE VIVIENDA. — El artículo 40 del Decreto 979 de 1966, por medio del cual se reglamentó el Decreto legislativo 2349 de 1965, no excede la potestad reglamentaria pues es claro que, dentro de un plan de viviendas, no puede excluirse lo relacionado con el terreno que es parte integrante y principal de ellas.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., enero veintisiete (27) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero Ponente: *Doctor Jorge de Velasco Alvarez*).

En acción pública de nulidad, el doctor Carlos Delgado Morales demanda la nulidad del artículo 40 del Decreto 979 de 1966, por medio del cual el Gobierno Nacional reglamentó el Decreto legislativo número 2349 de 1965.

Textualmente el demandante advierte: “pero, únicamente en la parte en que la prohibición allí contenida se extiende a ‘Urbanizaciones de terrenos y venta de solares’.”

LOS HECHOS SON LOS SIGUIENTES

Haciendo uso del artículo 121 de la Constitución Nacional, el Gobierno dictó el Decreto 2349 de 1965 “por el cual se fomenta el ahorro popular, se encauza hacia la construcción y adquisición de vivienda, se crea el Banco de Ahorro y Vivienda, se estimula la inversión y se combate el desempleo”.

En el Capítulo IV del mencionado decreto y en su artículo 32, se dijo:

“Ninguna persona natural o jurídica de derecho privado, distinta de las autorizadas en el presente Decreto, las Cooperativas y aquellas que adelanten planes de vivienda con la participación financiera y la vigilancia del Instituto de Crédito Territorial o del Banco Central Hipotecario, podrán anunciar planes de construcción de viviendas, o de venta de las mismas, o de crédito para construir las o adquirir las, por el sistema de pago de cuotas anticipadas, salvo cuando se trate de celebrar contratos de promesa de venta relativos a inmuebles completamente identificados, si la empresa correspondiente no está organizada con subordinación a los reglamentos que expida el Gobierno Nacional, o si su funcionamiento no está sometido a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o si las condiciones de sus contratos celebrados con la clientela no están aprobados por la misma Superintendencia”.

Para reglamentar el Decreto legislativo, el Gobierno dictó el número 979 de 1966 en cuyo artículo 40 se expuso:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto legislativo que se reglamenta, ninguna persona natural o jurídica, de derecho privado podrá ejecutar o anunciar actividades tales como: Urbanización de terrenos, venta de solares, construcción, reparación o mejora de vivienda o concesión de crédito para los mismos fines o similares por el sistema de cuotas o instalamentos anticipados u otros semejantes, si no está organizada de acuerdo con la reglamentación del presente decreto y sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria".

El demandante contrae el concepto de violación de normas superiores a dos puntos:

1º Una violación de orden constitucional que se desprende de que la intervención del Estado en la industria privada no puede tener lugar sino cuando ésta se halla autorizada por una ley emanada del Congreso. No cuando se consigna en un decreto de los llamados de legislación de emergencia. Tal, en su concepto, el mandato del artículo 32 de la Carta.

2º Una violación de orden legal, pues cuando el decreto extraordinario habla de "Construcción de Viviendas, o habitaciones familiares", no incluye las urbanizaciones de terrenos y la venta de lotes. Por lo cual al incluir tales especies el Decreto 979, que es reglamentario, fue más allá de la norma legal, excediéndose en el uso de la potestad reglamentaria.

LA SALA CONSIDERA

Al tratar sobre el punto 1º el señor Fiscal 1º del Consejo en su juicioso concepto de fondo, advierte que el planteamiento de la cuestión "Indicaría como más propio el enderezamiento de la demanda en una acción contra el Decreto legislativo 2349, ante la honorable Corte Suprema..."

Ello es exacto. El Consejo de Estado no tiene competencia para resolver sobre una posible inconstitucionalidad de un decreto legislativo. Por otra parte, el actor acepta este decreto como una ley y, precisamente, la violación que apunta contra el acto acusado es la de que va más allá de lo que aquél dispuso. En consecuencia la Sala entra a estudiar lo referente al segundo punto, o sea a que el decreto reglamentario desborda el ordenamiento legal.

Como se ha visto el artículo 32 del Decreto legislativo habla de "planes de construcción de viviendas, o de venta de las mismas...". Una interpretación correcta del artículo permite concluir que al hablarse de un plan de viviendas, forzosamente dicho plan incluye el lote o solar donde tales viviendas han de construirse. No podía el legislador entender que la prohibición contenida en el artículo 32 fuera únicamente para las habitaciones contruidas, pues al par que aquello no tendría sentido, el análisis de la disposición lleva a una conclusión diferente a la de la demanda.

En efecto: lo que el artículo 32 quiere es que solamente las personas autorizadas y vigiladas por el Instituto de Crédito Territorial y el Banco Central Hipotecario, y las Cooperativas puedan anunciar planes de construcción de viviendas o de créditos para construir las o adquirir las "por el sistema de pago de cuotas anticipadas". Es decir, que lo que está prohibido es ofrecer viviendas y recibir cuotas anticipadas, operaciones efectuadas por personas que no den

garantías de cumplimiento. Por eso el mismo artículo agrega: "Salvo cuando se trate de celebrar contratos de promesa de venta relativos a inmuebles completamente identificados".

Se ve, pues, claro que la intención del legislador es la de proteger a los ciudadanos que por no tener recursos económicos suficientes tienen que apelar al crédito y demás facilidades que se les brindan para hacerse a una vivienda. Tales ofrecimientos deben estar respaldados por el Estado mediante lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2349 de 1965.

Este análisis lleva el siguiente interrogante: dentro de un plan de viviendas, ¿puede excluirse el terreno que es parte integrante y principal de la vivienda? Obviamente no. Como lo dice la Fiscalía, el plan de vivienda a que se refiere el Decreto extraordinario 2349 de 1965 es una referencia genérica.

Entonces el Gobierno Nacional al reglamentar ese decreto extraordinario, podía y debía especificar que los solares de las urbanizaciones para esta clase de planes, entraban, como parte integrante de las viviendas, dentro de aquellas operaciones tendientes a facilitar mediante el pago de cuotas la adquisición de las habitaciones de familia.

Justamente, los decretos reglamentarios deben —y esta es su razón de ser— aclarar el ordenamiento de la ley y hacer ésta operante, sin desbordar desde luego la norma que reglamentan.

En el caso de autos la disposición acusada no ha desbordado —por lo ya expuesto— el Decreto legislativo que reglamenta.

Por tanto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega las peticiones de la demanda.

Cóplese, notifíquese y archívese.

Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Meluk.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO A LAS VENTAS. — El impuesto sobre las ventas se limita a gravar las entregas de mercancías hechas por el productor o importador, al intermediario, consumidor u otro productor, a título de compraventa, ya se trate de entrega real o simbólica, como lo establece el Decreto 1595 de 1966, y lógicamente dentro del país, en donde tienen cumplida aplicación las leyes colombianas.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Alfonso Meluk*).

El doctor *Alfonso Charria A.* demanda en su propio nombre, "la nulidad del inciso segundo del artículo 10 del Decreto reglamentario número 1881 de julio 25 de 1966".

Como disposiciones violadas invoca las siguientes: "Artículo 1º del Decreto legislativo 1595 de 1966. Artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional. Artículo 76 numeral 1º de la Constitución".

La violación del artículo 1º del Decreto legislativo 1595 de 1966, la sintetiza el demandante así:

"a) Por cuanto modifica el objeto del gravamen que es en el último un contrato de venta o de permuta y en el primero la introducción al país de un artículo. b) Por cuanto modifica la causación del impuesto que en el Decreto legislativo ocurre en el momento de la entrega real o simbólica de la mercancía mientras que en el reglamentario se presenta al efectuarse el pago de los derechos arancelarios. c) Por cuanto modifica la base del gravamen que en la norma superior es el precio, es decir la cantidad de dinero que debe pagar el comprador, mientras que en la norma inferior es el valor de los derechos de aduana, base arbitraria y antitécnicamente impuesta por el Gobierno".

En lo tocante a la violación del artículo 120, numeral 3º de la Constitución, dice que la potestad reglamentaria tiene por finalidad obtener la cumplida ejecución de las leyes. Sin embargo, "en el presente caso, el inciso 2º del artículo 10 del Decreto reglamentario 1881 de 1966, en lugar de buscar la adecuada aplicación del artículo 1º del Decreto legislativo 1595 de 1966 contraría abiertamente sus ordenamientos al aplicar un impuesto específicamente establecido para gravar las ventas, esto es, el contrato definido por el artículo 1849 del Código Civil o la permuta reglamentada en el Título XXIV del Libro 4º de la misma obra, a importaciones directas realizadas por personas naturales o jurídicas, quienes a través de los mecanismos del comercio exterior los han adquirido por cualesquiera de los modos establecidos por la ley".

Y agrega: "Es obvio que quien importa para vender luego los bienes importados queda sujeto al pago del impuesto a las ventas cuyo gravamen se causa en el momento de la entrega real o simbólica de los bienes al adquirente, pero es evidentemente extralimitativo de la potestad reglamentaria pretender gravar con el impuesto a las ventas aquellos productos que son importados directamente por los particulares o por entidades oficiales para su propio uso y beneficio por cuanto no existe el hecho gravable, esto es, la venta o la permuta".

Y la violación del artículo 76 numeral 1º de la Constitución, la hace consistir en que al expedir la disposición acusada, excedió la potestad reglamentaria que decía ejercer, al crear con fuerza de ley, una disposición que modificaba la ley reglamentada, asumiendo así las funciones que competen al Congreso.

El Fiscal 4º de la Corporación, en su vista de fondo, conceptúa que debe accederse a las súplicas de la demanda.

SE CONSIDERA

El artículo 1º del Decreto legislativo número 1595 de 1966 dispone:

"El artículo 2º del Decreto 3288 de 1963 quedará así: 'El Impuesto sobre las Ventas se causará en todo caso, en el momento de la entrega real o simbólica de la mercancía a título de compraventa o permuta por parte del productor o importador, o por parte de una persona económicamente vinculada a éstos, al intermediario, al consumidor o a otro productor para su ulterior transformación, aunque se convenga reserva del dominio, pacto de retroventa o exista condición resolutoria'.

"También se consideran productores las personas naturales o jurídicas que, sin fabricar directamente, encargan la fabricación de artículos para venderlos bajo su responsabilidad.

"Parágrafo. La División de Impuestos Nacionales investigará de oficio los casos de posible evasión del impuesto".

Y el Decreto número 1881 de 1966 (julio 25) "por el cual se reglamenta el Decreto legislativo 1595 de 1966 y otras disposiciones relativas al Impuesto sobre las Ventas", en su artículo 10 dice: "El Gobierno Nacional podrá autorizar que los importadores que sean agentes concesionarios, representantes o distribuidores en el país de firmas en el Exterior, paguen anticipadamente el Impuesto sobre las Ventas cubriendo su valor conjuntamente con los derechos arancelarios correspondientes; en este caso la base gravable para determinar el impuesto será la misma de los derechos de aduana sumada a tales derechos, y aumentada en un quince por ciento (15%).

"En los casos de importaciones directas por parte de personas naturales o jurídicas o por entidades de Derecho Público, el impuesto será liquidado por las autoridades de aduana y lo pagará el importador conjuntamente con los derechos arancelarios y sobre la misma base gravable de éstos más tales derechos.

"Parágrafo. Cuando el recaudo del impuesto a las ventas se haga por las autoridades de aduana, dichas autoridades expedirán los corres-

pondientes recibos oficiales del impuesto sobre las ventas e informarán sobre tales recaudos a la División de Impuestos Nacionales. Estos informes comprenderán los recaudos por cada mes de calendario y deberán enviarse dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a cada mes".

De la simple lectura de las transcripciones anteriores, se llega a la conclusión de que el artículo 10 del Decreto reglamentario número 1881 de 1966, fue más allá de lo preceptuado por el artículo 1º del Decreto legislativo número 1595 del mismo año, al disponer que se liquidara el impuesto a la venta conjuntamente con los derechos arancelarios, de mercancías introducidas al país, es decir, sobre operaciones no realizadas en territorio colombiano, violando no solamente el decreto reglamentado, sino contrariando abiertamente la finalidad del impuesto sobre las ventas, reducido a gravar la compraventa o permuta, al verificarse la entrega real o simbólica de la mercancía negociada dentro del país.

Al efecto, basta repetir lo que dijo la Sala Unitaria de esta Corporación, al decretar la suspensión provisional, en auto de 11 de abril de 1967 (fol. 10):

"Se tiene entonces, que si el Decreto 1595 de 1966, que modificó el Decreto 3288 de 1963, grava la compraventa o permuta de la mercancía por parte del productor o importador, "en el momento de la entrega real o simbólica" de la misma operación realizada dentro del territorio nacional, no se ve la razón para que el Decreto reglamentario 1881 en el inciso 2º del artículo 10, en los casos de importaciones, ordene liquidar el impuesto por las autoridades de aduana, conjuntamente con los derechos arancelarios, tratándose de una operación celebrada en el exterior, ajena, por consiguiente, a la aplicación de la ley colombiana, entre un vendedor extranjero y un comprador residente en Colombia.

"Porque el impuesto sobre las ventas se limita a gravar las entregas de mercancías hechas por el productor o importador, al intermediario, consumidor u otro productor, a título de compraventa, ya se trate de entrega real o simbólica, como lo establece el Decreto 1595 de 1966, y lógicamente dentro del país, en donde tienen cumplida aplicación las leyes colombianas; de manera que cualquier negociación de compraventa verificada en el exterior, en tal sentido, no puede ser motivo del gravamen a que se refiere el Impuesto de Ventas, como lo dispone el Decreto reglamentario acusado, en el inciso segundo del artículo 10, al gravar una mercancía introducida al país, en el momento mismo de liquidar los derechos arancelarios, sin que se haya celebrado operación alguna sobre dicha mercancía, dentro del territorio nacional. Otra cosa es, cuando ya nacionalizada, se produzca su venta, en cualquiera de las formas indicadas en el Decreto 1595 de 1966".

Este auto de suspensión provisional fue confirmado por los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, al interponerse recurso de súplica por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en auto de 22 de septiembre de 1967 (fols. 25 a 28).

Siendo ello así, no hay duda de que la norma acusada excedió la potestad reglamentaria contemplada en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, ya que su finalidad es dictar las medidas "necesarias para

la cumplida ejecución de las leyes", pero, conservando el espíritu y la esencia de la ley reglamentada, como ya lo ha sostenido esta Corporación en reiterada jurisprudencia.

Y consecuentemente, se viola el numeral 1º del artículo 76 de la Constitución, puesto que al modificarse el Decreto número 1595 de 1966, con fuerza de ley, se está invadiendo los fueros del Congreso, al cual corresponde exclusivamente "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes", como lo reza la citada norma constitucional.

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

FALLA

Decrétase la nulidad del inciso segundo del artículo 10 del Decreto reglamentario número 1881 de fecha julio 25 de 1966.

Cópiese, publíquese, comuníquese, notifíquese y archívese en su oportunidad el expediente.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

POTESTAD REGLAMENTARIA. — Esta facultad de reglamentación que la Carta otorga al Gobierno debe ceñirse al pensamiento y a la intención del legislador sin excederlo en su contenido; puede el reglamento llenar vacíos, proveer a la cumplida ejecución de la Ley, procurar su mejor inteligencia y eficacia. Pero no puede en manera alguna adicionar el texto de la ley, ni restringirlo o ampliarlo.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., veintitrés de febrero de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Enrique Acero Pimentel*).

En nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad, el doctor Bernardo Zuleta presenta demanda en procura de que se anulen los artículos 5º del Decreto 1473 y 3º del número 1634 expedidos los dos por el Gobierno Nacional en el año de 1962.

En el primero de los actos acusados que se dictó en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 1º, ordinal C de la Ley 15 de 1959, se dispuso: "Artículo 5º En materia de maquinaria, implementos agrícolas y repuestos, adóptase, según sea el caso, el procedimiento de control establecido para los vehículos automotores y sus respectivos repuestos.

También en uso de las mismas facultades, el segundo de estos ordenamientos contenidos en el artículo 3º del Decreto número 1634 expresó lo siguiente:

Artículo 3º "Queda reformado el artículo 6º del mismo Decreto, así: Los precios máximos de los vehículos y maquinaria agrícola serán fijados por la Superintendencia de Regulación Económica después de que ésta haya hecho un estudio exhaustivo sobre los costos, permitiendo una utilidad neta hasta del 12% antes de deducir los impuestos sobre la renta y complementarios".

El concepto de la violación lo hace consistir el actor en que la precitada Ley 15 de 1959 se dictó en desarrollo de preceptos constitucionales contenidos en los artículos 30, 32 y 39 de la Carta en uso de cuyas facultades autorizó al Gobierno para intervenir en la industria del transporte automotor para la movilización de carga y pasajeros, de donde se desprende que tal autorización legal se refiere al servicio público de transporte automotor, sea urbano o por carretera y no puede hacerse extensiva a vehículos o maquinaria que no estén destinados a ese fin. Así, pues, se aprecia a primera vista una extralimitación de funciones al congelar e intervenir los precios de maquinaria agrícola y sus repuestos en uso del numeral c) puesto que no existe relación entre la facul-

tad legal y el uso que de ella ha pretendido hacer el Gobierno Nacional, con lo cual ha desvirtuado la potestad reglamentaria incurriendo en desviación del poder.

SE CONSIDERA

La suspensión provisional de los actos *sub-judice* que, impetrada en el libelo, tuvo acogimiento por la Sala en auto de 20 de abril de 1966 en donde se decretó, está vigente por cuyo motivo los ordenamientos demandados dejaron de regir. En esa providencia se dijo: "De conformidad, pues, con los artículos 5º del Decreto 1473 de 1962 y 3º del 1634 del mismo año, la maquinaria agrícola y sus repuestos quedaron sometidos al régimen de control y regulación de precios a que se sometieron los vehículos y repuestos utilizados en la industria del transporte, a pesar de que el artículo 1º de la Ley 15 de 1959 solamente facultó al Gobierno para controlar y regular los precios de los vehículos y repuestos utilizados en la industria del transporte, como es evidente. Ello significa sin lugar a dudas, que los artículos acusados son manifiesta y notoriamente ilegales".

Conceptúa el señor Fiscal Tercero del Consejo en su vista de fondo que el Gobierno, al dictar los dos artículos acusados, fue más allá de las facultades que se le otorgaron por la Ley, facultades limitadas expresamente para autorizar importaciones de vehículos y elementos destinados al servicio público de transporte, por lo cual deben anularse.

La Sala se acuerda con los razonamientos del auto que decretó la medida provisoria y con los de su colaborador Fiscal porque ciertamente se está en el caso presente en presencia de una desviación de poder; y sábase que ella consiste en el hecho de que una autoridad con competencia suficiente para producir un acto administrativo ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo dicte ya no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto.

Ciertamente el Ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria al adicionar lo dispuesto por la Ley. Esta facultad de reglamentación que la Carta otorga al Gobierno debe ceñirse al pensamiento y a la intención del legislador sin excederlo en su contenido; puede el reglamento llenar vacíos, proveer a la cumplida ejecución de la Ley, procurar su mejor inteligencia y eficacia. Pero no puede en manera alguna adicionar el texto de la ley, ni restringirlo o ampliarlo. La reiterada doctrina del Consejo así lo ha venido sosteniendo.

La consecuencia, obviamente, ha de ser la de despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el señor Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Es nulo el artículo quinto del Decreto 1473 de 8 de junio de 1962.

Es igualmente nulo el artículo tercero del Decreto 1634 de 25 de junio de 1962 pero solamente en la parte que dice "Y maquinaria agrícola".

Cópiese y notifíquese.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

REFORMA AGRARIA. — Se anulan los siguientes apartes del Decreto 1902 de 1962 expedido por el Gobierno Nacional, para reglamentar los artículos 6º y 8º de la Ley 200 de 1936 y el Capítulo VII de la Ley 135 de 1961: el literal b) del artículo 7º en la parte que dice: “u otras instituciones bancarias”, el artículo 4º, pero sólo en la parte que dice: “que el Instituto considere conducente y legalmente eficaces” y el primer inciso del artículo 12, pero sólo en la expresión: “parte importante del predio”.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., veintitrés de febrero de mil novecientos sesenta y ocho.

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

Ref.: Expediente número 807.

En acción pública demandó el doctor Bernardo Zuleta Torres la suspensión provisional y la nulidad de los siguientes apartes del Decreto 1902 de 18 de julio de 1962, por el cual se reglamentan los artículos 6º y 8º de la Ley 200 de 1936 y el Capítulo VII de la Ley 135 de 1961:

- a) La frase del artículo 1º que dice: “o de cualquiera persona”;
- b) Los primeros incisos del artículo 4º;
- c) Los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 y 14;
- d) El artículo 18, y
- e) El inciso 2º del artículo 23.

Según la demanda, estos actos acusados violan el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, el artículo 25 del C. C. el Capítulo I del Título XVII del Código Judicial, y los artículos 23 y 24 de la Ley 135 de 1961, por las razones que expone el libelo.

Al ser admitida la demanda se negó la suspensión provisional pedida, mas inconforme con tal determinación el actor la suplicó, por lo cual la Sala de Decisión resolvió decretar la suspensión provisional del artículo 7º impugnado, pero sólo en la parte que dice “otras instituciones bancarias”.

Por otra parte, y ejercitando la misma acción pública el señor Juan Manuel Jaramillo, demandó la suspensión provisional y la nulidad del artículo 6º del mismo Decreto 1902 en la parte que dice: “en forma estable, y no de manera accidental o transitoria, salvo interrupciones temporales justificadas por

necesidad de descanso o rotación". El ordinal c) del artículo 7º en la parte que dice: "pertenecientes al propietario actual y a sus antecesores en el dominio, si fuere el caso". El artículo 8º en la parte que dice: "en forma estable y no de manera accidental o transitoria". El artículo 12 en la parte que dice: "y este hecho co-existe actualmente con la explotación económica de una parte importante del predio". Y, el artículo 13 en la parte que dice: "en el término para pedir pruebas o durante la respectiva inspección ocular".

Como disposiciones violadas señaló el actor los artículos 23 y 24 de la Ley 135 de 1961, por los motivos que en extenso expone la demanda.

Al igual que el otro juicio, la demanda fue admitida y en el mismo auto se decretó la suspensión del primer inciso del artículo 12 del Decreto demandado, pero sólo en cuanto a la expresión "parte importante del predio".

Cursaron separadamente los dos juicios hasta el 19 de febrero de 1964, fecha en la cual se ordenó la acumulación del juicio 2538 promovido por el señor Juan Manuel Jaramillo al 2196 iniciado mediante la demanda del doctor Zuleta Torres. Hoy, bajo una misma cuerda, están radicados con el número 807 y por ello se resolverá sobre sus peticiones en esta misma sentencia.

El señor Fiscal 2º de la Corporación en su vista de fondo, después de analizar las dos demandas, manifiesta que comparte las apreciaciones de las providencias que decretaron las correspondientes suspensiones provisionales, y que no encontrando observaciones distintas para hacer, es partidario de la anulación de las partes de los artículos 7º y 12 que fueron provisionalmente suspendidas.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA

Después del exhaustivo estudio realizado por la Sala de Decisión que conoció del recurso de súplica interpuesto dentro del juicio entablado por el doctor Zuleta Torres, no es necesario analizar nuevamente los cargos formulados por el actor a los artículos acusados del Decreto 1902.

Estando perfectamente identificada la Sala con la salvedad que adelante se anotará, con los puntos de vista ya expuestos, se limita a reproducirlos como fundamento de esta sentencia:

"La controversia gira principalmente en torno al concepto de poder reglamentario. Para el demandante, la atribución de interpretar las leyes por vía general y abstracta corresponde exclusivamente al órgano legislativo. De consiguiente, el Presidente de la República no está habilitado por el estatuto fundamental para desempeñar aquella función. Apoya sus razonamientos en el artículo 25 del Código Civil, en jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, y en el canon 120, numeral 3º, de la Constitución Nacional. Esos argumentos los ha valorado la Sala en toda su significación, pero no los acepta por los siguientes motivos:"

"1º *La interpretación de la Ley.* — De acuerdo con los preceptos 25 y 26 del Código Civil, sólo al legislador corresponde fijar, con autoridad y de manera general, el sentido de una ley oscura, y a los jueces y funcionarios públicos toca señalar, por vía de doctrina, el entendimiento de las disposiciones cuando han de aplicarlas en los casos concretos y en los negocios administrativos. La interpretación de la primera clase se hace

únicamente por medio de una nueva ley que aclare el contenido de la anterior y que se entiende incorporada a esta última (Arts. 14 del C. C. y 58 del C. de R. P. y M.), y la de la segunda se hace en las decisiones jurisdiccionales y administrativas. Aquella tiene un sentido general y objetivo, y es obligatoria; ésta tiene carácter particular y subjetiva, y no es impositiva”.

“Pero entre esos dos sistemas de interpretación existe uno intermedio: el de los reglamentos expedidos por el órgano ejecutivo (arts. 120, numeral 39, de la C. N. y 12 de la Ley 153 de 1887). Estos se caracterizan por su generalidad, y son obligatorios cuando se ajustan al estatuto fundamental y a la ley. Se expiden siempre que el mandato superior requiera en alguna forma un desarrollo para efectos de su adecuada aplicación.

“¿Por medio de esta clase de actos el Gobierno puede interpretar el mandato legal que desarrolla? Claro que sí. No sólo puede, sino que está obligado a hacerlo. Si la misión esencial del órgano administrativo es la de ejecutar la ley; si para realizar esa función necesita entenderla y valorarla en todos sus detalles y en su contenido total; y si la reglamentación es el primer paso que se da en el camino de su aplicación, forzosamente tendrá que interpretarla para efectos de envolverla en el correspondiente decreto. La tesis contraria carecería de sentido, ya que no se puede reglamentar lo que no se entiende o no se ha apreciado en todos sus alcances”.

“Ciertamente que la interpretación que se hace en el reglamento no tiene el grado de autenticidad y obligatoriedad que aquella otra que se formula, con plena autoridad, por el legislador, pero también es evidente que mientras no sea contraria a un mandato constitucional o legal, la interpretación del reglamento es imperativa al tenor de lo ordenado por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887. La relación jurídica entre la ley y el reglamento es similar a la que existe entre la Constitución y la ley. El Congreso interpreta el estatuto fundamental y lo desarrolla, y aquella interpretación y este desarrollo son obligatorios mientras no sean incompatibles con los ordenamientos de la Carta; de idéntica manera, el órgano administrativo valora la ley en todo su contenido y la desenvuelve en el reglamento, y aquella valoración y este entendimiento tienen fuerza normativa mientras se ajusten a la Constitución y a la ley”.

“Por las razones expuestas, la Sala considera que el Gobierno sí interpreta la ley por vía general y abstracta, y que ese entendimiento, en cuanto se consigna en el decreto reglamentario, es imperativo mientras no sea contrario a las disposiciones superiores de derecho. El artículo 25 del C. C. no desvirtúa tales apreciaciones, en razón de que regula un fenómeno jurídico distinto del de los reglamentos. Por consiguiente, carece de incidencia en la controversia planteada.

“2º *La Jurisprudencia.* — La doctrina del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia invocada en el libelo sostiene que en el reglamento debe desenvolverse todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en la ley. Esas apreciaciones son rigurosamente exactas, pero llevan a conclusiones distintas a las deducidas por el actor. En efecto, para saber lo que de manera lógica y necesaria surge de los textos, o para indagar cuál es el espíritu de ellos, es indispensable hacer su valoración y medir sus alcances. Por lo tanto, el decreto, fruto de su análisis,

tos, con las declaraciones de renta y patrimonio, con los contratos de prenda agraria y con los libros de comercio. Ninguna otra prueba es idónea. Ello significa que de acuerdo con el precepto legal analizado, y sin tener en cuenta la disposición reglamentaria acusada, el organismo administrativo encargado de la ejecución de aquel mandato está investido por la ley de los poderes jurídicos suficientes para decretar únicamente las pruebas admisibles, según el estatuto legal, y para rechazar las que no figuren en la enumeración que en él se hace. De esta manera, la conducencia y eficacia vienen a estar calificadas directamente por el artículo 24. Esas calidades están reconocidas de antemano y, por lo tanto, el Instituto no podrá considerar como viables las pruebas desechadas por el mandato superior, ni estimar como procedentes las que esa norma acepta expresamente. Así, pues, la ley contempla y regula dos supuestos: 1º Si los interesados solicitan únicamente las pruebas a que se refiere el artículo 24, la administración tendrá que ordenarlas, porque su conducencia y eficacia están calificadas por ese ordenamiento legal; y 2º Si se piden otras total o parcialmente distintas a las autorizadas por la norma en estudio, el Instituto tendrá que rechazarlas en razón de que la ley ya las ha desechado".

"Por consiguiente, podría prescindirse de la disposición reglamentaria enjuiciada sin que se efectuaran las facultades de la administración, ya que sus atribuciones están consignadas implícitamente en el mandato superior. El decreto, en realidad, no hizo cosa distinta que la de expresar, de manera clara, lo que ya estaba regulado en la norma principal".

"La interpretación anterior fluye de las palabras y del espíritu de la ley, y es la misma que aparece de manera explícita en el reglamento controvertido. En efecto, en el artículo 3º del Decreto se dice que una vez obtenidas las informaciones preliminares, el Instituto dictará la resolución correspondiente y en ella advertirá a los interesados que pueden solicitar, durante el término legal, la práctica "de todas las pruebas, principales y complementarias, que estimen convenientes, *entre las previstas en el artículo 24 de la ley citada*". Siguiendo idéntico criterio, en la quinta disposición del reglamento se expresa que en las diligencias administrativas, los propietarios "sólo podrán demostrar" la explotación económica *"de acuerdo con la tarifa de pruebas que prescribe el artículo 24 de la Ley 135 de 1961"*.

"Es fácil observar que el decreto se remite, en relación con la procedencia de las pruebas, a lo que sobre ese punto se establece en el ordenamiento principal. Por consiguiente, si es esa la orientación general del reglamento, el artículo 4º de ese estatuto tendrá que interpretarse en armonía con el espíritu de todo el decreto, sin desvincular la norma reglamentaria atacada de la anterior y de la siguiente".

"La disposición enjuiciada no es un precepto autónomo, ni constituye en sí misma una regulación jurídica independiente, sino que es parte integrante de un conjunto normativo en el cual cada ordenamiento parcial debe entenderse de acuerdo con la estrecha relación que tiene con los otros del mismo estatuto y con los ordenamientos correspondientes de la ley. De allí que cuando el artículo 4º del decreto dice que se ordenará practicar las pruebas solicitadas "que el Instituto considere conducentes y legalmente eficaces", no se le está otorgando a ese organismo una facultad discrecional para decretar las que a su juicio sean viables o para rechazar las que, de acuerdo con su criterio, no lo sean, sino que se le está

confiriendo una atribución estrictamente reglada por la ley y por el decreto. La circunstancia de que el artículo 4º del reglamento no se remite expresamente al 24 del estatuto desarrollado, nada significa si se tiene en cuenta que tanto el 3º como el 5º ordenan esa remisión. Si la ley y el decreto han dicho cuáles son las pruebas conducentes y eficaces, el Instituto carece de autonomía para obrar en forma distinta y, por lo tanto, tendrá necesariamente que estimar como tales las que ya tienen esa calificación legal, y considerar como improcedentes aquellas que no aparecen en la enumeración de los artículos 24 de la Ley y 3º y 5º del reglamento. Ciertamente que las expresiones utilizadas en la norma acusada, si se estudian aisladamente y sin relacionarlas con los otros preceptos del mismo estatuto, pudieran sugerir la idea de cierta discrecionalidad, pero una interpretación de esa laya no sería compatible con las otras disposiciones del reglamento, las cuales, al reflejarse sobre el artículo 4º, dan la medida exacta de su contenido y alcance, e imprimen al verbo 'considerar' un significado jurídico condicionado y limitado por los otros preceptos del mismo decreto".

"Así, pues, es esa la interpretación que nace del estudio conjunto de las tres normas del reglamento, y es la misma que surge de la ley. En ésta se le otorgan facultades al Instituto para rechazar aquellas pruebas que no figuren en la enumeración del artículo 24, como se vio anteriormente, y en el decreto se reconoce expresamente esa atribución y se desarrolla en el sentido de que la ejercitará de acuerdo con la calificación legal sobre viabilidad de las pruebas. El análisis conjunto de los artículos 3º, 4º y 5º del reglamento lleva, a primera vista, a tales conclusiones. Esas normas están estrechamente concatenadas entre sí y, por lo tanto, no se puede fraccionar su estudio sin romper la unidad jurídica del sistema. Las anteriores apreciaciones se hacen con apoyo en el artículo 30 del C. C. Dice esa norma que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, principio que es aplicable a la interpretación de los reglamentos, como lo es igualmente a la de los contratos por mandato expreso del artículo 1622 del mismo estatuto civil".

"Tercer cargo. — El artículo 24 de la ley dice que el propietario sólo podrá demostrar la explotación económica por los medios de pruebas señalados en ese mandato. De consiguiente, el decreto no podía ampliar, restringir, alterar o modificar aquel ordenamiento. No obstante, en los artículos 6º a 14 del reglamento se desvía el sentido del precepto legal, unas veces en contra del propietario, y otras en contra de los intereses nacionales, "como en el caso del ordinal b) del artículo 7º acusado, que permite allegar como pruebas certificados expedidos por instituciones bancarias particulares, en contra de lo que dispone el ordinal b) del artículo 24 de la ley". Y a renglón seguido, en la demanda se agrega: "Concretamente, el artículo 6º viola el primer inciso del numeral 1º del artículo 24; el artículo 7º viola los ordinales a), b) y c) del numeral 1º; los artículos 8º y 9º violan el ordinal 2º; el artículo 10 viola el ordinal 3º; el artículo 11 viola el ordinal 4º; el artículo 12 viola el inciso once del artículo 24 y el artículo 13 viola el primer inciso del artículo 23 y texto general del artículo 24".

"Es fácil observar que en la demanda no se emite el concepto de violación de las reglas citadas o, por lo menos, se expone en forma tan

generalizada que no permite determinar cuál es el pensamiento del actor en cada punto concreto. Se sugiere que los nueve artículos acusados amplían, restringen, alteran o modifican diferentes ordinales e incisos del artículo 24 de la ley, pero sin precisar en qué consisten las supuestas alteraciones, circunstancia que impide al juzgador estudiar esos aspectos ignorados de la acusación. La Sala no puede, oficiosamente, analizar razones que no se han invocado. Así lo ha sostenido constantemente la jurisprudencia del Consejo de Estado con apoyo en el artículo 84 de la Ley 167 de 1941. Esta tesis cobra mayor valor al considerar que si en el fallo no se puede estimar un concepto de violación que no se ha precisado, no obstante que en esa decisión se dispone de mayor libertad de apreciación, mucho menos se podrá hacer en esta oportunidad de la suspensión".

"No sería valedera la objeción de que en el escrito de súplica se subsanan las deficiencias anotadas, porque ese memorial, en lo tocante a los puntos que se estudian, constituye una verdadera aclaración o corrección de la demanda, como se desprende de las adiciones en sí mismas y de las propias palabras del actor, cuando dijo: "Como es posible que en el libelo de demanda no se haya explicado con claridad la violación flagrante, ostensible y manifiesta de normas positivas de derecho, me permito ampliar los cargos de la demanda para sustentar el recurso ante la Sala de Decisión, con algunas consideraciones previas". Si se admitiera el procedimiento de enmendar el libelo en el escrito de súplica, habría que aceptar previamente que la demanda, por sí sola, no constituye la base del juicio ni señala sus límites, y que, al conocer del recurso, se puede decidir sobre un libelo diferente del estudiado por el Consejero sustanciador".

"De allí que el análisis de este cargo se limita, como se hizo en la providencia revisada, a la glosa hecha contra el ordinal b) del artículo 7º del decreto, punto en el cual sí se da el concepto de violación. De acuerdo con lo prescrito por el artículo 24 de la ley, la explotación económica debe acreditarse por medio de una inspección ocular. Es esta la prueba principal, y en ella debe especificarse el estado del terreno, los trabajos adelantados, los cultivos que existan en el momento de la diligencia, y las señales evidentes de que antes ha estado sometido a "una explotación agrícola regular". Pero si al practicarse la prueba indicada no hubiere cultivos y se alegare que ellos existieron durante el término fijado por la ley, tales informaciones se adicionarán, entre otros documentos, con los contratos de prenda agraria o con los certificados de la Caja de Crédito que demuestren que los cultivos anteriores se gravaron durante el lapso señalado. Los documentos mencionados tienen, pues, la calidad de pruebas complementarias. Ello significa que si la inspección ocular acredita suficientemente el hecho de la explotación, no será indispensable agregar aquellos contratos o certificados, pero que sí deberá hacerse en el evento de que no existan los cultivos en el momento de la diligencia".

"Así, pues, la finalidad de la prueba complementaria es la de adicionar los datos recogidos directamente por los funcionarios públicos y por los peritos, cuando éstos, por sí solos, no demuestran la explotación económica. Se parte de la base de que aquellos documentos operan cuando la inspección ocular no ha arrojado los elementos de convicción necesarios para acreditar el aprovechamiento de la tierra y hay, por lo tanto, serios motivos de duda en relación con ese hecho. Precisamente, por razón

del fracaso de la prueba principal y en vista de la situación de justificada incertidumbre sobre la verdad de la explotación, el legislador quiso que se utilizaran los medios de prueba más convincentes, a fin de evitar todas las posibilidades de fraude a la ley".

"En vista de los claros términos utilizados en el precepto y del criterio que orientó la reforma, podría sostenerse que los certificados de las instituciones bancarias particulares son admisibles, como pruebas complementarias, de la misma manera que los de la Caja de Crédito? ¿Encaja esa hipótesis en el espíritu del nuevo estatuto? La Sala estima que no, por las siguientes razones:

"1ª El artículo 24 de la ley, bien se le considera aisladamente o en relación con las otras disposiciones, no ofrece apoyo a semejante interpretación. Su texto es claro e indica que sólo son aceptables los certificados de la Caja. La letra y espíritu de la norma comentada rechazan todo intento de agregación".

"2ª En la norma comentada se regula un régimen probatorio de excepción que, por ese motivo, debe interpretarse restrictivamente, de acuerdo con el conocido aforismo. Cuando la regla legal estudiada dice que los propietarios 'sólo podrán demostrar' la explotación económica con determinadas probanzas, a la vez que organiza un sistema que se aparta del ordinario, cierra el paso a las apreciaciones extensivas".

"3ª Porque las finalidades de la ley son las de conseguir que realmente se explote la tierra, y las de la tarifa probatoria restringida son las de asegurar que no se burlen aquellos objetivos. Siguiendo ese criterio, en el estatuto sólo se autorizan aquellas pruebas que, por razón de su origen y de sus características, ofrecen suficientes elementos de certeza sobre la verdad de la explotación".

"4ª Como la Caja de Crédito se creó principalmente con el fin de fomentar, entre otras, las actividades agrícolas, y no con un propósito de lucro, sus contratos los celebra una vez que se haya asegurado de la existencia real de los cultivos ofrecidos en prenda, y de que el peticionario se ocupa en esa clase de negocios. Por esa razón envía a sus propios funcionarios a inspeccionar y a avaluar los trabajos agrícolas, sus condiciones, estado y cantidades, circunstancias cuya verificación en el terreno ofrecen un amplio margen de seguridad sobre la realidad de la inversión y de la explotación. Los bancos particulares, en cambio, en virtud de que persiguen su propio beneficio económico y la seguridad de su préstamo, que no el fin de estimular la agricultura, ordinariamente se atienen más a las condiciones del cliente y a su capacidad personal de pago, que a la existencia de los cultivos y a la explotación real de la tierra. De allí que generalmente no tomen las precauciones necesarias anotadas y que se limiten a adoptar las medidas indispensables para la seguridad de su crédito. Para ellos, la consecución de este objetivo es suficiente, en tanto que para la Caja no lo es, porque persigue finalidades distintas. No es aventurado afirmar que precisamente por esas razones, el legislador estimó que los certificados expedidos por una institución directamente interesada en la explotación efectiva de la tierra, ofrecen mayores motivos de certeza que los concedidos por los bancos particulares, máxime si se con-

sidera que con tales documentos se trata de demostrar la verdad de aquella explotación”.

“5ª La interpretación anterior está confirmada ampliamente por el numeral 2º del artículo 24 de la ley, en el cual se dice que si con la inspección ocular no se acredita la explotación actual con ganados, la prueba podrá adicionarse con otras, como los contratos de prenda pecuaria ‘o certificados expedidos por la Caja de Crédito Agrario o el Banco y Fondos Ganaderos...’. Es bien sabido que todas las instituciones enumeradas en ese precepto tienen como finalidad esencial la de fomentar la industria pecuaria, propósito que no persiguen las entidades bancarias particulares. Por esa razón, en la ley se aceptan, como pruebas complementarias, los certificados de aquellas instituciones y se rechazan implícitamente los expedidos por las últimas”.

“Por los motivos expuestos, la Sala estima que el artículo 7º, numeral b), del Decreto reglamentario 1902 de 1962 es manifiestamente ilegal, en cuanto da la categoría de pruebas complementarias de la explotación económica a los certificados de los bancos particulares. Por consiguiente, debe decretarse la suspensión provisional de esa norma, pero sólo en aquella parte que dice: ‘u otras instituciones bancarias’.”

“Cuarto cargo. — El artículo 18 del decreto viola el 27 de la ley, ‘por cuanto establece un plazo o término no previsto’ por la norma superior, para efectos de la excepción consagrada en este último precepto en relación con las extensiones que se encuentren económicamente explotadas en la fecha de la resolución sobre extinción del dominio”.

La disposición que se estima infringida dice que para todos los efectos legales se considerará que no están cobijadas por las reglas sobre extinción del dominio, las extensiones que a la fecha de la resolución se encuentren económicamente explotadas conforme a las Leyes 200 de 1936 y 135 de 1961. Ese precepto indica que el elemento jurídico que determina la aplicación del artículo 27 de la ley, es el hecho de que en el momento indicado se esté beneficiando la tierra, pero no de cualquier manera, sino en la forma establecida por aquellos estatutos. En éstos, pues, se halla la clave para la interpretación de la norma que se considera violada.

“Disponen los artículos 1º y 6º de la Ley 200 que ‘la posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos del dueño, como plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica’, y que a favor de la Nación se opera la extinción del derecho de dominio sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer la posesión en la forma indicada, durante diez años continuos. Siguiendo el mismo criterio, en los artículos 1º y 24 de la Ley 135 se dijo que entre los objetivos de ese estatuto está el de ‘fomentar la adecuada explotación económica de tierras incultas o deficientemente utilizadas’, y que el aprovechamiento agrícola y ganadero de los predios se acreditará por medio de una inspección ocular en la cual se indiquen los cultivos que existen o las señales evidentes de que ha habido una explotación ‘regular’, las extensiones cubiertas con pastos artificiales o las labores regulares de limpieza y conservación, si se trata de pastos naturales, y el número de cabezas de ganado que se encuentre en el predio”.

"Las disposiciones anteriores sugieren claramente la idea de que para gozar de la protección especial ofrecida por el artículo 27 de la Ley 135, es indispensable que a la fecha de la resolución exista una explotación económica adecuada, supuesto que sólo se realiza cuando las labores se adelantan 'en forma estable y no de manera accidental y transitoria', como se expresó en el artículo 5º del Decreto 59 de 1938. Esa explotación de que hablan las leyes citadas debe aparecer en el momento de expedirse la resolución, circunstancia que indica a las claras que para esa fecha deben haberse cumplido los siguientes requisitos:

"a) Existencia de las plantaciones, sementeras o ganados, hechos que por sí mismos sugieren que ha corrido el término necesario para que los trabajos agrícolas o pecuarios se encuentren en el estado actual; y b) Adelantamiento de las labores encaminadas a la preparación del terreno a efecto de ponerlo en condiciones apropiadas para la siembra o para el sostenimiento de la ganadería, tales como el desmonte, destronque, arado, irrigación, limpieza, etc., actividades que requieren la utilización de otro lapso adicional".

"Esos dos factores operan en forma sucesiva y, en su conjunto, integran un lapso cuya fijación depende de las condiciones del terreno, de la clase de cultivos, de la intensidad de los trabajos preliminares, de la situación anterior del predio, de las épocas apropiadas para la siembra y, en fin, de un buen número de circunstancias que pueden alargar o recortar ese término. Así, pues, de las dos leyes estudiadas y de la naturaleza de los hechos regulados por ellas, se colige la existencia de un plazo dentro del cual se hubieran realizado aquellas actividades. Ciertamente que la ley no lo determina con precisión, pero como su existencia aparece implícita en las disposiciones legales, su fijación podía hacerse en el reglamento, teniendo en cuenta para ello los elementos de juicio que suministran las normas desarrolladas y la naturaleza de los trabajos. Por tales razones, la Sala estima que la alegada violación de la ley no es ostensible y que, por consiguiente, no es viable la suspensión provisional solicitada".

"*Quinto cargo.* — La demanda precisa la objeción así: 'Respecto del artículo 23, segundo inciso, basta decir que introduce nuevos requisitos para la viabilidad de una acción judicial'. A tenor de lo dispuesto por el artículo 84 del C. C. A., y de acuerdo con la doctrina acogida anteriormente, la acusación es baldía, ya que el actor ni siquiera cita la disposición superior de derecho que estima quebrantada. Y no obstante que en el escrito de súplica trata de enmendar esa grave deficiencia, ese hecho se puede tener en cuenta en razón de que implica una corrección de la demanda, como ya se dijo".

Por todo ello, es procedente la anulación del literal b) del artículo 7º del decreto materia de acusación, pero sólo en la parte que dice: "u otras instituciones bancarias".

La salvedad que anunció la Sala, hace referencia al artículo 4º demandado, cuyas apreciaciones en la pieza transcrita sobre este particular no comparte, y cuyo cargo analiza así:

Sostiene el actor, que el artículo 4º del Decreto impugnado viola los artículos 23 y 24 de la Ley 135 de 1961, en cuanto faculta al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para calificar la conduencia de las pruebas que soliciten los interesados en la declaratoria de la extinción del dominio. En efecto el artículo 23 de la ley establece un término de treinta (30) días para solicitar las pruebas que deban practicarse, y el 24 de la misma ley establece que sólo se podrá demostrar la explotación económica, mediante las pruebas que determina la misma norma en forma por demás taxativa e imperiosa. De manera que la norma reglamentaria, a más de sobrar en el reglamento, ya que las pruebas señaladas por el artículo 24 de la ley son de necesario recibo en los trámites administrativos de extinción de dominio por lo cual no hay lugar a la calificación de su conduencia, es violatoria de la ley al dejar a la discrecionalidad de un funcionario administrativo una cuestión que la norma que se pretende reglamentar ha definido en forma exacta y precisa. No cabía reglamentación de este tipo para la norma comentada, estableciéndose con ello una peligrosa limitación al contenido de la Ley 135 de 1961. De manera que existiendo una tarifa probatoria señalada por la ley no cabe calificación sobre la conduencia de las pruebas: la ley ya ha hecho previamente la calificación, las consagradas en la tarifa son conducentes, las que no lo están son inconducentes. Por manera que también aquí se ha violado la ley, al establecer el reglamento un criterio de discrecionalidad en una materia en la que no cabe por estar previamente definida en la ley la cuestión probatoria. Se modifica con ello el contenido de la norma reglamentada limitándola, e introduciéndole un nuevo elemento: la arbitraria discrecionalidad del funcionario administrativo. Es, por tanto, viable la petición de nulidad de la parte de la norma comentada.

En relación con el aparte del artículo 12 suspendido provisionalmente dentro del juicio iniciado por el señor Jaramillo, se lee en la providencia que contiene tal decreto.

"El inciso undécimo del artículo 24 de la Ley 135 expresa que:

"Si el propietario hubiere construido a su costa canales de irrigación o pozos para la obtención de aguas subterráneas, sin haber explotado aún económicamente toda la superficie que, con dichas obras puede beneficiarse directamente, tal superficie no se considerará como inculca para los efectos de las normas legales sobre extinción del dominio".

"El Decreto 1902 por su parte, y en el artículo 12 dice refiriéndose a la construcción de las obras de que habla la ley: 'y este hecho coexiste actualmente con explotación económica de una parte importante del predio...' Esta expresión, en concepto del demandante, excede la norma reglamentada".

SE CONSIDERA A ESTE RESPECTO

"En cuanto a la coexistencia de las obras con la explotación de una parte del predio, tampoco el Decreto agrega nada a la ley, pues al decir ésta: 'sin haber explotado aún económicamente toda la superficie', parece significar que por lo menos una parte sí debe estar explotada. De otro modo habría bastado con que la ley se refiriera simple y llanamente a la superficie".

"Pero el Decreto sí agrega un concepto que no está contenido en la ley, y es el de la 'importancia' de la parte en explotación. Una calificación tal sin norma reguladora, no está ordenada en la Ley, y puede resultar arbitraria. Por este aspecto prospera el cargo".

Considera la Sala que las transcripciones anteriores son suficientes para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su Fiscal 2º, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLE

1º *Son nulos* los siguientes apartes del Decreto 1902 de 1962, expedido por el Gobierno Nacional:

a) El del literal b) del artículo 7º en la parte que dice: "u otras instituciones bancarias";

b) El artículo 4º, pero sólo en la parte que dice: "que el Instituto considere conducente y legalmente eficaces", y

c) El primer inciso del artículo 12, pero sólo en la expresión: "parte importante del predio".

2º *Niéganse* las demás súplicas de las demandas acumuladas.

Cóplese, notifíquese y archívese.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

AGENTES VIAJEROS. — Se anulan los artículos 2º y su parágrafo, 3º y sus dos párrafos, y el literal b) del artículo 11 del Decreto 3072 de 21 de noviembre de 1962, por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1946.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos sesenta y ocho.

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

Ref.: Expediente número 759.

Contra el Decreto 3072 de 21 de noviembre de 1962, reglamentario de la Ley 48 de 1946, se instauraron ante el Consejo de Estado sendas demandas por los doctores Diógenes Reyes Posada y Fernando Gómez Rivera, en ejercicio de la acción pública de nulidad a que se refieren los artículos 62 y 66 del C. C. A.

En razón a que ambos libelos se dirigieron contra un mismo acto administrativo, se solicitó por parte interesada la acumulación de ambos procesos, la que fue negada por no haberse dirigido dicha solicitud al honorable Consejero que conocía del juicio más antiguo, según lo tiene ordenado la ley procesal. En consecuencia cada uno de los dos juicios se siguió tramitando en cuerda separada y mediante sentencia de 10 de mayo de 1966, de la cual fue ponente el honorable Consejero doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, desató la litis planteada por el doctor Reyes Posada, anulando el artículo 12 y el parágrafo 1º del artículo 14 del Decreto 3072 de 1962 y el artículo 1º del mismo estatuto, pero "en cuanto exige precisamente ser mayor de edad para poder ejercer la profesión de agente viajero, advirtiéndole que en este particular debe estarse a lo que dice el literal a) del artículo 11 del mismo Decreto, el cual permite también ejercer dicha profesión a los que estén habilitados de edad según la ley", y en cuanto al resto del articulado del Decreto en mención, esta Corporación negó las peticiones de nulidad.

Debe decidirse, por tanto, en este fallo sobre la acción que en su propio nombre inició el doctor Fernando Gómez Rivera y a continuación se procede a ello, una vez que se ha rituado el procedimiento de rigor sin que aparezca causal de nulidad en virtud de la cual deba anularse la actuación surtida.

Mas se observa que, como en los procesos aludidos existen idénticos conceptos de violación sobre las mismas normas infringidas, según las correspondientes demandas, por parte de algunos de los mismos artículos del acto enjuiciado, el presente fallo no podrá ocuparse sino de las cuestiones que en la demanda del doctor Fernando Gómez Rivera difieren en cuanto a normas violadas y concepto de violación de la que se decidió mediante sentencia de 10 de mayo de 1966 en mención, como que lo allí dicho constituye cosa juzgada.

A pesar de que en las dos demandas se acusó la totalidad de los artículos del Decreto 3072 de 1962, la que ahora se resuelve trata aspectos diferentes de la presentada por el doctor Reyes Posada, sólo en cuanto al artículo 2º y su párrafo, al artículo 3º y sus párrafos 1º y 2º, a los artículos 6º y 8º, al literal c) del artículo 10 y al literal b) del artículo 11. A ellos se contraerá el presente fallo, teniendo en cuenta que el señor Fiscal 2º de la Corporación, en su vista de fondo acoge los conceptos emitidos en los autos de suspensión provisional y el que desató la súplica que contra uno de ellos se interpuso, por lo cual es de parecer que sólo deben anularse el literal b) del artículo 11, el artículo 12 y el párrafo del artículo 14 del decreto enjuiciado con los cuales se violaron "en forma ostensible y clara disposiciones superiores de derecho".

El artículo 3º del Decreto 3072, al igual que el literal b) del artículo 11 del mismo estatuto, fueron suspendidos provisionalmente por el sustanciador inicial del presente negocio. Pero oyendo la súplica que contra esa providencia interpuso, por medio de apoderado el Ministerio de Fomento, la Sala de Decisión revocó la suspensión del artículo 3º y dejó vigente la del literal anotado del artículo 11.

El artículo 2º demandado dice que "la venta o distribución de mercancías o bienes en las zonas o territorios asignados a los Agentes Viajeros, realizadas por el patrono o por los gerentes de ventas, ayudantes de gerencias, coordinadores, promotores, supervisores o por cualquiera persona dependiente del patrono, se entenderán como una asesoría o colaboración prestada por la empresa para la gestión del contrato estipulado". Y su párrafo agrega que "Los trabajadores a quienes se refiere este artículo pueden prestar simultáneamente sus servicios a varios patronos, y en tal caso, se entenderá que con cada uno de ellos hay contrato de trabajo, para efectos de los derechos y prestaciones que consagra la legislación laboral".

El cargo formulado bajo el aparte b) de la demanda sostiene que "En el artículo 2º del Decreto enjuiciado se establece un sistema de participación automática de los agentes viajeros sobre las ventas directas que sin su intervención realicen las empresas a cuyo servicio trabajen. Este ordenamiento desborda el contenido intrínseco de la Ley 48 y viola las normas consagradas por el artículo 1524 del Código Civil". Y más adelante se lee en el mismo libelo que "El artículo 2º del Decreto 3072, al consagrar la participación automática de los agentes viajeros sobre las ventas que las empresas realicen sin su intervención, viola las disposiciones del artículo 1524 del Código Civil, según el cual, 'no puede haber obligación sin una causa real y lícita, entendiéndose por *causa* el motivo que induce al acto o contrato'."

Estima la Sala que el pensamiento del doctor Domínguez Molina precisado en el auto de suspensión provisional en relación con este artículo es el que interpreta el verdadero sentido de la disposición. Efectivamente el artículo 2º del Decreto no consagra la "participación automática" de que habla la demanda, sino que las ventas realizadas por el patrono o por cualquiera dependiente de éste, en las zonas o territorios asignados a un Agente Viajero, deben entenderse como "una asesoría o colaboración prestada por la empresa para la gestión del contrato estipulado".

Pero sucede que sobre esa tal asesoría o colaboración no puede hablar el reglamento sin violar la ley porque ella no lo autoriza. Al Gobierno sólo le dio la ley atribuciones para regular los procedimientos que deben seguir quienes aspiren a conseguir la licencia de agentes viajeros y para nada más. Sobre-

pasar estos límites, es legislar sin autorización y por lo mismo enfrentar el reglamento a normas superiores de derecho que obligan a la Sala a anular el artículo 2º impugnado.

El artículo 3º lo combate la demanda porque en él se prescriben reglas no previstas por la ley que pretende reglamentar, relacionadas con el momento en que los agentes viajeros tienen derecho a percibir la comisión o el porcentaje sobre los negocios que ellos realicen. "Esta reglamentación —agrega el libelo—, como se demostrará más adelante, viola los principios del Código Civil sobre autonomía de la voluntad contractual".

El artículo 3º del Decreto 3072 habla del momento en que nace el derecho de los Agentes Viajeros Profesionales para percibir las comisiones motivadas por las ventas, y sienta las reglas que para tal fin deben seguirse.

Encuentra la Sala que este punto es extraño al reglamento, porque la ley no ha autorizado al Gobierno para decidir sobre estos puntos que son reservados al legislador. Muy bien sirven de sustento a este fallo, estos apartes del auto de suspensión respecto a esta disposición acusada:

"Si se examina la Ley 48 de 1946 fácilmente se aprecia que ella no regula el contrato que se celebra entre el agente y el patrono o empresa. Ese estatuto reglamenta la profesión de agente viajero y determina los requisitos que debe reunir la persona que quiera ejercerla, pero nada dispone sobre el contenido del contrato entre la empresa y el agente viajero, sobre el porcentaje o comisión que a éste pueda corresponderle, ni sobre el momento en que nace el derecho a percibir la remuneración".

"Sabido es que, como la facultad o potestad reglamentaria se ha dado 'para la cumplida ejecución de las leyes' (ord. 3º, art. 120 C. N.), el decreto que se expide en ejercicio de tal potestad debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente está comprendido en la ley, y por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. Lo contrario implica una extralimitación de funciones y constituye una invasión en el campo propio del legislador. Innecesario es, para efectos de esta providencia que decide sobre suspensión provisional, detenerse en el estudio de la potestad reglamentaria y hacer referencia a la abundante y constante doctrina que respecto a ella tiene sentada la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, pues ella ha sido armónica y se precisa en la síntesis que se ha dejado expuesta, que es suficiente para concluir que lo que dispone el artículo 3º del Decreto acusado contiene reglas que son extrañas a la Ley que se reglamenta y, por tanto, es manifiestamente violatorio del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional y, por ello debe ser suspendido".

"Lo dicho anteriormente comprende la totalidad del artículo mencionado, es decir, con sus párrafos 1º y 2º que la demanda acusa en los puntos e) y f), por el mismo concepto de violación".

En tales condiciones, y por ser violatorio del artículo 3º en comentario, es procedente su anulación, y así lo dispondrá la Sala en la parte resolutive de esta sentencia.

La demanda sostiene que "En el artículo 6º del Decreto 3072 se consagra una prerrogativa que desborda el contenido intrínseco de la ley", y refe-

rente al párrafo del mismo artículo sostiene que él "consagra una restricción monopolística en cuanto a la gestoría para obtener la expedición de la licencia y del carnet para los agentes viajeros".

En el auto de suspensión provisional, al respecto se lee:

"Dice el artículo sexto: 'La licencia de Agente Viajero será personal y definitiva, conferirá al beneficiario la prerrogativa de profesional, que sólo podrá perder cuando incurra en las infracciones a que se refieren los artículos 15 y 17 del presente Decreto'."

"Si la Ley 48 de 1946 en su artículo 5º establece que ningún agente viajero 'puede entrar a ejercer su profesión, sin haber llenado los requisitos legales y obtenido la correspondiente licencia', es el propio legislador el que ha establecido que con la obtención de la licencia el agente viajero adquiere la prerrogativa para ejercer su profesión".

No encuentra, pues, esta Sala, como no lo encontró el primer sustanciador de este negocio ni la Sala de Decisión que revisó el auto de suspensión provisional, violación alguna de las anotadas en la demanda, que, de manera muy vaga, afirma que existe una violación al artículo 45 de la Constitución Nacional, en estos términos: "El párrafo del artículo 6º del Decreto 3072 de 1962, al disponer que la licencia y el carnet de los agentes viajeros sólo podrán ser gestionados directamente por el interesado o por las Asociaciones de Agentes Viajeros o por la Federación Nacional que éstas organicen, viola el artículo 45 de la Constitución Nacional, según el cual, toda persona tiene derecho de presentar peticiones a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener una pronta resolución. Viola así mismo el Título 28 y los artículos 2142 y siguientes del Código Civil, normativos del contrato de mandato, según el cual, una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera".

Como se ve confunde la demanda el derecho de petición que deja expedido el Decreto para que lo ejerza cualquier persona, con el derecho de adquisición de la licencia de Agente Viajero, la cual también puede solicitarse por cualquier persona, pero que, por disposición del reglamento, sólo será concedida directamente al interesado, sin que ello implique que éste obre por conducto de apoderado y previo el lleno de las exigencias legales, si así lo prefiere.

La imprecisión de los cargos, sumada a lo anteriormente dicho, convencen a la Sala de que esta impugnación no puede prosperar.

En relación con los cargos formulados al artículo 8º, al literal c) del artículo 10, y al aparte b) del artículo 11 del Decreto 3072, esta Sección del Consejo acoge íntegramente los puntos de vista que contiene el auto de suspensión provisional donde se trataron los cargos de manera que sirven de fundamento a esta sentencia. En la pieza aludida se lee:

"1. El requisito sobre registro de las licencias de los agentes viajeros en las Cámaras de Comercio, establecido por el artículo 8º del Decreto 3072, no está previsto ni autorizado por la Ley 48'."

"Ciertamente que en la Ley reglamentada no se impone la obligación de tal registro, pero sí se tiene en cuenta que los agentes viajeros se ocupan profesionalmente en actos de comercio que los hacen reputar en derecho comerciantes, según los artículos 9º y 20 del Código de Comercio,

y que por ser comerciantes, deben inscribirse en la respectiva Cámara de Comercio de conformidad con el artículo 30 de la Ley 28 de 1931, determinado por la Ley 48 de 1946 que para ejercer su profesión deben obtener la correspondiente licencia, nada más lógico que sea precisamente ésta la que deben registrar en el Registro Público de Comercio. La disposición no es, pues, manifiestamente ilegal, por existir otras normas distintas de la ley reglamentada que establecen el registro de los comerciantes en la Cámara de Comercio”.

“n) Por el literal c) del artículo 10 del Decreto 3072 se exige la presentación de certificados de paz y salvo, requisito no previsto ni autorizado por la Ley 48”.

“De conformidad con el ordinal 7º del Decreto extraordinario 01651, de 1961, el Gobierno podía señalar que para obtener la licencia de agente viajero se presente el certificado de paz y salvo, aunque este requisito no sea exigido por la Ley 48 de 1946. Existiendo la autorización en la legislación Tributaria, no puede ser manifiesta la ilegalidad del literal c) del artículo 10 del Decreto”.

“o) En el literal b) del artículo 11 del Decreto 3072 se condiciona el ejercicio de la profesión de los agentes viajeros a una especialización académica no prevista ni autorizada por la Ley 48”.

“La ley reglamentada no exige ciertamente que se acredite para obtener la licencia que el interesado haya cursado estudios especiales. De modo que al imponer el Decreto esta obligación, introduce un requisito que se sale en forma manifiesta del contenido intrínseco de la ley que reglamenta y, por lo tanto, es pertinente la suspensión provisional del citado literal”.

Para la Sala son suficientes las consideraciones anteriores, por lo cual, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con su Fiscal Segundo,

FALLA

Primero. Son nulos los artículos segundo y su parágrafo, tercero y sus dos párrafos, y el literal b) del artículo 11 del Decreto 3072 de 21 de noviembre de 1962, “por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1946”.

Segundo. No se decreta la nulidad de los siguientes apartes del mismo Decreto 3072 de 1962: artículos sexto y octavo, y literal c) del artículo 10.

Tercero. El resto del articulado del mismo Decreto 3072 es cosa juzgada conforme al fallo de 10 de mayo de 1966 dictado por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Cóplese, notifíquese y archívese.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

SUBSIDIO FAMILIAR. — Declárase la nulidad de los artículos 9º, 11 y 20 del Decreto reglamentario 1521 de 1957. También la del artículo 5º del Decreto 3151 de 1962, así como el párrafo del artículo 26 del mismo, por exceder la potestad reglamentaria.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Alfonso Meluk*).

El doctor *Manuel Manotas Manotas*, en ejercicio de la acción de simple nulidad que consagra el artículo 66 del C. C. A., demanda lo siguiente:

“1º Que son nulos, por los motivos de inconstitucionalidad e ilegalidad que puntualizaré más adelante, los artículos 9º, 11, 16, 20 y 23 del Decreto 1521 de 1957, y el párrafo del artículo 26 en cuanto dice ‘o los catorce (14), si no cumple los requisitos del artículo 12 (debió decir 13)’ del mismo Decreto, dictado por el Gobierno Nacional con el objeto de reglamentar el subsidio familiar creado por el Decreto extraordinario número 118 de 21 de julio de 1957.

“2º Que son nulos, por los motivos de inconstitucionalidad que indicaré en el curso de este libelo, los artículos 5º, el inciso 2º del artículo 7º en cuanto dice: ‘o los catorce (14) años, sino cumple los requisitos del artículo 13 del Decreto 1521 de 1957’, y 26 del Decreto 3151 de 1962, dictado por el Gobierno Nacional para reglamentar los Decretos extraordinarios números 118 y 249 de 1957, que establecieron el subsidio familiar”.

HECHOS

El actor sostiene que las disposiciones acusadas excedieron la potestad reglamentaria, ya que los Decretos 118 y 249 de 1957 que establecieron el subsidio familiar no contienen los aspectos en ellas contemplados, de los cuales hace relación en su libelo.

Como disposiciones violadas, invoca el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional, Decreto legislativo número 118 de 1957, Decreto legislativo número 249 de 1957, Código Sustantivo del Trabajo, artículos 488 y 489, y Código Procesal del Trabajo, artículo 151.

El señor Fiscal Segundo de la Corporación, en su vista de fondo, conceptúa que debe accederse a las peticiones impetradas, con la excepción del artículo 23 y el párrafo del artículo 26.

SE CONSIDERA

La Junta Militar de Gobierno expidió el Decreto legislativo 118 de 1957 "por el cual se decretan aumentos de salarios, se establece el subsidio familiar y se crea el servicio nacional de aprendizaje", en cuyos artículos 10 a 22 se fijan los requisitos, derechos y deberes de patronos y trabajadores, Cajas de Compensación y exoneraciones, relacionadas con el subsidio familiar. Y posteriormente, la misma Junta dictó el Decreto 249 de 1957, referente a otros aspectos del mismo servicio.

Con el objeto de reglamentar tales Decretos, el Gobierno expidió el Decreto 1521 de julio 24 de 1957, y más tarde, el Decreto 3151 de 1962, en donde se hace una reglamentación más general sobre tal prestación.

Las normas acusadas por el demandante dicen:

"Decreto 1521 de 1957:

"Artículo 9º El derecho al subsidio correspondiente a determinado mes, caduca al vencimiento del mes siguiente.

"Artículo 11. Darán también derecho al subsidio los hijos adoptivos y los entenados o hijastros, mediante la presentación de las pruebas legales.

"Artículo 16. Los documentos que acrediten el derecho a percibir el subsidio deben ser presentados a la respectiva Caja a más tardar dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente a aquél por el cual se verifique el pago, so pena de perderse el derecho a éste en el respectivo mes. Vencido dicho plazo no habrá lugar a reclamar el pago de los subsidios de la mensualidad correspondiente.

"Artículo 20. El subsidio sólo se reconocerá a los trabajadores cuya remuneración total no exceda de mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) por mes, en ciudades de más de cien mil habitantes. En el resto del país se reconocerá a los trabajadores que devenguen hasta mil pesos (\$ 1.000.00) mensuales. Para determinar estos límites sólo se computarán los ingresos que constituyen salario, y no se tendrá en cuenta respecto de agentes viajeros, lo que se les pague por alojamiento y manutención".

"Artículo 23. La terminación o suspensión del contrato de trabajo implica la pérdida o suspensión del subsidio familiar. En los casos de incapacidad para trabajar por enfermedad o accidente, habrá lugar al pago del subsidio hasta por seis meses.

"Decreto 3151 de 1962:

"Artículo 5º El subsidio familiar se reconoce a los siguientes trabajadores:

"a) A quienes devenguen un salario que no exceda a dos mil pesos (\$ 2.000.00) mensuales en las ciudades de más de cien mil habitantes;

"b) A quienes devenguen un salario que no exceda de mil quinientos pesos (\$ 1.500.00) mensuales en los demás casos.

"Cuando la familia del trabajador se encuentre domiciliada en una ciudad de más de cien mil habitantes, el subsidio se reconocerá a los trabajadores que tengan un salario hasta de dos mil pesos (\$ 2.000.00).

"Parágrafo. Para determinar los límites señalados en este artículo se computarán los ingresos que constituyan salario, pero no se incluirán los valores recibidos por concepto de horas extras, trabajo dominical o en días festivos, primas y viáticos, siempre y cuando que tengan el carácter de ocasionales o eventuales.

"Además, se computarán todos los ingresos no exceptuados que perciba el trabajador de una o más personas naturales o jurídicas, por cualquier concepto que implique remuneración por su trabajo.

"Artículo 7º (Inciso 2º). Igualmente el derecho al subsidio familiar se pierde a partir del mes en que el hijo cumpla diez y ocho (18) años, los catorce (14) si no cumpliere los requisitos del artículo 13 del Decreto 1521 de 1957, o empiece a devengar el salario en cuantía superior a la cuota respectiva.

"Artículo 28. La caducidad establecida en el artículo 9º del Decreto 1521 de 1957, sólo es alegable respecto de los subsidios relativos a los meses en que el empleado haya cumplido cabalmente con sus obligaciones".

Al confrontar las disposiciones transcritas, con los Decretos 118 y 249 de 1957, se observa que en éstos no se trata ni de caducidad del derecho al subsidio, ni se extiende a "los hijos adoptivos y los entenados o hijastros"; sino simplemente a "los hijos legítimos o naturales" del trabajador; ni de la remuneración de \$ 1.500.00 por mes, en ciudades de cien mil habitantes, y de \$ 1.000.00 para la del resto del país, aumentadas a \$ 2.000.00 y \$ 1.500.00 por el Decreto 3151 de 1962, ya que tales decretos no establecen limitación alguna en cuanto a remuneración, lo cual está indicando que los artículos 9º, 11 y 20 del Decreto 1521 de 1957 y el artículo 5º del Decreto 3151 de 1962, excedieron la potestad reglamentaria, al referirse a aspectos no contemplados en los decretos que reglamentan, por lo cual debe decretarse su nulidad.

No sucede lo mismo en lo que se refiere al artículo 23 del mismo Decreto, cuando dice que: "La suspensión o terminación del contrato de trabajo implica la pérdida o suspensión del subsidio familiar", pues, resulta claro que, si como lo dice el artículo 10 del Decreto 118 de 1957, que "tendrán derecho al subsidio familiar los trabajadores permanentes de uno y otro sexo que laboren la jornada máxima legal", al suspenderse o terminarse el contrato de trabajo, deja de cumplirse el requisito mencionado, y por consiguiente, pierden el derecho al subsidio, lo cual está demostrando que al expedirse dicha norma, no se produjo violación alguna.

Ni tampoco en cuanto el artículo 16 que señala el término de los diez primeros días del mes siguiente a aquel por el cual se verifique el pago, para presentar la documentación que da derecho al subsidio, porque de lo contrario no podría hacer la liquidación correspondiente en forma oportuna. Tal fijación hace parte de las medidas para hacerlo efectivo, lo que constituye un beneficio para el trabajador a fin de obtener el cumplido recibo del subsidio.

Ni existe violación del inciso 2º del artículo 7º del Decreto 3151 de 1962, al decir que: "el derecho al subsidio familiar se pierde a partir del mes en que

el hijo cumpla diez y ocho (18) años o los catorce (14) sino cumpliere los requisitos del artículo 13 del Decreto 1521 de 1957". En el primer caso, porque el Decreto 118 de 1957 reconoce el subsidio a los hijos de los trabajadores "que dependan económicamente de ellos y sean menores de diez y ocho (18) años", de manera que mal pudo excederse en tal caso, la potestad reglamentaria; y en el segundo, porque el artículo 13 del Decreto 1521 de 1957, se refiere a que "para acreditar la dependencia económica de hijos mayores de catorce (14) años, debe probar que cursan estudios en horas incompatibles con el trabajo diurno, salvo el caso de invalidez comprobada, (sic) para evitar que se cobre el subsidio familiar por hijos que se encuentran trabajando, y por consiguiente, recibiendo remuneración, lo que constituye apenas una prueba de que dependen económicamente del trabajador, para evitar el fraude a la ley. Por lo tanto, tampoco hay lugar a declarar su nulidad.

En cuanto al párrafo del artículo 26 del Decreto 3151 de 1962, al decir que la caducidad establecida en el artículo 9º del Decreto 1521 de 1957, sólo es alegable respecto de los subsidios relativos a los meses en que el empleado haya cumplido cabalmente con sus obligaciones, al declararse la nulidad de dicho artículo, por exceder la potestad reglamentaria, lógicamente también lo es esta norma, que establece cuándo es alegable dicha caducidad.

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

FALLA

1º Declárase la nulidad de los artículos 9º, 11 y 20 del Decreto reglamentario número 1521 de 1957.

2º Declárase la nulidad del artículo 5º del Decreto reglamentario número 3151 de 1962, así como el párrafo del artículo 26 del mismo Decreto.

3º Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ. — Limitaciones. — El inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1743 de 1966, al disponer que ninguna pensión por jubilación o invalidez podrá liquidarse o reajustarse con base en sueldo o salario superior a los de los Ministros del Despacho Ejecutivo, extralimitó la potestad reglamentaria. Sobre decir que las únicas limitaciones impuestas por la Ley 4ª de 1966 en cuanto a liquidación, reajuste y pago de pensiones, dicen relación al Cuerpo Diplomático y al valor mínimo de ellas que no pueden ser inferiores a quinientos pesos.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., mayo diez de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Enrique Acero Pimentel*).

La acusación de nulidad del inciso segundo del artículo 6º del Decreto número 1743 de 1966 reglamentario de la Ley 4ª del mismo año, que el doctor Marco Naranjo López ha hecho como Procurador del doctor Roberto Barbosa Manrique, se fundamentó en que notoriamente quebranta los artículos 4º, 5º y 13 de la ley reglamentada porque restringe en su contenido y alcance jurídico los derechos de los trabajadores públicos en actividad como los de aquellos jubilados o pensionados por invalidez.

El inciso cuya tacha se estudia dispuso que “ninguna pensión por jubilación o por invalidez, podrá liquidarse o reajustarse con base en sueldo o salario superior a los de los Ministros del Despacho Ejecutivo, entendiéndose por tales, el sueldo fijo de nómina con los gastos de representación”.

Por su parte el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966 ordenó que dichas pensiones fueran liquidadas tomando como base el 15% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios. Y en su artículo 5º ordenó aumentar aquellas pensiones reconocidas con anterioridad a su vigencia, por una sola vez, hasta llegar al 75% de la asignación actual.

La providencia que negó la suspensión provisional solicitada expresó que “así las cosas, podría deducirse prima facie que el reglamento, al introducir el tope máximo para la liquidación de la pensión, extralimitó la potestad constitucional del órgano ejecutivo del poder público. Mas en presencia del ordenamiento contenido en el artículo 9º de la Ley 1ª de 1962 que dice: “Ninguna asignación incluyendo ingresos de diversa índole que tengan carácter permanente, de los trabajadores de Corporaciones Regionales o de establecimientos públicos descentralizados y de los funcionarios de la administración pública a excepción del Presidente de la República y del Cuerpo Diplomático, puede ser

superior a la de los Ministros del Despacho Ejecutivo". Surge la muy fundamentada duda de que el inciso no está tocado de nulidad, duda que debe des-
pejarse en el fallo que desate la litis.

Es, pues, esa duda la materia de las siguientes consideraciones para proferir la sentencia. Al respecto opina el señor Fiscal Tercero del Consejo que tanto los artículos 4º y 5º como el 13 de la Ley 4ª de 1966, dejaron sin efecto alguno las previsiones del 9º de la Ley 1ª de 1963. En efecto: cuando tales artículos 4º y 5º dicen que las pensiones de jubilación e invalidez se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio obtenido en el último año de servicio, están desconociendo lo ordenado por el artículo 9º que preceptúa que ninguna asignación, incluyendo ingresos de diversa índole que tengan carácter permanente, etc., puede ser superior a la de los Ministros del Despacho Ejecutivo. Además, el artículo 10 de la Ley 4ª de 1966 manda que "los Embajadores en el Exterior, para los efectos de la liquidación y pago de las pensiones de jubilación e invalidez, tendrán el carácter de Ministros del Despacho, y las pensiones que en la actualidad estén disfrutando quienes fueron jubilados como tales, se les reajustarán conforme a dicha calidad, seis meses después de entrar en vigencia esta Ley".

Evidentemente se ve con toda claridad que por virtud de los ordenamientos 4º y 5º de la citada Ley 4ª, quedó sin efecto alguno lo previsto por el artículo 9º de la Ley 1ª de 1963. Las limitaciones contempladas por este precepto y que no afectaban al Cuerpo Diplomático, quedaron rigiendo en virtud de la Ley 4ª de 1966, de manera única y exclusiva para el mencionado Cuerpo.

Así las cosas, el inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1743, al disponer que ninguna pensión por jubilación o invalidez podrá liquidarse o reajustarse con base en sueldo o salario superior a los de los Ministros del Despacho Ejecutivo, extralimitó la potestad reglamentaria. Sobra decir que las únicas limitaciones impuestas por la Ley 4ª en cuanto a liquidación, reajuste y pago de pensiones, dicen relación al Cuerpo Diplomático y al valor mínimo de ellas que no pueden ser inferiores a quinientos pesos.

Demostrado, pues, el quebrantamiento de normas superiores con que la demanda señaló lo dispuesto por el inciso cuya nulidad fue invocada, debe des-
pacharse favorablemente el pedimento de nulidad en ella contenido.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *declara nulo* el inciso segundo del artículo sexto del Decreto número 1743 de 1966.

Cópiese y notifíquese.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

I. DELEGACION DE FUNCIONES. — Del Presidente de la República a los Ministros. — Del texto del artículo 135 de la Constitución fluyen las siguientes conclusiones en materia de delegación: En los Ministros — como tales — sólo se pueden delegar funciones administrativas; estas funciones deben ser señaladas por la ley. En consecuencia, no se puede hacer una delegación plena de atribuciones presidenciales porque éstas comprenden las atribuciones constitucionales que no son delegables.

II. Si no es posible legalmente delegar en un Ministro todas las atribuciones presidenciales durante la ausencia del Presidente. ¿quién puede hacer sus veces para desempeñar tan delicadas y constantes funciones?

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., mayo quince (15) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

Sesión del día 15 de mayo de 1968.

(Magistrado Ponente: Doctor Jorge de Velasco Alvarez).

En ejercicio de la acción del contencioso popular, el doctor César Castro Perdomo demanda la nulidad del Decreto número 624 del 10 de abril de 1967, “por el cual se señalan las funciones presidenciales que ha de cumplir el Ministro de Justicia durante el viaje al exterior del Presidente de la República”.

Estima el demandante que con el decreto acusado se violaron los artículos 135, 124, 125 y 126 de la Constitución Nacional, por las razones que expone en su libelo de demanda y que la Sala habrá de analizar en su orden. En el punto 6º de los “hechos u omisiones fundamentales de la acción”, el doctor Castro Perdomo sintetiza su pensamiento así:

“A juicio del suscrito, el Decreto demandado es inconstitucional porque delegó la plenitud de las atribuciones presidenciales en el señor Ministro de Justicia no habiendo previsto el legislador esa delegación total, y porque ni aun existiendo esa delegación por ley, sólo hubieran podido delegarse funciones propias del señor Presidente como suprema Autoridad Administrativa, y en el caso debatido se delegaron funciones no delegables constitucionalmente; además, se impidió con el acto sub-judice la vigencia del artículo 124 de la Constitución que prevé el reemplazo del señor Presidente de la República, cuando se produce una falta temporal únicamente por medio de un Designado, o de un Encargado de la Rama Ejecutiva del Poder Público; y finalmente con la expedición del acto demandado

se privó al Encargado de la Rama Ejecutiva, de que pudiera gozar de la misma preeminencia y ejerciera las mismas atribuciones que el Presidente titular".

Considera la Sala que, ante todo, debe pronunciarse sobre la pertinencia de un fallo de fondo a pesar de tratarse de un acto que ya no tiene subsistencia jurídica en cuanto a sus efectos. Sobre el particular, cabe recordar que el Consejo de Estado ha sustentado en diversas ocasiones la tesis de que la desaparición del acto o de la norma en el campo del derecho no lo inhibe para decidir sobre su validez o nulidad, es decir, sobre su consonancia o discrepancia con las normas de superior jerarquía vigentes en el momento de su expedición o consumación. De las varias decisiones sobre el tema, parece suficiente transcribir los siguientes apartes:

"Pero si el fallo no tiene una eficacia práctica, en cambio sienta una doctrina, que por la misma circunstancia aludida resulta singularmente respetable, ya que fija el criterio sobre un punto de Derecho Público, con estricta observancia de sus normas, y abandono total de la cuestión política que sobre el alcance del Decreto se suscitó en la opinión pública en la época de su pronunciamiento.

"El Consejo no acepta la tesis de la inhibitoria por el solo hecho de que el acto se haya consumado, ni considera que puede equipararse tal evento con el caso de que el fallador se halla frente a una disposición derogada, pues en este último caso el Gobierno, al derogar su propio acto, restablece el imperio de las normas superiores, dejando expedito el campo para el restablecimiento del derecho" (Tulio Enrique Tascón, Guillermo Peñaranda Arenas, Gonzalo Gaitán, Gabriel Carreño Mallarino. Sentencia del 12 de marzo de 1943. *Anales del Consejo de Estado*, Tomo LII, Nos. 335-340, Pág. 102-104).

"Si el objetivo concreto de la acción de simple nulidad y de la sentencia que sobre ella recaiga no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión del litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia". (Subraya la Sala. Ponente, doctor Carlos Gustavo Arrieta. Sentencia del 11 de julio de 1962. *Anales del Consejo de Estado*, Tomo LXV, Nos. 399-400, Pág. 231).

Por lo demás, sobre este punto no subsiste discrepancia en el seno de la Sala falladora, pues si bien es cierto que se han presentado dos proyectos discrepantes, cada uno de ellos desecha la solución inhibitoria y entra a resolver, en diverso sentido, la materia jurídica planteada en la demanda.

Así dilucidada esta primera parte de la cuestión debatida, son pertinentes las siguientes apreciaciones:

Dice el artículo 135 de la Constitución, señalado en la demanda como violado, que "Los Ministros y los Jefes de Departamentos Administrativos, como Jefes superiores de la Administración, y los Gobernadores, como Agentes del Gobierno, pueden ejercer, bajo su propia responsabilidad, determinadas funciones de las que corresponden al Presidente de la República, como suprema auto-

ridad administrativa, según lo disponga el Presidente. Las funciones que pueden ser delegadas serán señaladas por la ley. La delegación exime al Presidente de responsabilidad, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar el Presidente, reasumiendo la responsabilidad consiguiente”.

De la anterior disposición fluyen las siguientes conclusiones en materia de delegación:

En los Ministros —como tales— sólo se pueden delegar funciones administrativas.

Estas funciones deben ser señaladas por la ley.

En consecuencia, no se puede hacer una delegación plena de atribuciones presidenciales porque éstas comprenden las atribuciones constitucionales que no son delegables.

La Constitución atribuye al Presidente de la República, en sus artículos 118, 119 y 120, funciones que sólo él puede desempeñar, vr. gr. la de promulgar y sancionar las leyes o la de nombrar y separar Ministros y Gobernadores; y al hacerse como se hizo en el decreto acusado una delegación de todos los poderes presidenciales, ya que sólo se exceptuó lo concerniente a las relaciones diplomáticas y consulares que el Jefe del Estado iba a cumplir en la República del Uruguay, se le dieron al Ministro íntegramente las funciones del Presidente. La Carta fundametal no contiene ninguna norma que le permita al Presidente de la República delegar en sus Ministros todas sus facultades; y en nuestro régimen jurídico no existen las facultades implícitas, tal como lo expresó el honorable Consejero Guillermo González Charry en el salvamento de voto que hubo de hacer a la absolución de la consulta del Consejo de Estado, que lleva fecha 7 de abril de 1967 y que sirvió como parte motiva del decreto acusado. El doctor González Charry añadió que no se podían delegar todas las funciones presidenciales y que el legislador no ha autorizado tal delegación.

Si no es posible legalmente delegar en un ministro todas las atribuciones presidenciales, durante la ausencia del Presidente, ¿quién puede hacer sus veces para desempeñar tan delicadas y constantes funciones?

No es la primera vez que este problema se suscita en el país. En efecto, cuando en el año de 1936 el Presidente, doctor Alfonso López, necesitaba ausentarse temporalmente para viajar al exterior, sin perder su investidura, puesto que también iba a cumplir funciones de Jefe de Estado durante su viaje, sometió el caso en consulta a la Corte Suprema de Justicia y esa alta entidad se pronunció en los siguientes términos:

“3º Al artículo 125 de la Constitución no se le puede dar, ni de acuerdo con la historia constitucional de la República, ni en atención a la letra y al espíritu de ese texto, un alcance tan amplio que autórice para delegar en un ministro del despacho todas las funciones que, por razón de su ausencia del país, no pueda ejercer el Presidente de la República. Ello equivaldría nada menos que a revivir la abolida institución del artículo 2º del Acto legislativo número 5 de 1905, conforme al cual en aquel tiempo se dio al presidente la potestad de designar el Ministro que debiera reemplazarlo en sus faltas temporales.

"4º En un caso como el que se contempla, guarda mayor armonía con nuestros principios republicanos y con las normas de derecho público sobre delegación de funciones, el llamamiento del Designado elegido por el Congreso, que la delegación en un ministro de todas aquellas funciones presidenciales que por su ausencia no puede ejercer el Jefe del Estado, máxime cuando entre estas funciones hay no pocas indelegables.

"5º Tampoco sería lógico admitir que aquellas funciones presidenciales cuyo ejercicio puede ser en determinado momento necesario y urgente y que el excelentísimo señor Presidente, por la imposibilidad material debida a su ausencia del país, no pueda atender, queden sin órgano oficial adecuado para su cumplimiento.

"6º A falta de texto expreso, lo procedente es resolver el punto teniendo en cuenta disposiciones que regulan materias semejantes, y los principios generales de derecho público en que la Constitución se informa.

"7º En ese orden de ideas, el numeral 8º del artículo 120 de la Constitución conforme al cual el Vicepresidente (hoy designado) debe encargarse 'de los otros ramos de la administración', cuando el Presidente ejerza el mando militar fuera de la Capital. Ofrece un criterio de solución; pues del principio allí consagrado se deduce que no hay inconveniente, dentro de las modalidades de nuestro régimen representativo, para que, al mismo tiempo que el Presidente de la República ejerza en el exterior determinadas funciones que le son propias, el Designado se encargue de los demás ramos de la administración.

"8º Dado el carácter de la pluralidad de funciones propias del Presidente de la República, las faltas temporales de que habla el artículo 26 del Acto legislativo número 3 de 1910, tanto pueden ocurrir con relación a todas esas funciones, como a una parte de ellas, sin que en este último evento la falta temporal del presidente tenga que revestir el aspecto jurídico de las licencias ordinarias que se conceden a los funcionarios públicos; y

"9º Como el señor Presidente de la República, en el viaje para que le concedió permiso el Senado, ejercerá importantísimas funciones constitucionales inherentes a su cargo, es claro que al salir del territorio nacional no pierde su investidura presidencial, ni sus prerrogativas y preeminencias, con lo cual se consulta, tanto para el presidente como para el designado, en cuanto a las funciones que éste debe desempeñar en los otros ramos de la administración, el espíritu del artículo 126 de la Carta.

"Fueron estos los motivos principales que sirvieron de base a la Corte para adoptar la siguiente determinación:

"Digase al señor Ministro de Gobierno, en vista del anuncio que ha dado a la Corte sobre el próximo viaje al exterior del excelentísimo señor Presidente de la República, que durante el tiempo en que éste se halle ausente, en ejercicio de las altas funciones constitucionales a que se refieren los permisos que solicitó y obtuvo del Senado, el llamado a encargarse de los otros ramos de la administración es el primer Designado o quien haga sus veces, siendo entendido que el Excelentísimo señor Presidente de la República, al ausentarse del país, no pierde la investidura, ni las preeminencias y prerrogativas que tiene como Jefe del Estado".

(Jurisprudencia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Tomo II, 1963. Néstor Pineda, ex-Magistrado de la C. S. J.).

En aquella ocasión se anunció oficialmente la intención del Jefe del Estado en el sentido de acatar el criterio de la Corte y de encargar, por el tiempo de su ausencia del país, al Designado de entonces, doctor Alberto Pumarejo.

Razones de orden interno, que no es del caso indicar aquí, obligaron a la cancelación del proyectado viaje al exterior del Presidente Titular.

Pero luego, durante su segunda presidencia, el mismo doctor Alfonso López necesitó trasladarse a Venezuela, también en ejercicio de su investidura titular y se acogió al concepto transcrito, por lo que fue encargado transitoriamente del poder ante el Congreso Pleno, el Designado, doctor Carlos Lozano y Lozano, desde el día 8 de octubre de 1942.

No es del caso mencionar la posesión como encargado del mando del Designado, doctor Darío Echandía, el 19 de noviembre de 1943, porque en esa ocasión el Presidente López salió del país en uso de licencia y por razones de orden estrictamente familiar.

Con fecha 22 de julio de 1955 el General Gustavo Rojas Pinilla, solicitó a la Corte, en receso del Senado, permiso para viajar al Ecuador y en esa ocasión dicha entidad, en nota del 23 del mismo mes, se expresó en los siguientes términos:

"Cuando el primer mandatario viaja en visita oficial a otro país se produce mientras tanto el no ejercicio de la Presidencia en el territorio nacional. De consiguiente, el *permiso* contemplado en el artículo 128 de la Constitución es una *licencia sui-generis* que suspende transitoriamente el ejercicio de las funciones presidenciales en el territorio de la República, y queda comprendido dentro de las atribuciones constitucionales y legales que al respecto puede ejercer la Corte Suprema de Justicia en receso del Senado.

"El Presidente de la República, en la visita que proyecta al país hermano, habrá de ejercer funciones constitucionales inherentes a su cargo como supremo director de las relaciones diplomáticas con las demás potencias o soberanos, sin perder su investidura presidencial ni las prerrogativas y preeminencias que tiene como Jefe del Estado". Gaceta Judicial, Tomo LXXX, número 2155, Pág. 624).

En aquella ocasión tomó posesión del mando, ante la propia Corte Plena, el Ministro de Guerra, Brigadier General Gabriel París, debido a la transitoria vigencia del artículo 5º del Acto legislativo número 1 de 1954, y a la especial circunstancia de haber viajado, también con el Jefe del Estado al vecino país, los Ministros de Gobierno, Relaciones Exteriores, Justicia y Hacienda, que en el orden de sucesión precedían al de Guerra. El acta de posesión aparece publicada en la misma Gaceta Judicial citada, páginas 625 y 626.

Cuando hubo de viajar a los Estados Unidos de América, con su investidura oficial y en ejercicio de sus funciones, el Presidente doctor Alberto Lleras Camargo, volvió a encargarse del mando el 2 de abril de 1960, en su carácter de Designado, el doctor Darío Echandía.

Ahora bien, ante la discrepancia de opiniones que este problema ha suscitado, vale la pena hacer resaltar dos consideraciones: la primera, relativa al hecho de que de acuerdo con el ordenamiento institucional colombiano a la Corte Suprema de Justicia corresponde la guarda de nuestra Carta fundamental; la segunda, consistente en que, según el artículo 31, ordinal 2º, del C. J. (Ley 105 de 1931) corresponde a la misma Corte "llamar al funcionario que deba reemplazar al encargado del poder ejecutivo en los casos previstos por la Constitución".

Desde luego, es obvio que la Corte no ejerce la primera de aquellas atribuciones mediante opiniones o conceptos, sino a través de decisiones jurisdiccionales. Mas no puede menospreciarse el hecho de que dicha alta corporación, en las ocasiones que se han recordado, haya expresado un criterio que por aquella circunstancia tiene una alta significación y constituye preciosa guía hacia una cabal interpretación del espíritu de la Carta en un caso como el presente.

Por si esto fuere insuficiente, cabe agregar que a la doctrina de la Corte adhirió el propio Consejo de Estado cuando el Gobierno le consultó la misma cuestión del Designado, con motivo de un proyectado viaje a la República Argentina del entonces Presidente de la República, doctor Guillermo León Valencia:

"Cuando el Congreso elige Designado, dijo entonces la Sala de Consulta, procede a sabiendas de que está proveyendo potencialmente la Presidencia de la República, y en ese entendimiento tiene en cuenta las calidades y condiciones del elegido. En cambio, cuando el Presidente nombra Ministros y Gobernadores atiende particularmente la situación política del momento y busca rodearse de buenos gestores para los distintos frentes de la Administración".

"Para el Designado el ejercicio del mando es misión única y principal, llegado el caso; para un Ministro o un Gobernador es función circunstancial. De ahí por qué el propio artículo 125 que se comenta, y que se repite, es el 124 de la Codificación anterior, y corresponde al 26 del Acto legislativo número 3 de 1910, dé entrada a los Ministros y Gobernadores a la sucesión presidencial sólo 'a falta de Designado'.

Y más adelante se agrega:

"La verdadera función del Designado es la de ejercer el Poder Ejecutivo en defecto del Presidente de la República. Es un suplente del primer mandatario, y el ejercicio de cualquiera otra clase de atribuciones tiene carácter modificable, sin alterar la esencia".

Por eso dice el artículo 124 de la Carta:

"El Congreso elegirá cada dos años un Designado, quien reemplazará al Presidente en caso de falta de éste..."

De manera que por los antecedentes y los conceptos citados puede afirmarse que en el país, al menos desde el año de 1936 hasta el año de 1967, había existido una especie de constante histórica y doctrinal sobre el hecho de que la salida del país de un Presidente, así sea con su investidura y para cumplir en el exterior funciones de Jefe de Estado, crea una falta interna que debe ser

transitoriamente suplida por el Designado o por el Ministro (hoy del mismo partido político) a quien ello corresponda dentro de la precedencia establecida por la ley.

Por lo demás, el propio Gobierno actual, al solicitar la opinión de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, planteó la posibilidad de seguir el mismo sistema, preguntando si el funcionario que ejerciera las funciones distintas a las de Jefe de Estado que iba a cumplir en el extranjero el Presidente de la República adquiriría este último carácter, o si sus atribuciones serían simplemente las de orden administrativo que no pudiera ejercer el titular ausente y si la persona que desempeñara dichas funciones debería tomar posesión del cargo de Presidente de la República para ejercerlas. De manera que aunque en la citada consulta se preguntó también sobre la otra alternativa, no puede desconocerse el hecho de que al indicar como viable el primer procedimiento, el Presidente manifestaba tácitamente, por conducto de su Ministro de Gobierno, la intención de someterse eventualmente a él, como lo hicieron sus antecesores en circunstancias análogas. Mas la forma como fue absuelta la consulta, que esta Sala respeta, pero no comparte, determinó que las cosas ocurrieran del modo que ha dado lugar a la demanda que se falla.

Se ha combatido lo que pudiéramos considerar como interpretación o solución tradicional colombiana, que este fallo prohija y ratifica, con el argumento de que resulta absurdo propiciar una tesis que conduce al insólito fenómeno de dos Presidentes en ejercicio. Este razonamiento fue contemplado y en parte refutado en el ya citado salvamento de voto del Consejero doctor González Charry, en cuanto explica que la asunción de los poderes presidenciales no delegables, mediante posesión del mando, constituye simplemente un caso de cooperación en la función administrativa que si se interpreta por algunos como un extraño hibridismo resulta de la propia Carta y que, por lo demás, nunca ha lesionado hasta ahora los intereses del país.

Juzga la Sala pertinente reiterar que la misma Constitución contempla otro caso de colaboración del Designado al ejercicio de las funciones presidenciales cuando, en el ordinal 8º del artículo 120, preceptúa que si el Presidente titular estima conveniente dirigir operaciones de guerra en su carácter de Jefe de los Ejércitos de la República y ejerce el mando militar fuera de la capital, debe quedar el Designado encargado de los otros ramos de la administración.

No podrían los sostenedores de la pretendida dualidad restarle fuerza al argumento con la excusa de que se trata de un caso excepcional, pues la premisa mayor de su razonamiento estriba en la imposibilidad de que sea consumado el llamado fenómeno de los dos mandatarios.

Se comprende así cómo en la consulta sometida por el actual Gobierno a la Sala de Consulta y Servicio Civil se admitiera expresamente que "La norma constitucional más próxima es la del numeral 8º del artículo 120, según la cual cuando el Presidente de la República ejerce el mando militar fuera de la capital quedará el Designado encargado de los otros ramos de la administración".

La doctora Aydee Anzola Linares, Fiscal Cuarto del Consejo, al rendir su concepto de fondo hizo un juicioso estudio del problema. En su vista transcribe una parte de la consulta que el Consejo absolvió y de la que se viene hablando. Aunque la Fiscalía hace salvedades a la tesis, para la Sala no las tiene porque enmarca el caso discutido dentro de la más rigurosa ortodoxia.

Dijo así el Consejo:

"¿Quién debe reemplazar al Presidente en caso de que, con permiso del Senado, salga del territorio nacional con el propósito de visitar un país amigo? Es sabido que el Jefe del Estado puede faltar temporal o absolutamente cuando ocurre uno de los hechos señalados en el último inciso del artículo 125 de la Constitución, esto es, 'su muerte, su renuncia aceptada, la destitución decretada por sentencia, la incapacidad física permanente, y el abandono del puesto, declarados estos dos últimos por el Senado', norma que, como se dijo al examinar el primer punto de la consulta, se encuentra vigente. Falta temporalmente cuando se retira transitoriamente del cargo, esto es, cuando solicita y obtiene 'licencia temporal para dejar de ejercerlo', según las voces del artículo 123, por motivos a él reservados, ya que la Carta no los reglamenta, y de otra parte el Capítulo V, artículos 291 y siguientes del Código de Régimen Político y Municipal, tampoco los define y se limita a dar a la licencia el carácter de un derecho y a permitir su prórroga 'si concurre justa causa'. En los dos casos el Presidente deja su investidura, pues en tanto permanezca retirado del empleo, ninguna función que a él sea inherente puede desempeñar. Más si no pierde su investidura, como evidentemente no la pierde en el caso llamado a consulta, ¿cuál es la situación que se produce? Simplemente, a mi juicio, una ausencia transitoria del territorio nacional en ejercicio de funciones, que determina una falta física, que no jurídica, para desempeñar algunas de ellas. Punto es éste en que se comparte la tesis de la Corte Suprema de Justicia, expuestas por varios Magistrados de ella bajo la ponencia del doctor Miguel Moreno Jaramillo, y conforme a la cual 'se produce un caso sui-generis de falta temporal', consecuencia obligada del hecho de que el Presidente viaja en calidad de soberano. (Transcripción tomada de la Gaceta Judicial, Tomo XLIII, Pág. 14).

"Los tiempos actuales no permiten dogmatizar acerca de cuáles son las funciones que el Presidente puede desempeñar mientras, con permiso del Senado, se halla en el exterior. Los imperativos actuales, el desarrollo y la transformación de las relaciones internacionales, los modernos fenómenos económicos de cooperación e integración y la práctica desaparición de las distancias, han demostrado que es posible y frecuente que el propio Presidente ejerza en estos casos de modo directo numerosas funciones cuyos resultados se producen tanto en el exterior como en su propio territorio, y al mismo tiempo conserve en todo momento el control de éste, como suprema autoridad política que es dentro de él. De ahí por qué resulte igualmente exagerada la tesis de que cuando viaja el Jefe del Estado en misión de esta índole, no conserve la soberanía inmanente ni la transeunte, y la de que, para que pueda salir y fungir el Designado, debe pedir y obtener licencia para separarse del empleo, y 'recibir del Designado la simple investidura de Agente Diplomático, pues ambas, a una, conducen a hacer desaparecer la representación inmediata y directa que del Gobierno y del Pueblo pertenecen al Jefe del Estado con la majestad e importancia política que ella supone y con las consecuencias que de tenerlas se buscan. Se trata, pues, repito, de una ausencia temporal con carácter oficial, producida con autorización del Senado, y por lo mismo sin incurrir en la responsabilidad señalada por el artículo 128 de la Carta.

"Pero como el comando de la Nación no puede tener solución de continuidad, aun dentro de la situación excepcional que se analiza, la Cons-

titución provee a su ejercicio en lo que transitoriamente el Titular no puede hacer, mediante el Designado, en primer término, es decir, por medio de un funcionario del mismo rango del Presidente. Es esta en mi concepto la razón de que el artículo 126 de la Carta disponga que 'el encargado del Poder Ejecutivo tendrá la misma preeminencia y ejercerá las mismas atribuciones que el Presidente, cuyas veces desempeña'. Es preciso que la Nación, cuando en casos como el consultado ve partir a su máximo representante en función oficial, vea también que no quede desamparada y que a su frente se encuentra un funcionario con plenos poderes para ayudar a conducirla".

Es claro, además, el texto del artículo 124 de la Constitución cuando dice: 'El Congreso elegirá cada dos años un Designado, quien reemplazará al Presidente en caso de falta de éste'. No hay duda alguna que cuando el Presidente se ausente del país hay una falta de aquél, así la ausencia obedezca al cumplimiento de una misión oficial. Es una falta temporal sui-generis como lo dijo la Corte, pero es en definitiva una falta, que debe llenarse —también temporalmente— obedeciendo a lo que estatuye el artículo 124 comentado. Si como lo dice el acto acusado, en aquel momento no había Designado, y el señor Presidente viajaba a Punta del Este (Uruguay) para asistir a una conferencia de Jefes de Estado, debió seguirse el ordenamiento del artículo 125 de la Carta según el cual, 'a falta de Designado(s) entrarán a ejercer el Poder Ejecutivo los Ministros, en el orden que establezca la ley, etc.'. Este orden fue establecido por el artículo 73 del C. de R. P. y M.; y para el caso de que la ausencia del Presidente tenga lugar durante la vigencia de la reforma Plebiscitaria de 1957, conforme al artículo 2º del Acto legislativo número 1 de 1959 la persona que reemplace al Presidente en caso de falta de éste, será de su misma filiación política, lo que da por resultado que debe observarse el orden del C. P. y M., atemperado a la disposición plebiscitaria.

Cuando de acuerdo con el artículo 125 de la Carta es un Ministro quien reemplaza al Presidente, aquél no entra a ejercer como ministro sino como Designado con todas las prerrogativas y derechos de tal.

Volviendo al primer cargo de la demanda y para glosar la parte motiva del decreto acusado, la Sala considera lo siguiente:

Como ya se dijo, el Gobierno consultó nuevamente al Consejo el punto debatido y esta vez la Sala Consultiva se apartó de la tesis expuesta primeramente y su concepto sirvió de basamento al acto acusado. Se observa que éste no invoca ninguna norma de la Constitución sobre delegación de funciones.

Pero esta Sección no comparte aquel concepto que dice: "Si la Constitución autoriza al presidente para representar a la Nación con esta investidura en el extranjero, la solución para el ejercicio en el territorio nacional de ciertas atribuciones presidenciales durante su ausencia, debe encontrarse en la delegación de funciones que autoriza la propia Constitución y no en la posesión de un encargado del Poder Ejecutivo, porque como ya se dijo, no existe falta temporal en el cargo..."

Pues ya se vio, que hay un sinnúmero de atribuciones presidenciales que no son delegables porque la Carta no da margen para ello. Cuáles son esas "ciertas atribuciones presidenciales?" No podrían ser otras que las puramente administrativas y en el mejor de los casos cuando el legislador lo hubiera dispuesto. Pero

como el decreto acusado delegó en un ministro todas las funciones presidenciales, la violación a la Carta es patente.

Continúa el texto de la consulta: "Como el artículo 135 de la Carta faculta al Presidente para delegar sus funciones, cuando con permiso del Senado se traslade a territorio extranjero para ejercer las que le competen como Jefe del Estado..."

Pero el artículo 135 citado no se refiere al caso de que el Presidente se ausente del país, sino a la delegación que de determinadas funciones puede hacer aquél "como suprema autoridad administrativa", dentro del territorio nacional, funciones que, como lo dice expresamente la norma, "serán señaladas por la ley"; tal como aconteció, por ejemplo, con la Ley 202 de 1936 que facultó al Presidente —lo recuerda la Fiscalía— "para delegar las funciones únicamente relacionadas en el articulado de dicha Ley".

Con muy buen criterio, el doctor González Charry ha advertido que "conforme al principio de nuestro derecho público positivo ningún funcionario puede hacer sino aquello que expresamente le esté permitido por la Constitución, la ley o el reglamento. La falta de reglamentación legal no puede ser suplida por un acto de gobierno, sobre todo si es la propia Carta la que entrega al Congreso el Poder exclusivo de tomar determinaciones sobre la materia".

Coincide con la tesis expuesta a lo largo de este fallo el constitucionalista Alvaro Copete Lizarralde quien, al criticar el artículo 120 de la Constitución en su numeral 8º que ordena que el Designado se encargue del Poder cuando el Presidente dirija operaciones militares en tiempo de guerra, dice que "justamente en el caso de guerra es en el que se requiere mayor unidad de mando. El Designado quedaría encargado de unas funciones ejecutivas mermadas... etc. No ocurre lo mismo —agrega— cuando éste (el Presidente) viaja al exterior, pues en este caso el Designado asume la integridad de las funciones presidenciales, inclusive el derecho de delegación pudiendo acreditar o recibir embajadores y plenipotenciarios, celebrar tratados, etc..."

Indica también el que la Constitución no autoriza la delegación de funciones en un ministro, el hecho de que en la reforma que actualmente se discute en las Cámaras, se proponga precisamente dicha delegación. (Acto legislativo Nº 46 de 1966, Art. 38).

La Fiscalía Cuarta del Consejo no encuentra violados por el Decreto acusado los artículos 124 y 125 de la Carta (el primero lo ha encontrado la Sala quebrantado, como se dijo atrás. El segundo es una consecuencia para el caso del 124). Pero la Fiscalía sí halla la violación del artículo 135 "porque —dice— el referido Decreto autorizó la delegación plena de las facultades presidenciales en el señor Ministro de Justicia, con excepción de las que le corresponden al Jefe del Estado como Supremo Director de las relaciones diplomáticas. Y esto es así, como ya se vio, porque no pueden delegarse sino aquellas atribuciones presidenciales señaladas previamente en la ley, y es bien sabido que el legislador no ha ordenado la delegación total de facultades presidenciales".

Ni las podría ordenar el legislador, observa la Sala, porque la Constitución le atribuye al Presidente facultades indelegables como antes se vio. Por eso se persigue, con una reforma constitucional, permitir la delegación que hoy no está permitida.

Finalmente observa la Sala que el Decreto acusado es un acto típico de delegación de funciones en un ministro, porque:

1º La parte motiva habla expresamente de delegar funciones, tomando entre comillas frases en tal sentido de la Consulta del Consejo; y la parte resolutive, que guarda la debida armonía con la motiva, expresa que el ministro ejercerá todas las funciones del Presidente de la República.

2º Porque sólo para delegar funciones se explica la expedición del decreto. Si se hubiera tratado de llamar al funcionario que constitucionalmente debía reemplazar al Presidente en su ausencia, ésto no era función del Gobierno sino de la Corte Suprema de Justicia al tenor de lo dispuesto por el artículo 31 del C. J.

Termina la vista fiscal considerando "que debe accederse a declarar la nulidad del Decreto ejecutivo número 624 de abril 10 de 1967 por haber violado el artículo 135 de la C. N."

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo en parte con la vista fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Es nulo el Decreto ejecutivo número 624 de 10 de abril de 1967, originario del Ministerio de Gobierno, por el cual se delegaron funciones presidenciales al señor Ministro de Justicia, durante el viaje del señor Presidente de la República a la Conferencia de Jefes de Estado a Punta del Este (Uruguay).

Cóplese notifíquese y archívese.

Alfonso Meluk, con salvamento de voto; *Enrique Acero Pimentel*, con salvamento de voto; *Jorge de Velasco Alvarez*, *Alfonso Arango Henao*, *Bias Herrera Anzoátegui*, conjuez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., mayo quince de mil novecientos sesenta y ocho.

Juicio número 942. Actor: César Castro Perdomo.

Nos apartamos con el mayor respeto del anterior fallo y en las siguientes consideraciones dejamos expuestas las razones en las cuales fundamentamos nuestro disenso:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Obtenido por el señor Presidente de la República permiso del Senado para salir del país con ese carácter y con el objeto de asistir a la Conferencia de Presidentes en la ciudad de Punta del Este, el Gobierno, por conducto del Ministro del Ramo, consultó al Consejo de Estado: a) Si la salida al exterior del Presidente exige la presencia de otro funcionario que lo reemplace conforme a la norma de que todo cargo público debe tener un titular o encargado para desempeñarlo; b) El carácter de este funcionario y las atribuciones de que dispone, y c) Si debe tomar posesión. Se lee en el numeral 3º del texto de la consulta lo siguiente: "3º Saliendo del país el Presidente de la República en ese carácter y para una reunión internacional de Jefes de Estado, obviamente no se presentan los eventos de falta temporal o absoluta que prevén los artículos 123 y 125 de la Constitución Nacional". (Subrayas del memorando).

Más adelante la misma consulta expresa: "Como la Constitución no lo prevé expresamente, para el desempeño de las funciones distintas a las de Jefe de Estado, ó sea las de carácter administrativo interno, puede pensarse en la aplicación del numeral 8º del artículo 120, según el cual el Designado o quien haga sus veces queda encargado de los otros ramos de la administración". (Subrayas del memorando).

El Consejo de Estado, por intermedio de su Sala de Consulta, absolvió la elevada por el Gobierno en los términos que resumidamente dicen:

1º Si la ausencia del Presidente en misión oficial al exterior no produce vacancia temporal en el cargo, mal se podría encargar del Poder Ejecutivo al Designado o a quien haga sus veces. Hacerlo, sería despojar al Presidente titular de las funciones que se propone ejercer fuera del territorio. En nuestro sistema la Presidencia es unipersonal y su autoridad puede delegarse pero no compartirse, salvo el caso de guerra cuando ejerza el mando militar.

2º No es aceptable, para llenar el vacío de nuestra legislación, la solución por analogía del artículo 120, ordinal 8º de la Constitución. En esta eventualidad excepcional, es la propia Constitución la que asigna atribuciones a uno y otro funcionario.

3º Ante el silencio de normas positivas la solución debe encontrarse en la propia dinámica de los preceptos constitucionales. En derecho político, el señalamiento de atribuciones y deberes a los órganos y funcionarios del Estado, conlleva lógicamente, a falta de reglamentación legal, la facultad de emplear, dentro de la órbita constitucional, los medios adecuados y necesarios para cumplirlos, siempre que no sean prohibidos y sean coherentes con las normas constitucionales que desarrollan.

4º La solución debe encontrarse en la delegación de funciones que autoriza la propia Constitución y no en la posesión de un encargado del Poder Ejecutivo.

5º Como el artículo 135 de la Carta faculta al Presidente para delegar sus funciones cuando con permiso del Senado se traslade a territorio extranjero para ejercer las que le competen como Jefe de Estado, podrá delegar en uno de sus ministros aquellas que considere necesarias para que atienda en su nombre y durante su ausencia los negocios urgentes de la administración interna. Y,

6º A falta de normas que reglamenten específicamente las funciones delegables, será necesario determinarlas por analogía con las disposiciones vigentes, pero entendidas y aplicadas con amplitud suficiente por tratarse de circunstancias distintas. Un decreto del Presidente con la firma de su Ministro de Gobierno, debe señalar las funciones que ejercerá temporalmente el delegatario. Esta delegación no da al Ministro la investidura de encargado del Poder Ejecutivo.

Recibido por el Gobierno el concepto del Consejo, expidió el Decreto acusado número 624 de 1967 que deja a la Sala la impresión de haberse apartado de las opiniones de aquél. Sus dos últimos considerandos afirman: "Que en la actualidad y a falta de Designado (subrayas del memorando) corresponde al Ministro de Justicia, en primer lugar, la posibilidad de reemplazar al Presidente de la República, conforme al artículo 125 de la Constitución Nacional". "Que el Gobierno debe obrar de acuerdo con lo ordenado por la Constitución Nacional y guiándose por el criterio expuesto por el honorable Consejo de Estado".

DECRETA:

"Artículo primero. El Ministro de Justicia, doctor Darío Echandía, cumplirá en tal carácter las funciones que la Constitución y las leyes atribuyen al Presidente de la República, salvo las de dirección de las relaciones diplomáticas y comerciales que el Jefe del Estado requiera para el cumplimiento de su misión en la Conferencia de Presidentes de Punta del Este y en su visita a la República de Bolivia.

Parágrafo. Las funciones que cumpla el Ministro de Justicia serán aquellas que no pueda ejercer directamente el Presidente de la República, bajo la dirección y por el tiempo de permanencia en el extranjero del Presidente de la República".

PRESUPUESTOS.

Para dirimir la controversia planteada con esta demanda de nulidad debe partirse de los siguientes hechos:

a) En el momento de ser elevada por el Gobierno la consulta al Consejo y de expedirse el Decreto 624 no había Designado a la Presidencia de la Repú-

blica. Así lo afirmó el Gobierno cuando en el penúltimo de los considerandos del Decreto dijo: "Que en la actualidad y a falta de Designado, corresponde al Ministro de Justicia en primer lugar la posibilidad de reemplazar al Presidente de la República conforme al artículo 125 de la Constitución Nacional". Y nada autoriza para contradecir este aserto, que además carece de importancia para dirimir esta controversia;

b) En este caso no se presentaban los eventos de falta temporal o absoluta del Presidente quien no viajaba en uso de licencia sino con permiso del Senado, en ejercicio del cargo y en uso de todas sus prerrogativas y preeminencias;

c) La Sala Consultiva del Consejo indicó que la solución debe encontrarse en la delegación de funciones que autoriza la propia Constitución y no en la posesión de un encargado del Poder Ejecutivo y conceptuó que el Presidente podrá delegar en uno de sus ministros aquellas que considera necesarias para que atienda en su nombre y durante su ausencia los negocios urgentes de la administración interna;

d) El Decreto acusado dispuso que el titular del Ministerio de Justicia cumpliera en tal carácter las funciones que la Constitución y las leyes atribuyen al Presidente salvo las de dirección de las relaciones diplomáticas y comerciales requeridas para el cumplimiento de su misión en la Conferencia de Jefes de Estado y señaló que tales funciones serán aquellas que no pueda ejercer directamente el Presidente;

e) El Decreto cuya nulidad se impetra no habla en ninguna parte con sus propios términos de *delegación*, vocablo no empleado dentro de su texto y en cambio, reproduce en uno de sus considerandos el aparte de la consulta elevada al Consejo de si la salida del Presidente hace necesaria la presencia de otro funcionario *que se ocupe de las demás funciones atribuidas por la Constitución al Presidente* y que por razón de su ausencia no pueda ejercer, y

f) La propia consulta del Gobierno expresó: "Como la Constitución no lo prevé expresamente, para el desempeño de las funciones distintas de las de Jefe de Estado, o sea las de carácter administrativo interno, puede pensarse en la aplicación del numeral 8º del artículo 120, según el cual el Designado o quien haga sus veces queda encargado de los otros ramos de la administración", opinión que fue desoída por la Sala Consultiva del Consejo.

De los presupuestos anteriores fluye sin dificultad que el Gobierno no consultó a esta Corporación sobre el fenómeno jurídico de delegación de funciones, ni en el texto de su Decreto 624, por el cual se señalan las que ha de cumplir el Ministro de Justicia durante el viaje del Presidente, se refirió a él. Lo fundamental de la consulta se encaminó a inquirir si se hace necesaria la presencia de otro funcionario que se ocupe de las demás funciones atribuidas por la Constitución al Presidente y que por razón de su ausencia no puede ejercer. Por ello aparece evidente que el Gobierno desechó la tesis de delegación porque consideró sin duda que por insuficiencia del artículo 135 de la Carta no era dable emplearlo.

Mas es lo cierto que el Consejo, al resolver la consulta, optó por la vía de la delegación, lo que ha ocasionado que la controversia se desvíe hacia un campo en el cual la única conclusión sería la de inconstitucionalidad del Decreto referido.

Debe hacerse hincapié en que la Carta constitucional no regula los efectos del viaje del Presidente al exterior con sus prerrogativas y preeminencias, cosa explicable porque en el año de 1910, época de la aprobación del artículo 128, tal ocurrencia era desconocida. Existe pues, un vacío que el proyecto de reforma constitucional se encamina a resolver.

En nuestro sistema, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Francés, no están expresamente delimitadas las funciones de *Jefe de Estado* y de *Jefe del Gobierno*; sin embargo la Carta colombiana sí las delimita aunque no con precisión. El artículo 120 dice cuáles corresponden al Presidente de la República como *suprema autoridad administrativa*, pese a que en el numeral 20 se intercalan las de Jefe de Estado; y en las normas precedentes (Arts. 118 y 119) se regulan las que le corresponden frente a las otras ramas del poder público. Al viajar en ejercicio de su cargo, el Presidente conserva las de Jefe de Estado y el Designado o el Ministro, en su caso, ejerce las de Jefe del Gobierno, vale decir las de Jefe de la Administración Pública. Y en este evento, no puede hablarse de la existencia de dos presidentes a la vez.

Estas dos calidades —Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa—, ampliamente aceptadas por la teoría constitucional, recaen en el régimen parlamentario en dos personas diferentes. Entre nosotros debe referirse la primera, principalmente, a la conducción de las relaciones internacionales y la segunda a la dirección de los asuntos internos, calidades ambas que en nuestro sistema posee el Presidente de la República.

El Gobierno sugirió al Consejo pensar en la aplicación por analogía del numeral 8º del artículo 120 porque éste es el único texto constitucional que contempla el fenómeno de desdoblamiento de funciones presidenciales, fenómeno que se presenta cuando el Presidente sale al extranjero en ejercicio de su cargo pues necesita llevar consigo la función de dirigir las relaciones internacionales para representar al país y, llegado el caso, comprometer a la Nación en tratados o convenios con otros Estados. En este criterio se informó el Decreto acusado cuando distribuye funciones entre el Presidente que viaja fuera del país y el ministro que, a falta de Designado, debe reemplazarlo en sus funciones internas de administración.

Y el mismo criterio acogió la Corte Suprema cuando a propósito de la ausencia del Presidente López en el año de 1936, dijo ésto que la demanda transcribe:

“6º A falta de texto expreso, lo procedente es resolver el punto teniendo en cuenta disposiciones que regulan materias semejantes, y los principios generales de derecho público en que la Constitución se informa’. 7º En ese orden de ideas el numeral 8º del artículo 120 de la Constitución —conforme al cual el Vicepresidente (hoy Designado) debe encargarse ‘de los otros ramos de la administración’ cuando el Presidente ejerza el mando militar fuera de la capital, ofrece un criterio de solución; pues del principio allí consagrado se deduce que no hay inconveniente, dentro de las modalidades de nuestro régimen representativo, para que, al mismo tiempo que el Presidente de la República ejerza en el exterior determinadas funciones que le son propias, y el Designado se encargue de los demás ramos de la administración”.

Por otra parte y sobre la base de que es necesario que al viajar el Presidente quede algún funcionario en la posibilidad de ejercer algunas funciones presidenciales, se abren dos caminos de interpretación: *el de la delegación y el de la atribución de funciones*.

En cuanto al primero tiénese que la delegación debe ser precisa y legalmente permitida y que hay funciones constitucionales indelegables. La delegación (Art. 135 de la Carta) es facultad condicionada en su ejercicio y extensión a la ley. No puede ejercerse sin ella y lo delegable es lo que ella autorice. Véase si no cómo de la Ley 202 de 1936 aparece que el delegatario no puede expedir decretos reglamentarios, ni nombrar ministros, ni gobernadores, etc., lo que está indicando que además de que sus funciones son muy limitadas, no son en ningún caso suficientes para reemplazar eventualmente al Jefe del Estado.

Conviene agregar que las funciones delegables ya lo han sido casi en su totalidad y en todos los ministros por lo cual el que fuera delegatario al salir el Presidente al exterior se hallaría en las mismas condiciones jurídicas de sus colegas, no tendría la calidad de suprema autoridad administrativa ni haría "Gobierno" (Art. 57) para tomar decisiones indispensables.

Desechada ante su inutilidad jurídica la tesis de la delegación, queda el otro camino interpretativo; *el de la atribución de funciones*. Y ya se han expuesto arriba razones suficientes para conceder prevalencia a esta tesis sobre la otra; razones que no son otras distintas a las de dos calidades del Presidente como Jefe de Estado y como Jefe del Gobierno o suprema autoridad administrativa.

Otra solución, indicada por la Sala de Consulta en su concepto, es la de apelar a la tesis de las facultades implícitas, a la cual también la demanda se refiere, facultades que según, el concepto se encuentran en la propia dinámica de los preceptos constitucionales. Mas para desoír esta tesis, basta acordarse con el salvamento de voto del honorable Consejero, doctor González Charry para quien, con arreglo a nuestro sistema jurídico, no es posible hallar las hipotéticas e inadmisibles facultades implícitas excluidas del espíritu que lo informa. Y agregar que facultades implícitas sin base en la tradición, que es la característica de los regímenes de derecho consuetudinario, el nuestro no lo es, implicaría atropello al derecho escrito inadmisible e insostenible.

Fue opinión del Gobierno de que no se trata de falta temporal o absoluta en el caso por él consultado. Y en el concepto de la Sala Consultiva se afirma enfáticamente que la ausencia del Jefe del Estado en misión oficial al exterior no produce vacante temporal en el cargo y por tanto mal podría encargarse del Poder Ejecutivo el Designado o quien haga sus veces, al punto de que para llenar el vacío constitucional no es aceptable la aplicación por analogía del numeral 8º del artículo 120.

Como ciertamente en ello hay razón, no quedaría solución diferente a la aquí planteada.

Cuando con permiso del Senado —no en uso de licencia temporal— el Presidente viaja fuera del territorio, no deja de ejercer el Poder Ejecutivo, conserva la plenitud de sus atribuciones constitucionales, como que en cualquier embajada colombiana, por el principio de la extraterritorialidad, está en capacidad de dictar decretos, resoluciones o actos propios del gobierno y no puede

ser reemplazado porque no existe lo que la Carta entiende por *falta* y se llegaría a la situación de la existencia simultánea de dos presidentes con "la misma preeminencia" y en ejercicio de "las mismas atribuciones" al tenor del artículo 126.

El Designado es, pues, un suplente del Presidente de la República y como tal lo reemplaza, es decir, ocupa su puesto, luego contraría la misma lógica sostener que el suplente pueda ejercer el cargo al mismo tiempo que el principal.

Cuando la Corte en el numeral 4º del concepto citado por la demanda consideró que guarda mayor armonía con nuestros principios republicanos y con las normas de derecho público sobre delegación de funciones, el llamamiento del Designado elegido por el Congreso que la delegación en un ministro, partió de la base de que el Presidente no pueda ejercer en su ausencia del país todas las funciones del cargo, equivocadamente puesto que continúa con la investidura como es lo cierto y puede ejercerlas cuando quiera o cuando la necesidad lo exija. Claro que hay unas de orden administrativo interno que para mayor comodidad y oportuno despacho pueden atribuirse a un ministro.

Nótese que la Corte se refiere varias veces a falta temporal del Presidente y de ahí el error porque está demostrado que no existe tal falta temporal. Ella hace confusión en sus considerandos 8º y 9º cuando dice que dado el carácter y la pluralidad de funciones propias del Presidente las faltas temporales de que habla el artículo 26 del Acto legislativo Nº 3 de 1910, tanto pueden ocurrir a todas esas funciones como a parte de ellas sin que la falta temporal del Presidente tenga que revestir el aspecto jurídico de las licencias ordinarias que se conceden a los funcionarios públicos. Al respecto debe anotarse que si hay falta temporal hay licencia y no existiéndola no es el caso de concederla.

También la Sala de Negocios Generales del Consejo al absolver la consulta del Presidente Valencia el 26 de mayo de 1966, afirmó que "La verdadera función del Designado es la de ejercer el Poder Ejecutivo *en defecto* del Presidente de la República. Es un suplente del Primer Mandatario, y el ejercicio de cualquiera otra clase de atribuciones tiene carácter modificable sin alterar su esencia". Es verdad tratándose de defecto del Presidente, mas no cuando éste, fuera del país sigue siéndolo. Defectus ausencia de las cualidades que debe tener una cosa. Suplente, supletorio el que suple una falta y para suplir precisa que el principal no actúe por defecto, es decir por falta temporal o absoluta. Así, pues, en esas oportunidades tanto la Corte como el Consejo partieron del supuesto de separación temporal del Mandatario y no de ausencia del país con permiso del Senado y conservando sus atributos y preeminencias.

Otra cosa es que, como lo dijo la Sala de Consulta del Consejo, motivos de conveniencia aconsejen que la autoridad quede representada en el territorio y puedan ser ejercidas por un ministro ciertas facultades presidenciales. Ello puede ocurrir y para el caso, está la solución que aquí se plantea en el sentido de atribuir que no delegar sus funciones.

En el Decreto acusado no hubo, pues, delegación y no habiéndola, no se quebrantaron las disposiciones constitucionales que la demanda puntualiza, ni el Decreto 624 impidió como impropriamente lo afirma el demandante, "el ejercicio presidencial del Designado o del llamado a ejercer aquel cargo para ocupar el lugar y prerrogativa del Primer Magistrado".

Conviene repetir que estando el Presidente fuera del país como tal no existe para él imposibilidad jurídica para el ejercicio de sus funciones porque la misma Constitución prevé el ejercicio de la función presidencial fuera del territorio. El Decreto acusado es en ello lógico cuando dice que las funciones que "cumplirá" el Ministro de Justicia serán aquellas que no pueda ejercer directamente el Presidente bajo su dirección. Es decir que es el Presidente quien las señalará y que no pueden ser otras que aquellas para reglar asuntos urgentes internos de la administración. En caso de que el Presidente señale al ministro una o unas de aquellas indelegables, será ese acto el que pueda tener la tacha de inconstitucional, pero no el Decreto concebido en los términos que se han visto. Para saber cuáles son las funciones que el ministro cumplirá precisa el desarrollo posterior del Decreto que todo lo que hace es prever sobre la materia pero no delegar.

Dejamos en los anteriores términos consignados nuestro salvamento de voto.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

REPARTO DE UTILIDADES ENTRE LOS SOCIOS. —
Renta bruta. — Son nulos los artículos 1º y 2º del Decreto 15 de 1967, reglamentario de la Ley 81 de 1960, por cuanto restringen el alcance del querer del legislador, introducen discriminaciones en el régimen impositivo de los socios contribuyentes y contradicen el texto expreso de la ley.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Juan Hernández Sáenz*).

El doctor Carlos del Castillo Restrepo demandó la nulidad de los artículos 1º y 2º del Decreto 15 de 1967, por considerarlos violatorios del artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional y de los artículos 26 y 47 de la Ley 81 de 1960. Lo primero, porque las disposiciones acusadas rebasan la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Lo segundo, porque las mismas normas adicionan y modifican lo previsto por el artículo 26 de la Ley 81. Y lo tercero, porque dichas normas desconocen y desvirtúan la exención consagrada para ciertos contribuyentes por el artículo 47 de la Ley. Todo ello, según las voces de la demanda.

Tramitado el juicio, el señor Fiscal Segundo de la Corporación estuvo de acuerdo con la solicitud de nulidad formulada contra el artículo 1º del Decreto 15. Pero respecto del artículo 2º, conceptuó que no contraría los preceptos que menciona el libelo y, de consiguiente, no debe prosperar la acusación.

Esta es la materia del juicio que ahora corresponde resolver, previas las consideraciones siguientes:

El artículo 120, ordinal 3º, de la Constitución Nacional, le otorga al Presidente de la República la facultad de reglamentar las leyes mediante decretos, órdenes o resoluciones, con el fin de facilitar su cumplimiento, aclarar su contenido y los alcances de su operancia normativa. Esta atribución del Presidente es un desarrollo en concreto del principio de la colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público, que establece también la Constitución.

Pero aquel principio también limita los alcances de la potestad reglamentaria, pues le impide ir más allá del querer del legislador contenido en el precepto por reglamentar, o restringir de algún modo ese querer, variar sus efectos o sustituir la norma legal, porque en esa hipótesis el reglamento excedería su finalidad institucional: lograr la cumplida ejecución de las leyes, con detrimento, al mismo tiempo, del aludido principio.

Acontece entonces que si el reglamento abandona su finalidad propia, debe prevalecer sobre él la voluntad legislativa, aun en el caso de que sea dictado por claros y urgentes motivos de interés público o de necesidad social, porque entonces quien debe acudir a remediar los males o a regular las situaciones nuevas es el legislador, sin que las iniciativas que al respecto adopte el ejecutivo, así fuesen muy bien intencionadas, puedan tener virtud jurídica suficiente para satisfacer aquel interés público o aquella necesidad social, porque de todos modos ha de privar el artículo 55 de la Constitución, que sintetiza los fundamentos de la organización estatal colombiana.

Conviene ahora confrontar los reglamentos acusados con los textos legales que, según la demanda, fueron desconocidos por ellos:

El artículo 26 de la Ley 81 de 1960 dice textualmente:

"La renta bruta de los socios, por razón de sus utilidades en una compañía, se determina así:

a) La de los socios o accionistas de sociedades anónimas o en comandita por acciones, está constituida por los dividendos que efectivamente reciban o se les abone en cuenta en calidad de exigibles, y

b) La de los socios de sociedades colectivas, en comandita simple, de responsabilidad limitada y ordinarias de minas, está constituida por la proporción que en el respectivo período fiscal les corresponda en la renta líquida gravable de la compañía, de acuerdo con las estipulaciones sobre reparto de utilidades contenidas en los estatutos sociales.

Para distribuir entre los socios la renta líquida gravable de la compañía, deberá deducirse previamente de dicha renta el impuesto liquidado a la sociedad por el mismo año gravable de que se trate.

Parágrafo 1º También es renta para los socios de las compañías a que se refiere el literal b) de este artículo, la participación que les corresponda en las rentas obtenidas en el Exterior por la respectiva sociedad, siempre que el socio tenga el carácter de residente colombiano.

Parágrafo 2º No obstante lo dispuesto en el literal a) de este artículo, cuando una persona natural posea más del 75% de las acciones de una sociedad anónima, se le considerará como dividendo la parte proporcional que le corresponda en la renta líquida gravable de la sociedad, deduciendo de ésta el monto de la reserva legal mínima establecida en la ley, y el valor de los impuestos de renta y especiales, liquidados a la sociedad por el mismo año gravable".

Y el artículo 47 de la misma Ley dice, en lo pertinente para el caso:

"Son rentas exentas del impuesto las siguientes:

1. ... 2. Las participaciones fiscales correspondientes a sociedades colectivas, de responsabilidad limitada, en comandita simple, ordinarias de minas, de hecho y comunidades organizadas, en compañías o comunidades de la misma naturaleza, sin perjuicio de que dichas participaciones se computen dentro del mismo año gravable, al fijar las participacio-

nes fiscales de los socios que sean personas naturales o sociedades anónimas y en comandita por acciones, 3. ..."

A su vez, el artículo 1º del Decreto 15 de 1967 expresa:

"Las utilidades generadas en sociedades colectivas, en comandita simple, de responsabilidad limitada y ordinarias de minas o provenientes de otras sociedades de igual o distinta naturaleza jurídica, a título de participaciones, dividendos o cualquier otra denominación que se les dé, forzosamente se computarán como renta bruta de los socios personas naturales. En consecuencia, cada una de estas sociedades deberá suministrar a las oficinas liquidadoras los datos necesarios para identificar a los socios que sean personas naturales".

Y el artículo 2º del mismo Decreto 15 reza textualmente:

"Para efectos fiscales, los contratos sobre cesiones recíprocas que efectúen o hayan efectuado las sociedades entre sí, o con sus socios accionistas o de éstos entre sí, de acciones, cuotas o partes de interés social, utilidades o participaciones se tendrán en cuenta siempre que con tales actos no se disminuya el monto de las verdaderas participaciones de las personas naturales que las integran".

Al establecer una comparación entre los textos legales y reglamentarios transcritos, resulta lo siguiente:

a) Que mientras el artículo 26, ordinal b), de la Ley 81 acepta el principio de que las estipulaciones contractuales entre particulares son válidas jurídicamente, siempre que no contravengan el orden público ni las buenas costumbres, al atenderse a las disposiciones estatutarias sobre reparto de utilidades entre los socios, el artículo 2º del Decreto 15 no reconoce validez ante las autoridades fiscales a las cesiones de cuotas de interés social o de acciones, de utilidades o participaciones que verifiquen los socios entre sí, las compañías con sus asociados o unas sociedades con otras sociedades, si de tales negocios resulta merma en las participaciones que correspondan a las personas naturales vinculadas como socios a dichas compañías. O sea, que la norma reglamentaria introduce una limitación no contemplada en la ley al reconocimiento pleno del principio de la autonomía de la voluntad en lo que atañe a la distribución de las ganancias entre los socios de una compañía, sean éstos personas naturales o jurídicas.

b) Que mientras el artículo 26 de la Ley les reconoce plena validez fiscal a las normas contenidas en el contrato social sobre reparto de las utilidades entre los socios tratándose de personas naturales o jurídicas porque la ley no establece diferencias, el artículo 1º del Decreto 15 no tiene en cuenta las provisiones estatutarias que en concreto regulen la distribución de los beneficios sociales, para disponer que esos beneficios o utilidades forzosamente deban computarse como renta bruta de los socios personas naturales. Es decir, que por este aspecto el reglamento viene a restringir el alcance del querer del legislador.

c) Que mientras el artículo 26, ordinal b), de la Ley 81 no establece distinción entre personas naturales y morales al referirse a la forma como deben distribuirse las utilidades de una compañía entre sus asociados, el artículo 1º del Decreto sí distingue las dos especies de socios, para disponer que los bene-

ficios de la compañía forzosamente deban computarse como renta bruta de los socios, personas naturales, sin mencionar para nada a los socios que sean personas jurídicas. Lo cual implica que el reglamento introduce discriminaciones en el régimen impositivo de los socios contribuyentes, que no están contempladas en la ley.

d) Que mientras el artículo 47, ordinal 2º, de la Ley 81 declara exentas del impuesto sobre la renta las participaciones fiscales, o sea las que determina el artículo 26 de la misma Ley, que correspondan a las sociedades y comunidades que el mismo ordinal especifica, en las utilidades de otras compañías o comunidades de que forman parte, el artículo 1º del Decreto desconoce tal exención cuando dice, sin distinguir ni aclarar nada sobre el particular, que tales participaciones "forzosamente se computarán como renta bruta de los socios personas naturales" lo cual significa que la norma reglamentaria viene a contradecir un texto expreso de la ley.

De la confrontación que se deja hecha entre los textos legales y reglamentarios a que el juicio se refiere, aparece en claro que estos últimos no se acomodan al querer legislativo expresado en los primeros y, de consiguiente, conforme a lo dicho al principio, habrán de declararse inválidos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal Segundo de la Corporación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Son nulos los artículos 1º y 2º del Decreto 15 de 1967, materia de la presente acusación.

Cóplese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 21 de mayo de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Gustavo Salazar Tapiero, Alvaro Orejuela Gómez.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

RESOLUCIONES MINISTERIALES

PROPIEDAD INDUSTRIAL. — Término para interponer los recursos pertinentes. — El Decreto 2733 de 1959, debe aplicarse a los asuntos relativos a la propiedad industrial en armonía con el 209 de 1957, por ser éste de carácter especial. De allí que para terceros que no hayan intervenido en la actuación, los recursos en las gestiones marcarias tengan que ejercitarse, a falta de notificación personal, dentro de los 15 días contados desde la fecha de la publicación en la Gaceta de la Propiedad Industrial. Si así no se hace, la respectiva providencia quedará ejecutoriada.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, enero treinta de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao).

En escrito presentado el 12 de diciembre de 1963 ante la Secretaría de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la sociedad estadounidense Maiden Form Inc., por medio de apoderado, demandó la suspensión provisional y la nulidad de una resolución dictada por el Ministerio de Fomento el 9 de agosto del año de la demanda, y por medio de la cual se admitió el recurso de reposición que los señores Jaime David y Miguel Dreszer interpusieron contra la Resolución 395 del 27 de abril de 1962 por la que el Ministerio de Fomento declaró la nulidad de los registros 33889 y 35268 referentes a la marca y rótulo comerciales Maiden Form.

En los hechos de la demanda narra el apoderado de la actora todos los antecedentes que motivaron la acción. Ellos pueden resumirse así:

La sociedad actora por haber usado con antelación a otras personas las palabras Maidem Form como marca de fábrica, es la dueña exclusiva de esa marca que registró de acuerdo con las normas legales. La propiedad industrial fue solicitada para amparar "sostenes, cinturones, fajas, fajas con ligas, corsés y corsetería en general", de conformidad con la petición de 22 de mayo de 1934, y se adquirió con sujeción al artículo 48 de la Ley 31 de 1925, por lo cual se produjo el certificado 9295 de 11 de agosto de 1934. Esta marca ya había sido adquirida en propiedad por la compañía actora el 9 de noviembre de 1937, bajo el número 351873, en los Estados Unidos de Norte América.

La firma demandante adoptó en 1923, época en la cual se constituyó la sociedad, la razón social de "Maiden Form Brassiere Company Inc." para el objeto social determinado en los estatutos que en su parte pertinente transcribe la demanda. El 16 de febrero de 1954 los señores Dreszer solicitaron el registro de la marca Maidenform para distinguir todos los artículos comprendidos en la clase 16 del Decreto 1707 de 1931, pero el Ministerio informó a los peticionarios que la marca Maiden Form estaba registrada bajo el número 9295

en favor de la firma Maiden Form Brassiere Company Inc., para distinguir artículos de la clase 16 del mismo Decreto 1707, por lo cual Jaime David y Miguel Dreszer solicitaron el registro de la misma marca Maidenform para la clase 15, la que les fue concedida bajo el número 33889 el 15 de julio de 1954, para distinguir "telas y tejidos en general, tejidos de punto, mantelería y lenjería; tales como medias, blusas, ropa interior, con excepción de fajas".

Posteriormente los mismos señores Dreszer, el 6 de agosto de 1954, solicitaron el registro del rótulo comercial Maidenform, para distinguir almacenes, fábricas, talleres, salones de exhibición de telas y tejidos en general y demás mercaderías de las relacionadas en la clase 14 del Decreto 1707. En 1959, el 13 de julio, la sociedad actora dentro del presente negocio, solicitó del Ministerio de Fomento la cancelación de la marca de fábrica y del rótulo comercial expedidos a favor de los señores Dreszer, a lo cual accedió el Ministerio por medio de la Resolución de 27 de abril de 1962 que se notificó por edicto desfilado el 14 de mayo del mismo año, sin que durante el período de la notificación se hubiera presentado recurso alguno, lo que indica que ella quedó ejecutoriada.

El 28 de junio de 1962 el señor Miguel Dreszer pidió la revocatoria de la Resolución de 27 de abril, amparado en el artículo 45 de la Constitución Nacional, pero recibió la negativa de parte del Ministerio, entidad que resolvió no reponer su resolución anterior, esto es, la de 27 de abril. Esa negativa está contenida en la Resolución de 26 de julio de 1962, la cual se notificó por edicto que se desfiló el 3 de agosto de 1962. Con ella quedó agotada la vía gubernativa, abriendo paso a la acción contencioso administrativa que prescribió el 3 de diciembre de 1962.

El 17 de julio de 1962 el señor Miguel Dreszer y el 23 de los mismos don Jaime David Dreszer, confirieron sendos poderes a diferentes abogados para que hicieran valer ante el Ministerio de Fomento los derechos de los otorgantes en relación con los registros de propiedad industrial números 33889 y 35268. Dentro de los cinco días siguientes a la presentación de los poderes, tampoco hicieron uso los señores apoderados de ningún recurso contra la Resolución de 27 de abril en cita y sólo el 27 de agosto de 1962 los señores Dreszer, por medio de sus apoderados, formularon solicitudes de reposición de la Resolución de 27 de abril.

Por resolución de 9 de agosto de 1963, el Ministerio de Fomento revocó la resolución de 27 de abril de 1962, declarando que la vía gubernativa quedaba agotada. Y como el señor apoderado de Maiden Form Inc., considera que esta última resolución es violatoria de la ley, que tiene personería suficiente y que la vía gubernativa está agotada, demanda, en tiempo oportuno, la suspensión provisional y la nulidad de la resolución de 9 de agosto de 1963, y el restablecimiento del derecho para la actora que hace consistir en que se dé a Maiden Form Inc., "el derecho de exclusividad del uso de la marca de fábrica y del nombre comercial *Maiden Form*, derecho violado por la Resolución del Ministerio de Fomento dada el 8 (s/c) de agosto de 1963", y en la declaración de que la Resolución de 27 de abril de 1962 "está en firme y ejecutoriada".

Exponiendo detalladamente el concepto sobre la violación, considera el autor de la demanda que la resolución acusada infringe normas de carácter superior, tales como los artículos 12, 14 y 18 inciso 1º del Decreto 2733 de 1959; 321 del C. J.; 32, inciso 2º, primera parte, 35, inciso 1º, 43, 44 y 45 de la Ley 31

de 1925; 3º de la Ley 94 de 1931; 3º, inciso 1º y numerales 1º y 6º de la Ley 59 de 1936; artículos 14, 15 y 19 de la Convención marcaria de 1929.

Admitida la demanda, la suspensión provisional fue negada en providencia de 12 de febrero de 1964, porque según el sustanciador no se había acreditado, siquiera sumariamente, la prueba del perjuicio recibido por la parte actora con el acto impugnado. Después de haberse corregido la demanda dentro del plazo legal fijado para ello, y luego de surtirse la tramitación de unos recursos interpuestos por la sociedad demandante, el Consejero sustanciador, el 31 de octubre de 1964, decretó la suspensión provisional de la resolución acusada, teniendo en cuenta que la resolución de 27 de abril de 1962 estaba "debidamente ejecutoriada" en el momento en que se ejercitó el recurso de reposición interpuesto por los apoderados de los señores Dreszer.

Habiéndose constituido en parte impugnadora los señores Jaime David y Miguel Dreszer, por medio de apoderado, recurrieron en súplica de esta última determinación, pues, según el escrito sustentatorio del recurso, su aspiración era la revocatoria de la suspensión provisional decretada. Mas la Sala de Decisión no pudo complacer a los recurrentes, pues, encontró legal la determinación tomada en providencia de 31 de octubre de 1964, y por lo mismo, en auto de 18 de marzo de 1965, le impartió total confirmatoria.

Más adelante, el apoderado de la actora, doctor Germán Cavellier, viene a solicitar la suspensión de la Resolución 511 de 11 de mayo de 1965, dictada por el Ministerio de Fomento, porque ella es esencialmente igual a la de 9 de agosto de 1963 del mismo Ministerio, suspendida provisionalmente por el Consejo de Estado. La Sala Unitaria despachó favorablemente la petición del doctor Cavellier, apoyada en los artículos 99 y 100 del C. C. A., lo cual realizó en auto de 19 de junio de 1965.

Aun así, y contrariando abiertamente las determinaciones del Consejo de Estado, el Ministerio de Fomento, en Resolución de 14 de junio de 1965, dijo que no es ilegal la Resolución 511 de mayo 11 del mismo año, lo que obligó al señor apoderado de Maiden Form Inc. a formular nueva demanda ante el Consejo de Estado en la cual solicita como petición principal "que por sentencia se declare la nulidad por ilegalidad de la Resolución dada por el Ministerio de Fomento el 11 de mayo de 1965, por ser ella violatoria del artículo 99 de la Ley 167 de 1941", y como peticiones subsidiarias formuló, en su orden, la nulidad de la misma resolución por ser violatoria de la Constitución Nacional en su artículo 30, inciso 1º; por ser violatoria de los artículos 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959, y, por violar la Ley 31 de 1925, artículo 32 (inciso 2º, primera parte), 35 (inciso 1º), 43, 44 y 45 de la Ley 94 de 1931; artículo 3º de la Ley 59 de 1936, y artículos 3º (inciso 1º y numerales 1º y 6º), 14, 15, 16 y 19 de la Convención Internacional firmada en Washington en 1929. Esta nueva demanda que es de plena jurisdicción, dice en su parte petitoria, que como consecuencia de la nulidad solicitada, "se restablezca a mi poderdante en el derecho de exclusividad del uso de la marca de fábrica y nombre comercial *Maiden Form*, derecho violado por la resolución del Ministerio de Fomento de 11 de mayo de 1965", y además que se "declare que la Resolución del Ministerio de Fomento de 27 de abril de 1962 está en firme y ejecutoriada; y que, a consecuencia de la nulidad decretada, se mantenga la suspensión de la Resolución acusada y que fue decretada provisionalmente por el honorable Consejo de Estado por auto de 19 de junio de 1965".

Esta demanda que acaba de relacionarse, fue radicada en el Consejo bajo el número 19, mientras que la anteriormente detallada, cursó bajo el número 177. A solicitud del apoderado de la parte actora, la Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo, en providencia de 25 de abril de 1966 dispuso que la Sección Primera enviara a la Segunda el expediente número 19, y el 24 de agosto de 1966, se decretó la acumulación de los dos juicios, —el 177 y el 19—, por lo cual hoy figuran bajo la radicación 860 que entra el Consejo a definir por medio de esta providencia, teniendo en cuenta que el señor Fiscal Segundo “acoge en todas sus partes el importante estudio de la Corporación verificado en el auto de suspensión provisional referido para solicitar que se anulen las Resoluciones de 9 de agosto de 1963 y de 11 de mayo de 1965”.

Comparte la Sala los planteamientos hechos en el auto de 31 de octubre de 1964, cuando analizó el problema en estudio, los cuales llevaron al sustanciador a concluir que la suspensión provisional debía decretarse, por haberse ejercitado los recursos contra la providencia de 27 de abril de 1962, después de su ejecutoria.

Cuando la Sala de Decisión estudió la súplica interpuesta contra el auto que decretó la suspensión provisional, analizó exhaustivamente el problema en términos que acoge esta Sección, como fundamento del presente fallo. En esa providencia de 18 de marzo se dijo:

“En los artículos 74 y siguientes de la Ley 167 de 1941 se reglamentaba el ‘procedimiento gubernativo’ y el sistema de las notificaciones administrativas. Tales ordenamientos se aplicaban a los negocios en que hubiesen intervenido o quedasen obligados los particulares, inclusive a los relacionados con el derecho marcarlo. Dentro del aludido régimen procesal, en el caso de que no se pudiera hacer la notificación personal de una providencia, era preciso fijar, para los mismos efectos, un edicto en el respectivo despacho. Pero si se trataba de una decisión del Gobierno o de un ministro, el edicto, una vez desfijado, tenía que publicarse en el Diario Oficial y empezaba a correr el término de los treinta días señalados para la interposición de los correspondientes recursos desde la fecha de la inserción en ese periódico.

Se expidió, posteriormente, el Decreto extraordinario 209 de 1957, por medio del cual, como reza su título, se dictaron ‘algunas medidas sobre propiedad industrial’. El nuevo ordenamiento se apoyó, entre otros considerandos, en los siguientes: Que las modalidades de las marcas y de las patentes ‘requieren pronto conocimiento de los interesados mediante su publicación oportuna, y para los efectos legales; Que el incremento industrial y comercial que el país ha alcanzado en los últimos tiempos justifica la creación de un órgano especializado que sirva para divulgar sus avances en acuerdo con las disposiciones legales que exigen su publicidad; Que la mayoría de los países extranjeros disponen de un órgano de publicidad dependiente de las respectivas oficinas de Propiedad Industrial con los cuales es necesario establecer canjes de conformidad con convenios internacionales vigentes’ (Subraya la Sala). Y para alcanzar aquellas finalidades concretas y singularísimas, en el artículo 1º del Decreto se creó como ‘órgano especializado’, oficial y dependiente de la respectiva División del Ministerio de Fomento, la Gaceta de la Propiedad Industrial, destinada a la publicación de las solicitudes de privilegio de invención y de registros marcarlos; de los títulos y certificados

y de las resoluciones administrativas relacionadas con tales materias; de los extractos de sentencias y de los fallos jurisdiccionales vinculados a los mismos asuntos; de los edictos que se fijan para la notificación de decisiones ministeriales relativas a aquellos negocios; y de los demás documentos que la División considere conveniente publicar. En desarrollo de los propósitos enunciados en los considerandos y para que toda la reglamentación consagrada en el nuevo estatuto surtiera la plenitud de sus consecuencias jurídicas, en el artículo 3º se dijo: 'Para los efectos de los términos legales se tendrá como fecha inicial la publicación única en el correspondiente número de la Gaceta'.

Así, pues, son especialísimos los motivos determinantes de la expedición del decreto, como especialísimas son las finalidades que persigue, la materia regulada, las características del órgano de publicidad que se crea, las actividades de la sección que lo dirige, el material que debe insertarse en él y las proyecciones jurídicas de aquellas publicaciones. Aparece definido y claro, en todos los aspectos del decreto, el mismo criterio de especialidad, y descartado, en idéntica medida, el concepto de generalidad, ya que todo gira en torno a los negocios de propiedad industrial y a los efectos que en ese campo preciso puedan generar las inserciones en la Gaceta.

Por otra parte, el Gobierno dictó el Decreto 2733 de 1959, 'por el cual se reglamenta el derecho de petición y se dictan normas sobre procedimientos administrativos'. Como se desprende del encabezamiento transcrito y de las disposiciones contenidas en el estatuto, el sistema procesal establecido se caracteriza por su generalidad. Y con ese mismo criterio, en su capítulo segundo consagra modificaciones a los artículos 74 y siguientes de la Ley 167 de 1941, recorta términos y dispone que a falta de la notificación personal de providencias atinentes a terceros que no hubiesen intervenido en la actuación, se hagan las correspondientes publicaciones en el Diario Oficial.

De los razonamientos anteriores se infiere que el Decreto 209 de 1957 es especial, que el 2733 de 1959 es general, y que las materias tratadas en uno y otro, aunque tengan ciertos puntos de relación, son distintas y susceptibles de reglamentaciones independientes.

'Lex posterior generalis non derogat priori speciali' y 'legi speciali per generali non derogatur', son aforismos antiquísimos que enuncian el principio universal de derecho de que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior y que complementan la conocida regla de prevalencia. De allí que la doctrina contenida en aquellas fórmulas jurídicas se pueda sintetizar así: La ley posterior deroga la ley anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general, subsiste en cuanto se refiere a la materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera, o que entre ellas exista incompatibilidad.

Aquellos principios aparecen desarrollados en nuestro derecho positivo. Dicen los artículos 71 y 72 del Código Civil que hay derogación tácita 'cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior y que la derogación tácita deja vigente en las leyes

anteriores, *aunque versen sobre la misma materia*, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley'. Ello significa que si las normas pueden conciliarse y, por lo tanto, no pugnan en razón de la especialidad de unas y de la generalidad de otras o por ocuparse de materias distintas, no se opera la derogación tácita.

Con idéntico criterio, los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887 establecen el principio de la prevalencia de la ley posterior, pero lo limitan en sus alcances al expresar que hay insubsistencia de una disposición: 1º Por 'declaración expresa del legislador'; 2º Por 'incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores', que no por aparente incompatibilidad con disposiciones generales posteriores. Y es apenas lógico que así sea, porque ordinariamente no hay oposición entre normas anteriores que se expiden en consideración a las modalidades singularísimas de una materia específica, y las que se dictan posteriormente en razón de condiciones generales que no correspondan a las características peculiares y requerimientos particulares del asunto regulado en aquéllas. Para estos casos, la insubsistencia de los ordenamientos especiales anteriores sólo procede en virtud de mandato expreso del legislador o en el evento, de rara ocurrencia, en que haya verdadera incompatibilidad; y, 3º Por 'existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería'. Ello implica que si las materias son diferentes y si el nuevo estatuto no reglamenta, de manera específica, los puntos concretos de que se ocupaban los anteriores preceptos, subsistirán éstos últimos.

El negocio que se estudia no encaja en la primera hipótesis, porque el Decreto 2733 se limita a declarar que deroga, de manera abstracta, las disposiciones que le sean contrarias, pero no se refiere expresamente al 209 ni a ninguna de las normas que contiene; tampoco se ajusta a la segunda, porque en el caso analizado, a diferencia de lo que ocurre con el supuesto de la ley, el mandamiento posterior es el general, que no el especial, y porque no existe incompatibilidad alguna entre los dos estatutos, como lo indica claramente el hecho de no haberse presentado ningún conflicto en seis años de coexistencia y de continua aplicación de ambos. Y no pueden presentarse, precisamente por la especialidad del uno y la generalidad del otro; y menos encuadra en la tercera hipótesis, porque la ley nueva no se ocupa, ni total ni parcialmente, de regular la materia concreta de la propiedad industrial, ni el sistema de publicación de los negocios marcarios, sino que contiene disposiciones que, relacionadas con las del Decreto 209, permiten la aplicación de aquéllas en armonía con las de éste. Cosa distinta ocurriría si el estatuto del 59 hubiese reglamentado íntegramente el sistema de las notificaciones y publicaciones atañedoras a la propiedad industrial.

El negocio en análisis, en cambio, sí se ajusta a la doctrina contenida en los aforismos transcritos y en los artículos 71 y 72 del Código Civil y 5º de la Ley 57 de 1887, porque los decretos estudiados no sólo pueden conciliarse sino que se han conciliado en seis años de coexistencia, porque versan sobre materias diferentes y sus ordenamientos no se oponen, y porque el uno es especial y el otro es general. No ha habido, pues, derogatoria ni expresa ni tácita y el estatuto del 59 debe aplicarse a los asuntos relativos a la propiedad industrial en armonía con el del 57. De allí que para terceros que no hayan intervenido en la actuación, los recursos, en las gestiones marcarias, tengan que ejercitarse, a falta de

notificación personal, dentro de los quince días contados desde la fecha de la publicación en la Gaceta. Si así no se hace, la respectiva providencia quedará ejecutoriada.

Ciertamente que las disposiciones procesales deben interpretarse y aplicarse con el criterio de que el fin de ellas es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, como lo expresa el artículo 472 del Código Judicial, pero también es evidente que la norma en cita, aunque se le entienda con el ánimo más generoso y benévolo, no autoriza al juzgador para modificar los términos legales, para alterar las consecuencias jurídicas de una decisión ejecutoriada, y para estatuir en materias de procedimiento. La ley ofrece a los interesados todas las oportunidades necesarias para hacer valer sus derechos, pero si ellos no quieren ejercitar los recursos y las acciones en los plazos fijados previamente, el juez no puede, de manera oficiosa, sustituir la voluntad de las partes. A tanto no faculta el artículo 472. Si la Resolución 395 de 27 de abril de 1962 no fue oportunamente recurrida en reposición y, en consecuencia, se le dejó ejecutoriar, y si contra ella no se ha dirigido acusación alguna ante esta Corporación, la Sala no puede pronunciarse sobre su mérito jurídico de fondo ni desconocer el hecho de que ese acto administrativo causó estado.

La Resolución 395 fue suficientemente conocida de los dos opositores desde el 17 de julio de 1962, como se desprende, sin lugar a dudas, de los escritos y notificaciones visibles a folios 58 y siguientes y de toda la actuación administrativa posterior. Ello significa que desde la fecha últimamente citada, por lo menos hasta el 25 de agosto del mismo año, los señores Dreszer tuvieron ocasión para plantear ante el Ministerio de Fomento el problema de fondo mediante el ejercicio del recurso de reposición. Significa, además, que ellos podían, una vez vencido ese término o antes y sin acudir a gestión alguna ante la administración (Art. 15 del Decreto 2733), demandar aquella Resolución ante el Consejo de Estado por la vía del contencioso de plena jurisdicción. Pero no obstante que la ley les ofrecía esas oportunidades procesales, los opositores no hicieron gestión alguna en ese sentido e imposibilitaron a la Sala para estudiar la totalidad de sus planteamientos.

Ciertamente que la acusación formulada por la sociedad actora contra la Resolución de 9 de agosto de 1963 habría dado lugar a la revisión de la de 27 de abril de 1962, si esta última no hubiese causado estado o si hubiese sido igualmente enjuiciada, pero como tales condiciones no se cumplen, la Sala no puede saltar por encima de tantas disposiciones legales que le impiden el acceso al fondo de la materia. Proceder en forma distinta sería tanto como violar ostensiblemente y a sabiendas claros mandatos procesales, incurrir exactamente en la misma falta cometida por el Ministerio y que dio ocasión a la suspensión provisional, desconocer el hecho de la ejecutoria, y revisar decisiones administrativas que nadie ha sometido a enjuiciamiento. Si esta es una jurisdicción rogada, que no oficiosa, si los opositores no han querido accionar contra la Resolución 395, y si los planteamientos de fondo que se hacen en el libelo van dirigidos contra el acto acusado y no contra decisión, el Consejo de Estado carece de poderes jurídicos para pronunciarse sobre el valor legal de la providencia de 27 de abril de 1962.

El ejemplar de la Gaceta en que aparece la parte decisoria de la Resolución de 27 de abril de 1962, está fechado el 8 de agosto de ese mismo año, y la ley ordena expresamente que desde ese día, que no desde otro

distinto, se cuente el término para utilizar los recursos. Que la circulación hubiese comenzado en la mañana o en la tarde, es circunstancia que las disposiciones legales no han tomado en consideración y que el juez tampoco puede tener en cuenta. El ordenamiento legal es claro y la Sala no puede apartarse de sus enunciados. Menos valedero es el argumento, apenas insinuado, de que la violación de las normas procesales no da lugar a una declaración de nulidad o a un mandato de suspensión provisional, porque los artículos 62 y siguientes del Código Contencioso Administrativo no hacen distingos de esa naturaleza. Así lo ha entendido constantemente la jurisprudencia del Consejo de Estado y de los Tribunales.

Las pruebas acompañadas a la demanda y a la corrección demuestran plenamente: 1º Que la parte decisoria de la Resolución 395 de 27 de abril de 1962 fue publicada en el número de la Gaceta de la Propiedad Industrial correspondiente al 8 de agosto del año citado, en la página 171, que por lo tanto, desde esa fecha, inclusive, empezó a correr el término de los quince días útiles fijados por la ley para solicitar su reposición. 2º Que el plazo indicado venció el 25 de los mismos mes y año, por haberse interpuesto únicamente tres días inhábiles (el domingo 12, el miércoles 15 y el domingo 19), como se acredita con el certificado del Jefe de la División de Propiedad Industrial del Ministerio de Fomento (Fl. 304) y con la hoja calendaria acompañada por los opositores (Fls. 319). 3º Que los escritos de reposición se recibieron en el Ministerio de Fomento el 27 de agosto de 1962 (Fls. 74 a 80), y 4º Que para esta última fecha estaba ejecutoriada la resolución que se pretendía recurrir y que, por consiguiente, ya el Ministerio no podía resolver sobre la reposición extemporáneamente interpuesta".

Versando sobre el mismo problema planteado la Resolución 511 de 11 de mayo de 1965 del Ministerio de Fomento, cuya demanda se acumuló a la anterior, y siendo idénticas las razones que motivaron la acusación a las ya expuestas, es procedente la declaratoria de nulidad.

Son suficientes las consideraciones anteriores para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, previamente oído el concepto del señor Fiscal Segundo de la Corporación y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLE

Primero. Son nulas las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Fomento el 9 de agosto de 1963 y el 11 de mayo de 1965, distinguida esta última con el número 511.

Segundo. Restablécese a la sociedad extranjera Maidenform Inc. antiguamente Maidem Form Brassiere Company Inc., en el derecho de exclusividad del uso de la marca de fábrica y del nombre comerciales *Maiden Form*, por haber sido extemporáneos los recursos que dentro de la vía gubernativa se interpusieron contra la Resolución del Ministerio de Fomento número 395 de 27 de abril de 1962, la cual por lo mismo quedó en firme y surtió legal ejecutoria.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Álvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

SUBSIDIO FAMILIAR. — De oficiales y suboficiales de la Policía, pensionados por invalidez. — **La ley no dice en parte alguna, que a los suboficiales de la Policía Nacional, pensionados por invalidez, se les aplique, respecto del subsidio familiar, las disposiciones referentes a los suboficiales "en retiro".** Todo lo contrario: la ley especifica claramente que a los pensionados por invalidez se les aplica, en general, las normas correspondientes a los que están en servicio activo. De modo que es apenas lógico concluir que respecto de esta prestación deban aplicárseles estas mismas disposiciones.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.
Bogotá, D. E., seis de mayo de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Andrés Holguín*).

En sentencia dictada el doce (12) de mayo de 1967, el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda que, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, instauró ante esa Corporación el señor José Eurípides Martínez Rincón.

El apoderado del demandante, doctor Carlos A. Vargas Cuéllar, apeló del fallo de primera instancia, motivo por el cual el negocio llegó oportunamente al Consejo de Estado, en el cual el recurso ha tenido el trámite de rigor.

El señor Fiscal Segundo de la Corporación, doctor Osvaldo Abello Noguera, al emitir concepto de fondo con fecha 22 de noviembre de 1967, estimó que el Consejo debe confirmar el fallo recurrido. Por su parte, el apoderado del actor ha alegado también ante el Consejo. En auto de 6 de diciembre de 1967, se citó a las partes para sentencia. Ha llegado, pues, la oportunidad de que la Sala resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del honorable Tribunal y, no hallando causal de nulidad, procede a hacerlo con base en las siguientes consideraciones:

El demandante fue dado de baja, en la Policía Nacional, cuando tenía el grado de Sargento 2º con fecha 1º de enero de 1963, a solicitud del Departamento de Sanidad, en razón de la ceguera que le sobrevino. La Dirección General de la Policía Nacional reconoció al actor una pensión mensual por invalidez equivalente al sueldo que en todo tiempo devengue un Sargento 2º de la Policía en actividad, pensión que empezó a hacerse efectiva el 14 de enero de 1963, fecha del retiro de la institución.

La parte demandante ha sostenido que el carácter oscilatorio de la pensión reconocida al señor Martínez Rincón hace referencia tanto a los aumentos de la pensión misma como a los eventuales aumentos o disminuciones del subsidio familiar, derivados de hechos como el matrimonio, nacimiento de hijos, etc.

Y que, como el demandante contrajo matrimonio y tuvo un hijo con posterioridad a su retiro de la Policía, tiene derecho al subsidio familiar.

En su oportunidad, el demandante solicitó a la Policía Nacional que le reconociera el derecho a gozar de tal subsidio. La Dirección General de la institución negó su solicitud en Resolución número 3082 de junio de 1965. Apelada esta providencia, el Ministerio de Defensa Nacional en Resolución número 6421 de 8 de septiembre de 1965, la revocó y, en su lugar, reconoció al demandante el subsidio familiar, pero no en el porcentaje solicitado, o sea en un 35% sino sólo en un 8% del valor del sueldo. El Ministerio aplicó así el Decreto 325 de 1959, la Ley 126 de 1959 y el Decreto 326 del mismo año.

No conforme con tal decisión, el señor Martínez Rincón promovió el presente juicio tendiente a obtener que se declaren nulas las dos referidas resoluciones y que se le restablezca en su derecho, reconociéndole el que tiene a disfrutar del subsidio familiar que se otorga a un suboficial en actividad, o sea un 30% del sueldo básico, por su estado civil de casado, y un 5% adicional, por el primer hijo, de conformidad con los citados Decretos 325 y 326 de 1959 y la Ley 126 de tal año.

El demandante ejercita, así, la acción de plena jurisdicción, con el objeto de que se anulen los actos administrativos que, en su opinión, le causan agravio o perjuicio y que, como consecuencia, se le restablezca en su derecho, reconociéndole el subsidio familiar correspondiente a un suboficial en servicio activo, al cual el demandante cree tener pleno derecho. Fundó su acción en los artículos 66 y 67 y 124 a 136 del C. C. A. Así como en el Decreto 528 de 1964.

En su libelo, el demandante considera que las dos resoluciones impugnadas violan las siguientes disposiciones:

Artículos 3º, 9º y 10 del Decreto legislativo número 326 de 1959.

Artículo 10 de la Ley 72 de 1947, ordinal 1º del artículo 57 del Decreto 2687 de 1955 y artículo 43 del mismo Decreto.

Artículos 3º y 5º del Decreto 0325 de 1959 y 122 del Decreto legislativo 3220 de 1953 y 103 del Decreto legislativo 501 de 1955, y

Artículo 9º de la Ley 126 de 1959 y artículo 11 del Decreto 0326 de 1959.

En suma, la parte demandante estimó, al explicar el "concepto de la violación", que en las dos resoluciones impugnadas se dio aplicación a las normas concernientes a los suboficiales en retiro en lugar de aplicar las que corresponde a los suboficiales en servicio activo, siendo estas últimas las que deben cumplirse en relación con quienes padecen de invalidez física.

De esta manera, el problema jurídico aquí planteado se reduce a saber si una persona en la situación del demandante, es decir, que ha sido dado de baja en la Policía Nacional, que goza de una pensión de invalidez y que, posteriormente, contrae matrimonio y tiene un hijo, tiene derecho al subsidio familiar y en qué porcentaje. La discrepancia entre el demandante y el Ministerio de la Defensa Nacional se refiere sólo a la cuantía del subsidio familiar, pensando el actor que su derecho es de un 35% (30% más 5%), pensando el Ministerio que ese derecho es sólo de un 8% sobre el sueldo básico (5% más 3%).

Cree el actor tener derecho al subsidio familiar correspondiente a un suboficial en servicio activo. Cree el Ministerio que sólo debe reconocerle, siendo inválido, no estando en el servicio, un "subsidio familiar restringido". Para llegar a esa conclusión, el Ministerio, fundándose en una doctrina del Consejo de Estado (sentencia de 4 de agosto de 1961 en el juicio relacionado con el Mayor Carlos Alberto Vergara Puerta), hizo la distinción entre los suboficiales en actividad y los que están en retiro, y aplicó al caso del demandante las normas correspondientes a los que se encuentran "en retiro".

A igual conclusión llegó, en su fallo el honorable Tribunal Administrativo. El honorable Tribunal acoge los razonamientos de su colaborador fiscal y éste, a su vez, se apoya en los argumentos formulados, dentro de este juicio, por el señor apoderado del Ministerio de la Defensa Nacional. Se observa así que el subsidio familiar del 30%, por ser casado, 5% por el primer hijo y 4% por los demás hijos, corresponde a "los oficiales y suboficiales de las Fuerzas de Policía en servicio activo", como expresa el artículo 3º del Decreto 326 de 1959. Dice el señor Fiscal del honorable Tribunal: "Como lo anota acertadamente el señor apoderado del Ministerio de Defensa, al entrar en vigencia el Decreto precitado, se establecieron dos legislaciones sobre subsidio familiar: Los artículos 16 de la Ley 74 de 1945 y 9º de la Ley 72 de 1947 para los retirados, *aplicables por analogía a los pensionados por invalidez* (subraya la Sala), que consagraron un 10% por el estado de casado o viudo, y un 2% por cada hijo; y el prescrito por el Decreto 00326 de 1959, que determinó para los oficiales *en servicio activo* (subraya la Fiscalía) un subsidio del 30% por el estado de casado o viudo, un 5% por el primer hijo y un 4% por los demás. De suerte —agrega el Fiscal— que el precepto invocado por el demandante en su libelo es aplicable únicamente para los militares (sic) en servicio activo, y en consecuencia no procede decretar el reajuste solicitado por el actor. Si bien es cierto que la disposición legal que sirvió de fundamento a la Administración para expedir las providencias impugnadas, consagra el subsidio familiar del personal uniformado en goce de asignación de retiro, *bien puede hacerse extensivo por analogía* este beneficio a los pensionados por invalidez. Pero aplicando el sistema de liquidación que practicó el Ministerio de Guerra, ya que el subsidio familiar ordinario solamente se ha establecido para los oficiales y suboficiales en servicio activo..." Acogiendo estas razones, el honorable Tribunal decidió —como se ha visto— negar la súplica de la demanda.

Esta Sala no está de acuerdo con el criterio así expuesto tanto por el Ministerio de la Defensa como por el Fiscal y el Tribunal Administrativo. Tampoco acoge el concepto que, en igual sentido, ha emitido su colaborador fiscal.

Respecto del subsidio familiar de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional se presentan, evidentemente, dos situaciones distintas: a) La de quienes están *en servicio activo*, que gozan del subsidio del 30%, 5% y 4% en la forma ya indicada; b) La de quienes están *en retiro*, que sólo gozan de un subsidio de 5% y 3%. El artículo 3º del Decreto 326 de 1959 dice:

"Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas de Policía en servicio activo, casados o viudos con hijos legítimos tendrán derecho al subsidio familiar que se liquidará mensualmente sobre el sueldo básico, así: por su estado civil (casado o viudo), el treinta por ciento (30%); por el primer hijo, el cinco por ciento (5%) y por cada uno de los demás, el cuatro por ciento (4%)".

Pero surge inmediatamente el interrogante: en cuál de esas dos situaciones jurídicas distintas debe quedar colocado el oficial o suboficial de la Policía que está disfrutando de una pensión por invalidez?

El caso del demandante Martínez Rincón ilustra claramente el problema así planteado. Por Resolución 1166 de 8 de mayo de 1963 (Fl. 38, cuaderno administrativo), el Director General de la Policía Nacional reconoció a su favor *"una pensión igual a la totalidad de la asignación que en todo tiempo devengue un Sargento 2º de la Policía Nacional en actividad..."* Posteriormente, el mismo Director —en Resolución número 2100 de 3 de julio de 1963, visible al folio 45 ibídem— modificó la Resolución 1166 *"en el sentido de expresar que el Sargento 2º (r) José Eurípides Martínez Rincón devengará la pensión mensual por invalidez a partir del 1º de abril de 1963 y no como allí se dijo, cuya cuantía será igual a la totalidad del sueldo básico que en todo tiempo devengue un Sargento 2º de la Policía Nacional en actividad, más una doceava (1/12) parte de la Prima de Navidad..."* (Subraya la Sala).

De este modo, es claro que el señor Martínez Rincón tiene derecho a una pensión equivalente a la totalidad de la asignación que en todo tiempo devengue un Sargento 2º de la Policía Nacional *"en actividad"*. Así lo reconocen las dos resoluciones de la Dirección de la Policía Nacional; y ello es lo legal.

Bien sabido es, por lo demás, que esta clase de pensiones de los uniformados son oscilantes (Art. 10, Ley 72 de 1947), es decir que sufren las variaciones o alteraciones que tengan las asignaciones de los respectivos funcionarios en actividad.

Por consiguiente, la situación del pensionado por invalidez —cuando, como en este caso, se ha reconocido que tiene derecho al sueldo y demás asignaciones correspondientes al funcionario en actividad— es la misma, precisamente, del funcionario en ejercicio activo, en lo que concierne al monto de sus haberes y prestaciones.

No resulta adecuado, por lo mismo, aplicar al pensionado por invalidez, en este caso al señor Martínez Rincón, las normas sobre subsidio familiar correspondientes a quienes están en retiro.

El equívoco surge de la circunstancia de que el pensionado por invalidez, como es obvio, no está en servicio y está evidentemente, retirado del servicio. Pero ello no significa que, *por analogía*, como pretenden el Fiscal y el Tribunal, se le puedan aplicar las disposiciones que dicen relación únicamente a los oficiales o suboficiales en retiro.

Los casos que pueden surgir son tres: un suboficial en actividad; un suboficial en retiro; un suboficial retirado por invalidez. A este último —retirado por invalidez— dice la ley que se le aplican las disposiciones del suboficial en actividad o en servicio activo; de modo que resulta claramente inapropiado aplicarle las normas que corresponden al suboficial en retiro.

Por lo demás, nada más justo. El suboficial *"en retiro"* puede trabajar y, con el producto de su trabajo, atender a sus necesidades. En cambio, el pensionado por invalidez —como el caso de un ciego— no puede trabajar y es justo, por ello, que su asignación ascienda a la totalidad de lo que devenga un suboficial en actividad.

Por otro lado, la ley no dice, en parte alguna, que al suboficial de la Policía Nacional, pensionado por invalidez se le aplican—respecto del subsidio familiar— las disposiciones referentes al suboficial “en retiro”. Todo lo contrario: la ley especifica claramente que al oficial o suboficial pensionado por invalidez se le aplican, en general, las normas que corresponden al oficial o suboficial en actividad. De modo que es apenas lógico concluir que, respecto del subsidio familiar, al suboficial pensionado por invalidez deben aplicársele las disposiciones que corresponden al suboficial en servicio activo. Ello excluye toda posibilidad de aplicar, por analogía, las normas que corresponden a los suboficiales en retiro.

Nada influye, para la liquidación del subsidio familiar, el hecho de que el demandante hubiera contraído matrimonio y hubiera tenido su primer hijo con posterioridad a la fecha en que fue dado de baja, pues la ley lo que ha querido es tener en cuenta la situación real, las circunstancias exactas, en que se desarrolla la vida del interesado para fijarle, según eso, el respectivo subsidio familiar.

Finalmente, como bien lo observa el señor apoderado del demandante, el subsidio familiar del señor Martínez Rincón debe liquidarse en un 30% por su estado de casado, a partir de la fecha de su matrimonio, y con una adición del 5% (para alcanzar así a un 35%) a partir de la fecha de nacimiento de su primer hijo.

En virtud de las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto de la Fiscalía, habiendo estudiado la Sala esta sentencia en la sesión de 2 de mayo de 1968, *revoca* la sentencia apelada, dictada en este juicio por el honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca el doce de mayo de 1967, y, en su lugar,

RESUELVE:

1º Son nulas las Resoluciones número 3082 de 23 de junio de 1965 de la Dirección General de la Policía Nacional y número 6421 de 8 de septiembre de 1965 del Ministerio de Guerra (hoy de Defensa Nacional) en cuanto la primera negó y la segunda reconoció de manera incompleta el subsidio familiar a que tiene derecho el demandante José Eurípides Martínez Rincón.

2º El señor José Eurípides Martínez Rincón tiene derecho a que, al pagársele la pensión mensual por invalidez que le reconoció la Dirección de la Policía Nacional (Resoluciones 1166 y 2100 de 1963), se le liquide el subsidio familiar como corresponde a un Sargento Segundo de la Policía Nacional en servicio activo, o sea un 30% por su estado de casado, a partir de la fecha de su matrimonio; y un cinco por ciento (5%) adicional, por su primer hijo, a partir de la fecha del nacimiento de éste.

3º La Dirección General de la Policía Nacional dictará, dentro del término fijado por el artículo 121 del Código de lo Contencioso Administrativo, la resolución necesaria para dar cabal cumplimiento a esta sentencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase este expediente al Tribunal de origen.

Belisario Arciniegas, Andrés Holguín, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Nemesio Camacho Rodríguez.

Marco A. Martínez B., Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

NOTIFICACION. — De los actos administrativos. — Sin ella no produce ningún efecto el respectivo acto.

HUELGA ILEGAL. — Despido de trabajadores. — Debe ser autorizada por el Ministerio del Trabajo.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.
Bogotá, junio diez de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez*).

Ref. Exp. N° 658. Resoluciones ministeriales. Actor: Manufacturas de Cerámica S. A. Nul. y Susp. provisional de la Resolución N° 00745 de mayo 27/65 del Ministerio del Trabajo.

Manufacturas de Cerámica S. A., con domicilio en Medellín, por medio de su apoderado, doctor Humberto Mesa González, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del C. C. A. presentó ante esta Corporación el 23 de septiembre de 1966 demanda con las siguientes peticiones:

“Primero. Que se declare la nulidad de la Resolución 745 de 27 de mayo de 1965 del Ministerio del Trabajo y por medio de la cual revocó la número 693 de 16 de mayo que había declarado ‘ilegal la suspensión de actividades en la fábrica de propiedad de la sociedad que represento sin que se le hubiera notificado legalmente, por haber creado una situación jurídica individual y reconociendo un derecho y se hubiera revocado sin el consentimiento expreso del respectivo titular’.”

“Segundo. Que al ser declarada la nulidad de la mencionada Resolución 745 se restablezcan para mí poderdante el ejercicio de los derechos que se derivan para los patrones de las respectivas disposiciones laborales, cuando ha sido declarada la ilegalidad de una huelga o un cese de actividades, derechos suspendidos unilateralmente por la Resolución acusada”.

Como fundamento de la demanda expuso los siguientes hechos:

“Primero. Con motivo de un cese intempestivo de los trabajadores (?) de Manufacturas de Cerámica S. A. en su fábrica el 5 de mayo del año en curso, la empresa por conducto de apoderado solicitó al Ministerio del Trabajo el 12 de los mismos mes y año la declaración de ilegalidad del cese de actividades, previa aprobación del hecho por parte de funcionarios de la Dirección Regional de Antioquia”.

“Segundo. Que el Ministerio del Trabajo en vista de la solicitud a que hace referencia el hecho anterior, produjo la Resolución número 693 de 16 de mayo de 1966, la que previas las consideraciones de rigor en su parte resolutive dijo:

“Artículo primero. Declárase ilegal la suspensión de actividades efectuada por los trabajadores de la empresa ‘Manufacturas de Cerámica’ (Mancor Standard) con domicilio en Medellín, a partir del cinco (5) de mayo del año en curso’.

“Artículo segundo. La facultad que la ley otorga para despedir a los trabajadores que hubieran intervenido o participado en el paro sólo podrá ejercerse, previo concepto favorable de las autoridades administrativas del trabajo, cumplido el procedimiento establecido en las Resoluciones 1064 y 1091 de 1959. El despido de trabajadores amparados por el fuero sindical no requiere previa calificación judicial’.

“Artículo tercero. Esta providencia deberá cumplirse inmediatamente y contra ella sólo proceden las acciones pertinentes ante el honorable Consejo de Estado’.

“Tercero. Que la expedición de la Resolución 693 provocó una serie de mensajes al Ministerio del Trabajo, solicitando su revocatoria y el Sindicato mismo de Manufacturas de Cerámica S. A. formuló igual petición, acompañada de unas declaraciones extrajudicio tendientes a probar que los trabajadores permanecieron inactivos por orden de la empresa por encontrarse descalzados, en razón, según las mismas declaraciones, de no haber cumplido aquella puntos pactados en convención colectiva de trabajo, declaraciones que a juicio del Ministerio lo llevaron a concluir con la Resolución 0745 de 27 de mayo de 1966 cuya parte resolutive es del siguiente tenor:

“Artículo único. Derógase en todas sus partes la Resolución número 00693 de mayo 16 de 1966 que declaró ilegal el cese de actividades de ‘Manufacturas de Cerámica S. A.’ por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Cúmplase’.

“Cuarto. La providencia precedente al terminar con el ‘Cúmplase’ indicaba que no era susceptible de notificación alguna, razón por la cual el suscrito, a nombre de la empresa, dirigió al Ministerio del Trabajo el 25 de junio del año en curso, un memorial en el cual, previo resumen de los hechos, le planteaba la inquietud de que en aquella resolución no se aplicara el trámite gubernativo ordinario y en cambio se le hubiera dado el especial de las resoluciones sobre declaratoria de ilegalidad o cese de actividades. Memorial al cual el Ministerio contestó con el oficio cuya copia adjunto, acogiendo los puntos de vista allí planteados”.

En el capítulo sobre “Disposiciones violadas y concepto de la violación”, dice la demanda, en resumen, que se violaron con la Resolución 745 del 27 de mayo de 1966:

“1º El artículo 20 de la Constitución que establece la responsabilidad de los funcionarios públicos ‘por omisión’ en el ejercicio de sus funciones. En el presente caso la omisión consistió en pretermitir la notificación de dicha providencia, la cual ha debido hacerse de conformidad con normas al respecto.

“2º Que se violó el artículo 541 del C. S. del T., pues éste dice que la providencia que declara la ilegalidad de una suspensión del trabajo debe-

rá cumplirse inmediatamente y contra ella sólo procederán las acciones pertinentes ante el Consejo de Estado, ya que se aplicó dicha regla excepcional a una providencia diferente, como es la que se impugna.

"3º El artículo 31 del Código Civil, según el cual lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para *ampliar* o restringir su interpretación, por cuanto aquí se le dio el mismo tratamiento procesal a la Resolución impugnada que a la excepcional sobre declaración de ilegalidad de un cese de actividades laborales.

"4º El artículo 10 del Decreto 2733 de 1959 que establece que "todas las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional se notificarán personalmente al interesado o a su apoderado" y como la providencia acusada encaja dentro de este ordenamiento, pues para su índole no se ha establecido excepción expresa ha debido surtir la notificación prevista en el artículo 10 mencionado y por cuya omisión resulta así violado.

"5º Artículo 11, parágrafo 3º del Decreto 2733 de 1959. Que ordena que en la notificación se indicarán los recursos que proceden y como la Resolución acusada ha debido someterse al cumplimiento de estos requisitos, su incumplimiento indica violación de la disposición que los estableció.

"6º Artículo 12 del Decreto 2733 de 1959. Que establece que sin el lleno de los requisitos legales indicados no 'producirá efectos legales la respectiva providencia' y en el caso de la Resolución acusada notificada como ha debido ser, entró a regir inmediatamente sin asentimiento de la parte interesada.

"7º Artículos 13 y 14 del Decreto 2733 de 1959. Cuando prescribe que '*Salvo disposición especial en contrario*' —como las providencias de que habla el artículo 451 del Código Sustantivo— para los asuntos administrativos establece los recursos procedentes por la vía gubernativa y términos y modalidades dentro de los cuales debe hacerse uso, garantía procesal eliminada en el caso de la Resolución acusada no cobijada por ninguna 'disposición especial' que limite o suprima tales recursos.

"8º Artículo 18 del Decreto 2733 de 1959. Que prescribe cómo y cuándo queda agotada la vía gubernativa o porque las providencias no son susceptibles de los recursos de reposición o apelación o ellos se han decidido, pues a la providencia acusada sin base en disposición alguna se le suprimieron los recursos que le correspondían por su carácter general y ordinario y dándosele, por este aspecto un tratamiento excepcional no previsto en ninguna norma.

"9º Artículo 24, Decreto 2733 de 1959. Que establece que 'cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual o reconociendo un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el *consentimiento expreso y escrito del respectivo titular*, ya que la Resolución acusada revocó sin este *consentimiento expreso y escrito* otra que, de acuerdo con las normas del Código Sustantivo del Trabajo, le había dado a mi poderdante unos derechos y creado, en cuanto al ejercicio de éstos, una *situación jurídica individual*'.

A la demanda se acompañaron los documentos de rigor sobre la personería de la entidad demandante y su apoderado, así como copias autenticadas del acto impugnado y de otros documentos a que se refieren los hechos de la demanda.

Se solicitó la suspensión provisional del acto impugnado, pero no se accedió a decretarla porque no se probó, aunque fuera sumariamente, la gravedad del perjuicio sufrido, el cual debe ser *notoriamente grave* para que haya lugar a la suspensión provisional del acto impugnado en acción subjetiva, de conformidad con el artículo 94 del C. C. A.

En escrito presentado dentro del traslado para alegar, se apoya el apoderado de la demandante en las consideraciones expuestas en el auto por el cual no se accedió a la suspensión provisional para reafirmar su tesis de que se incurrió en las informalidades que él pormenoriza al no hacer a la empresa la notificación personal del acto impugnado que revocaba el que había declarado ilegal el cese de actividades y le había dado a ella ciertos derechos en frente de los trabajadores.

El señor Fiscal Segundo del Consejo —después de hacer una recapitulación de lo que aparece expresado en la motivación de la Resolución 693 del 16 de mayo, por la cual se declaró ilegal el cese de actividades que se había iniciado el 5 de ese mes por un grupo de trabajadores de la fábrica, y en la Resolución impugnada, o sea la 745 del 27 de mayo que revocó la anterior— estima que el Decreto 2733 de 1959 “fue quebrantado por la Resolución enjuiciada en varios aspectos y, especialmente, el Capítulo II que versa sobre el procedimiento gubernativo, ya que se omitió la notificación personal o el edicto correspondiente a falta de aquella, consagrados en los artículos 10, 11, 12 y 18. Asimismo, se violó el 24 que dice: ‘Cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular’. En consecuencia, honorables Consejeros, la Fiscalía, teniendo en cuenta las anteriores disposiciones conceptúa que las súplicas de la demanda deben aceptarse”.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

1. El artículo 451 del C. S del T. dice: “La ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada administrativamente por el Ministerio del Trabajo. La providencia respectiva deberá cumplirse inmediatamente y contra ella sólo procederán las acciones pertinentes ante el Consejo de Estado.

2. La reanudación de actividades no será óbice para que el Ministerio haga la declaratoria de ilegalidad correspondiente.

3. En la calificación de suspensiones colectivas de trabajo por las causales c y d del artículo anterior, no se toman en cuenta las irregularidades adjetivas de trámite en que se haya podido incurrir.

Estas causales dicen relación concretamente a la declaración de huelga cuando no se hayan cumplido previamente los procedimientos de arreglo directo y de conciliación en forma legal y cuando haya sido declarada sin la mayoría de los votos de los trabajadores de la empresa o de la asamblea general del sindicato de base a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores.

El artículo 450 dice en sus incisos 2º y 3º: "2. Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el patrono queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero, el despido no requerirá calificación judicial. En la misma providencia en que se decreta la ilegalidad se hará tal declaración y se suspenderá por un término de dos a seis meses la personería jurídica del sindicato que haya promovido o apoyado la suspensión o paro del trabajo, y aun podrá decretarse su disolución, a juicio de la entidad o funcionario que haga la calificación". "3. Las sanciones a que se refiere el inciso anterior no excluyen la acción del patrono contra los responsables para la indemnización de los perjuicios que se le hayan causado".

Sentado lo anterior, importa conocer la motivación de la Resolución 693 del 16 de mayo de 1966, dictada en ejercicio de la facultad concedida al Ministerio por el artículo 451 del C. S. del T.:

"CONSIDERANDO:

"Que un grupo de trabajadores al servicio de la empresa '*Manufacturas de Cerámica S. A.*' (Mancer Standard) con domicilio en Girardota (Antioquia) declaró e hizo efectivo a partir del 5 de mayo una cesación colectiva de actividades;

"Que las relaciones entre los trabajadores y la empresa se encuentran reguladas por una convención colectiva de trabajo suscrita en septiembre del año pasado;

"Que la empresa... por intermedio de apoderado, en memorial de 12 de los corrientes, solicita se declare ilegal la cesación de actividades;

"Que el artículo 450, ordinal c) establece que la cesación de actividades es ilegal cuando no se han cumplido los procedimientos de arreglo directo y conciliación en forma legal;

"Que la cesación de actividades se encuentra debidamente comprobada de acuerdo con el acta suscrita por funcionarios de la Dirección Regional del Trabajo de Antioquia;

"Que este Despacho es competente, de acuerdo con el artículo 451 del Estatuto Laboral para declarar la ilegalidad de una suspensión de actividades".

Por tales motivos se resolvió lo transcrito en la demanda, quedando, como lo dispone el artículo 2º, subordinada la facultad de la empresa para despedir a los trabajadores que hubieran intervenido en la cesación ilegal de actividades al previo concepto favorable de las autoridades administrativas del trabajo "cumplido el procedimiento establecido en las Resoluciones 1064 y 1091 de 1959".

La Resolución impugnada, aquí, o sea la 745 del 27 de mayo "por la cual se revoca una providencia", está motivada así:

"CONSIDERANDO:

"Que por Resolución número 693 de mayo 16... este Despacho declaró ilegal la suspensión de actividades efectuada por los trabajadores de la Empresa... a partir del 5 de mayo del año en curso;

"Que la providencia referida se fundamentó, principalmente, en el acta de inspección ocular practicada por la Dirección Regional del Trabajo de Antioquia el día 9 de mayo del presente año, en la cual aparece que un grupo de trabajadores de la Empresa 'Manufacturas de Cerámica S. A. (Mancer Standard)' permanecieron inactivos en sus puestos de trabajo porque no se les permitía trabajar descalzos;

"Que el 'Sindicato de Trabajadores de Mancer Standard' se ha dirigido a este Despacho para solicitar la revocatoria de la providencia que declaró ilegal el cese de actividades realizado por los trabajadores de la Factoria Mancer Standard;

"Que de conformidad con las declaraciones extrajudiciales rendidas por varios trabajadores de la mencionada Compañía ante el Inspector Noveno Municipal de Medellín, se establece que ellos permanecieron el día 5 de mayo a partir de las 10 a. m. en sus lugares de trabajo, sin ejercer ninguna actividad laboral por cuanto la Empresa no les permitió trabajar por no estar calzados;

"Que las mismas declaraciones establecen el hecho de que el día 10 de mayo del año en curso la Empresa permitió a varios de sus trabajadores realizar sus labores ordinarias descalzos, desde las 12 y media hasta las 4 de la tarde;

"Que la cesación de actividades a que se vio abocado un grupo de trabajadores de la Empresa Mancer Standard no fue decretada sino determinada por una decisión de la Empresa como consecuencia de una reclamación formulada por aquéllos en relación con el incumplimiento de normas pactadas en la convención colectiva de trabajo vigente;

"Que analizadas las pruebas testimoniales allegadas al informativo, así como las mismas actas de inspecciones oculares levantadas por los funcionarios del trabajo, se desprende que no hubo determinación por parte de los trabajadores de paralizar la producción en las dependencias de la Empresa, y que su inactividad en los frentes de trabajo provino de hechos externos ajenos a su voluntad, originados en la decisión patronal de no permitir el trabajo al personal en la forma acostumbrada;

"Que ante los motivos que dieron fundamento a los hechos relacionados en esta providencia, considera el Despacho que la Resolución de declaratoria de ilegalidad debe derogarse integralmente.

Derógase. Cúmplase. 27 de mayo de 1966".

Como "la facultad que la ley otorga para despedir a los trabajadores que hubieren intervenido o participado en el paro sólo podrá ejercerse, previo concepto favorable de las autoridades administrativas del trabajo, cumplido el procedimiento establecido en las Resoluciones 1064 y 1091 de 1959", como se dispuso en la Resolución 693 del 16 de mayo, véase en primer lugar lo que dispuso el Decreto 2164 de 1969, reglamentado por dichas Resoluciones:

"Artículo 1º Declarada la ilegalidad de un paro, el Ministerio del Trabajo intervendrá de inmediato con el objeto de evitar que el patrono correspondiente despida aquellos trabajadores que hasta ese momento ha-

yan hecho cesación pacífica del trabajo, pero determinada por circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro. Es entendido, sin embargo, que el patrono quedará en libertad de despedir a todos los trabajadores que una vez conocida la declaratoria de ilegalidad, persistieren en el paro por cualquier causa".

Resolución 1064 de 1959:

"Artículo 1º Una vez producida la declaración de ilegalidad de un paro, el patrono afectado por el mismo procederá a presentar al Inspector del Trabajo correspondiente o al funcionario comisionado por el Ministerio la lista de aquellos trabajadores suyos que él considere necesario despedir por haber participado o intervenido en la suspensión del trabajo y no estar comprendidos dentro de lo previsto en la primera parte del artículo 1º del Decreto 2061 de 1959".

El artículo único de la Resolución 1091 de 1959 modificó el 2º de la anterior así:

"El funcionario respectivo recibirá la lista a que se refiere el artículo anterior, deberá levantar un informativo completo, con base en el cual y mediante resolución motivada, indicará, si es el caso, qué trabajadores se encuentran dentro de la excepción consagrada en la precitada norma.

"En la misma providencia el funcionario conminará al patrono para que se abstenga de despedir a estos trabajadores, en caso de haberlo verificado, so pena de incurrir en las sanciones de ley, o le impondrá estas sanciones, si ello hubiere acontecido".

De un atento estudio de la cuestión planteada respecto de las violaciones de normas superiores que la demanda le atribuye a la Resolución que impugna se llega a la conclusión de que siendo la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades laborales un acto administrativo que está facultado el Ministerio del Trabajo para dictar previa la información correspondiente y ante la constatación de que se está dentro de alguno o algunos de los casos previstos en el artículo 450, dicho acto le pone fin a esa actuación gubernativa, con el efecto excepcional de que deberá cumplirse inmediatamente y contra ella no existen recursos en la misma vía. Se trata de evitar que la cesación de labores cause mayores perjuicios y tiende a que ellas se reanuden inmediatamente. Desde luego tal declaración es un acto que crea derechos al empresario, en relación con el despido de aquellos trabajadores que fueron culpables del paro de actividades y de quienes persistieron en él una vez declarada su ilegalidad. Pero, respecto de los primeros, con el objeto de proteger a quienes no sean responsables de haber suspendido la labor, continúa la intervención del Ministerio del Trabajo, por medio de sus funcionarios autorizados, para examinar la lista de los que el Empresario quiere despedir por haber participado o intervenido en la suspensión del trabajo no determinada por circunstancias ajenas a su voluntad o creadas por las condiciones mismas en que se desarrolló el paro. Sin el examen de cada caso concreto en el informativo que el funcionario debe levantar y la resolución motivada que autorice el despido, no puede el empresario efectuarlo.

Se deduce de lo anterior que declarada la ilegalidad del paro se debe iniciar de inmediato la gestión del empresario en orden a obtener la autorización

para los despidos. En el presente caso no consta que se hubiera iniciado por la empresa en orden a ejercitar la facultad condicionada que se le dio en la Resolución 693 del 16 de mayo.

Los considerandos de la Resolución revocatoria impugnada dan a entender que la Resolución revocada que declaró la ilegalidad de la huelga se dictó con precipitudo, sin un estudio suficiente de las circunstancias de hecho que se presentaron del 5 de mayo en adelante, las cuales habían determinado a la empresa a solicitar el día 12 tal declaración.

Se tiene, pues, que el 16 de mayo terminó una actuación gubernativa con una decisión de cumplimiento inmediato por cuanto hace a la obligación de renovar actividades de parte de los obreros y de efectos condicionados respecto del derecho patronal para los despidos.

Dice el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959 que "Los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido, o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o la ley;
- b) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;
- c) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Pero, de conformidad con el artículo 24 del mismo Decreto. "Cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular".

Podían, pues, el sindicato de base y otras personas solicitar, como lo hicieron, la revocación de la Resolución 693 aportando pruebas sobre lo que efectivamente había ocurrido en el cese de actividades de que se trataba y de las cuales pudiera deducirse que la decisión sobre ilegalidad se había fundado en premisas equivocadas y, por tanto, era ilegal, contraria al interés público e injustificadamente perjudicial para los trabajadores. Pero es evidente que para revocar la decisión anterior la empresa Manufacturas de Cerámica S. A. ha debido ser oída durante la nueva actuación, y, si no lo fue, se imponía al Ministerio el deber de notificarle el acto que ponía fin a la nueva actuación con una decisión contraria, pues dejaba sin efecto lo resuelto pocos días atrás (Art. 10). Se dejó de verificar la notificación y se ordenó cumplir inmediatamente lo resuelto, omitiéndose también lo ordenado en el artículo 11, parágrafo 2º sobre indicación de los recursos procedentes.

Pero el artículo 12 del Decreto que se viene citando resguarda a la persona a quien se le haya vulnerado su derecho por un acto administrativo sin hacerle conocer la decisión y los medios de defensa de que dispone al establecer que "sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales".

Aunque parece inverosímil que la Empresa no hubiera tenido conocimiento inmediato de la Resolución 745 del 27 de mayo a través de sus propios obreros, a quienes ella favorecía en sus relaciones con el patrono y de los mismos funcionarios del Ministerio del Trabajo que como consecuencia de la Resolución revocada debían estar estudiando la lista de trabajadores que la Empresa había debido presentarles para los despidos; dice la demanda que sólo el 25 de junio se dirigió al Ministerio en memorial "en el cual, previo resumen de los hechos, le planteaba la inquietud de que en aquella Resolución no se aplicara el trámite gubernativo ordinario y en cambio se le hubiera dado el especial de las resoluciones sobre declaratoria de ilegalidad de huelga o cese de actividades". No rebató, pues la Empresa las razones de hecho que llevaron al Ministerio a revocar la Resolución que declaró ilegal el cese de actividades en defensa de su derecho a despedir a los obreros culpables de esa actuación. Se limitó a poner de presente la indebida aplicación de la disposición, excepcional del artículo 451, del C. S. del T. en la resolución revocatoria, es decir, la falta de notificación y consiguiente trámite de ésta. En la breve respuesta del Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio, fechada el 9 de septiembre (folio 7) se le dice al señor apoderado de la empresa demandante:

"De conformidad con instrucciones superiores, debo manifestarle que se considera procedente la notificación de la Resolución 745 de mayo 27 de 1966, acogiéndose así a las consideraciones que usted se sirvió hacer al exponer las dudas e inquietudes respecto de la notificabilidad de la Resolución mencionada".

Aceptado su error de trámite por el Ministerio y la procedencia de la notificación que de hecho se había realizado desde que el interesado manifestó conocer el acto a que se refiere, parece que hubiera podido utilizar al recibo del oficio del 9 de septiembre los recursos gubernativos para controvertir ese acto por motivos de fondo.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta aquí, se impone declarar la nulidad de la Resolución número 745 del 27 de mayo de 1966 por la cual revocó el Ministerio del Trabajo la proferida por el mismo con el número 693 del 16 de mayo del mismo año, debido a que no se cumplieron para expedirla las normas del procedimiento gubernativo puntualizadas en este fallo. Y en cuanto al restablecimiento del derecho, que la Resolución 693 había condicionado al procedimiento establecido en las Resoluciones 1064 y 1091 del Ministerio del Trabajo, reglamentarias del Decreto 2164 del mismo año, es claro que sólo puede la Empresa despedir a aquellos trabajadores que previa la lista elaborada y presentada oportunamente por ella de quienes considere merecedores de dicha sanción, hayan sido o sean declarados culpables en el informativo correspondiente por medio de resoluciones motivadas del funcionario a quien compete decidir.

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

FALLA

1º Declárase nula la Resolución número 745 del 27 de mayo de 1966, proferida por el Ministerio del Trabajo.

2º El restablecimiento del derecho que impetra la Empresa demandante como consecuencia de la declaración anterior queda circunscrito, según lo explicado en la parte motiva de este fallo, al despido de los trabajadores que previo informativo y decisión motivada de los funcionarios competentes se hubieren hallado comprobadamente responsables de inmotivada cesación de actividades en el tiempo y circunstancias a que se refiere la Resolución 693 del 16 de mayo de 1966, proferida por el mismo Ministerio.

Este fallo fue discutido y aprobado por la Sala en su sesión del 6 de junio del año en curso.

Envíese copia auténtica de este fallo al Ministerio del Trabajo para su conocimiento.

Cóplese, notifíquese y archívese el expediente.

Belisario Arciniegas, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Andrés Holguín, Nemesio Camacho Rodríguez.

Marco A. Martínez B., Secretario.

MINISTERIO DE MINAS Y PETROLEOS

DESPERDICIO DE GAS. — Las normas respectivas de la Ley 10 de 1961 y su Decreto reglamentario pueden ser aplicadas a contratos anteriores a su vigencia.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. Bogotá, D. E., junio doce de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: Doctor Samuel de Sola Roncallo).

Ref.: Exp. 194. Ordinario Minas y Petróleos. Actor: Texas Petroleum Company.

Aprobado en la sesión de junio 12 del presente año.

Ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, la sociedad "Texas Petroleum Company", por medio de apoderado, presentó demanda contra la Nación para que, mediante el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que es nula la Resolución número 906 de 22 de junio de 1964, expedida por el Ministerio de Minas y Petróleos, por ser violatoria de los derechos concedidos a la Compañía que apodero, por contrato que consta en la escritura número 5685 de agosto 30 de 1954 de la Notaría Segunda de Bogotá, la cual se halla publicada en el Diario Oficial número 28640 de 1º de diciembre de 1954.

"2ª Que en consecuencia la Compañía que apodero, no ha perdido, ni puede perder, como lo dice la Resolución a partir del 16 de marzo de 1964, el derecho de utilizar el gas producido, que se esté produciendo o pueda producirse en el Campo Palagua (número 638) de la referida concesión'.

"3ª Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Compañía que apodero no está obligada a celebrar nuevo contrato con el Gobierno, para la explotación del gas de su concesión Palagua (número 638), ni mucho menos que, en caso de no celebrarse dicho contrato, deba la Compañía pagar al Gobierno el gas que no utilice, como lo dice la parte final del artículo 2º de la resolución acusada".

Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

La sociedad demandante explota desde el 8 de noviembre de 1956, la concesión petrolífera denominada "Palagua número 638" de que trata el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Florida Petroleum Company mediante escritura pública número 5685 de 30 de agosto de 1954 de la Notaría 2ª de Bogotá, por traspaso que le hizo la mencionada concesionaria, con la aproba-

ción del Gobierno, según escritura que, como la anteriormente citada, se acompañó a la demanda.

En el aludido contrato se dijo que se consideraban como cláusulas incorporadas a él, además de las disposiciones legales expresamente señaladas en su texto, todas las vigentes en ese momento relacionadas con la exploración y explotación del petróleo y demás hidrocarburos y derivados, siendo algunas de aquéllas los artículos 1º y 32 de la Ley 37 de 1931, que consagran que el gas es uno de los productos materia de la concesión y que en cada convenio sobre el particular, el Gobierno debe estipular los métodos técnicos que empleará el concesionario para evitar su desperdicio.

En desarrollo de ese mandato, la concesión Palagua 638 señaló en los ordinales primero a séptimo del literal e) de su cláusula cuarta, los sistemas que debía adoptar el contratista para evitar el desperdicio del gas que no utilizara o no explotara comercialmente, comprometiéndose también a respetar las medidas técnicas que con el mismo fin señalará el Gobierno por decretos posteriores a la celebración del contrato.

Con fecha 22 de junio de 1964, el Ministerio de Minas y Petróleos dictó la Resolución número 0906, que en copia auténtica se acompañó a la demanda, y cuya parte resolutive dice:

"Artículo primero. Declarar que la sociedad 'Texas Petroleum Company' titular del contrato de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional denominado 'Concesión Palagua número 638', contenido en la escritura pública número 6464 de la Notaría Segunda de Bogotá, fechada el 29 de septiembre de 1954, perdió a partir del 16 de marzo de 1964 el derecho a utilizar el gas producido, que se esté produciendo o pueda producirse en el Campo Palagua número 638 de la referida concesión, por no haber cumplido con lo dispuesto en los artículos 14 de la Ley 10 de 1961 y 33 y 34 del Decreto 1348 del mismo año.

"Parágrafo. Exceptúase de lo establecido en este artículo el mismo volumen de gas que hubiere estado utilizando la compañía el 16 de marzo de 1964, de conformidad con lo ordenado en el artículo 14 de la Ley 10 de 1961.

"Artículo segundo. A partir del 16 de marzo de 1964 cualquier programa de utilización del gas a que se refiere la presente Resolución, además de la aprobación del Ministerio, deberá ser objeto de contrato con el Gobierno, de conformidad con lo estatuido en el artículo 33 del Decreto 1348 de 1961. Si el concesionario no procediere a la utilización de este gas de conformidad con la Ley, deberá pagar al Gobierno el gas desperdiciado.

"Artículo tercero. Esta Resolución requiere para su validez la aprobación del señor Presidente de la República".

Inconforme la Texas Petroleum Company con dicha resolución, pidió su reposición manifestando que tal providencia era ilegal por las razones que se sintetizan así:

a) Porque al determinar en su artículo 1º que, por no haber la demandante cumplido con lo dispuesto en los artículos 14 de la Ley 10 de 1961 y 33

y 34 del Decreto 1348 del mismo año vale decir, por no haber adoptado en los tres años posteriores a la vigencia de la ley citada, las medidas técnicas necesarias para evitar el desperdicio del gas que no aprovechaba o utilizaba industrialmente el 16 de marzo de 1964, perdía, a partir de esa fecha, "el derecho a utilizar el gas producido, que se esté produciendo o pueda producirse en el campo Palagua número 638 de la referida concesión", modificó unilateralmente tal contrato con violación del artículo 30 de la Constitución, no sólo porque aplicó indebidamente dicha ley, sino porque al aplicarla impuso una sanción que ella no contempla, ya que lo que estatuye la misma es que el Gobierno en casos como ese, puede disponer gratuitamente del gas desperdiciado por el concesionario, pero no lo priva del gas que pueda explotar adecuadamente en el futuro;

b) Porque la parte final de su artículo 2º impone a la concesionaria la obligación de pagar al Gobierno el gas desperdiciado, obligación que no puede tampoco imponer unilateralmente la Nación por medio de una resolución, máxime cuando ni la Ley 10 de 1961 ni su decreto reglamentario la han previsto.

Como el 18 de marzo de 1965 el Ministerio de Minas aún no hubiera resuelto el recurso mencionado interpuesto desde el 21 de agosto de 1964, como también consta en autos, con base en el silencio administrativo de que trata el párrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959, la Texas instauró ante la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, la demanda de que ahora se ocupa la Sala, apoyándola en las mismas razones con que sustentó la reposición aludida y, además, en los artículos 30 de la C. N.; 28, 30, 31, 1496, y 1602 del C. C. y sus concordantes; 12 y 38 de la Ley 153 de 1887; 734 y siguientes del C. J.; 1º y 32 de la Ley 37 de 1931; párrafo 18 del Decreto 2733 de 1959 y párrafo del 28 de la Ley 10 de 1961.

Admitida la demanda la contestó la Procuraduría de la Nación oponiéndose a sus pretensiones y estando el juicio en etapa probatoria entró en vigencia la Reforma Judicial (Decreto 528 de 1964), motivo por el cual se remitió el expediente a esta Corporación en donde se agotó su trámite, y como no se encuentra causal de nulidad que lo invalide, se procede a fallarlo, advirtiéndose que el señor Fiscal Segundo del Consejo al descorrer el traslado para alegar, pidió se accediera a lo demandado.

SE CONSIDERA

Dos son los puntos que deben dilucidarse en el presente fallo: 1º Si la Ley 10 de 1961 y su decreto reglamentario en lo referente al no desperdicio del gas que surja de las explotaciones petrolíferas, puede aplicarse a la concesión Palagua número 638 celebrada en 1954; y 2º Si en caso de poder aplicarse, la resolución acusada es violatoria de dichas normas y del contrato de concesión referido.

Primera cuestión

Dice el artículo 14 de la Ley 10 de 1961: "Todo explotador de petróleo de propiedad privada o nacional, está en la obligación de evitar el desperdicio del gas producido, bien aprovechándolo industrialmente, o confinándolo a los yacimientos para su utilización futura, o como fuente de energía para la máxima recuperación final de las reservas de petróleo. Si pasados tres años de haberse iniciado la explotación, el explotador no cumpliere con esta obligación, podrá

el Gobierno *disponer del gas gratuitamente*, hacer las instalaciones y tomar todas las medidas necesarias para su aprovechamiento, sin perjudicar los trabajos de la explotación y previas las indemnizaciones a que hubiere lugar por causa de tales instalaciones. En estos términos queda modificado el artículo 40 del Código de Petróleos". (Subraya la Sala).

Por su parte los artículos 33 y 34 del Decreto número 1348 de 1961, son del tenor siguiente:

"Artículo 33. Sobre todo gas producido en una explotación de propiedad nacional o privada, que se utilice para fines comerciales o industriales, deberán pagarse al Estado las participaciones o impuestos correspondientes, los cuales podrán ser reducidos de conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 15 en concordancia con el artículo 17 de la Ley 10 de 1961.

"Si no se efectuare la utilización industrial o comercial de que habla el inciso anterior dentro del plazo estipulado en el artículo 14 de la Ley 10 de 1961, el Gobierno podrá disponer gratuitamente del gas y contratar su aprovechamiento en cualquier tiempo con el mismo explotador o con terceros.

"Artículo 34. Sin perjuicio de las medidas de conservación que dicte el Ministerio de Minas y Petróleos, quienes estaban explotando petróleo de propiedad nacional o privada el 16 de marzo de 1961, gozarán de un término de tres años contados a partir de esa fecha para cumplir la obligación consagrada en el artículo 14 de la Ley 10 de 1961 bajo la sanción allí prevista. Para los demás el término de tres años empezará a contarse a partir de la fecha en que se inicie la respectiva explotación".

De las dos normas primeramente transcritas se desprende con claridad meridiana que, si pasados tres años de iniciada una exploración petrolífera, el beneficiario no toma las medidas conducentes para evitar el desperdicio del gas que no utilice, el Gobierno puede disponer del gas desperdiciado gratuitamente, en cualquier tiempo, y contratar su aprovechamiento con el explotador o con terceros, lo que se justifica porque tal producto se entiende abandonado por su dueño puesto que se pierde en la atmósfera. Y de la tercera, que el Gobierno dio un término de tres años contados a partir de la vigencia de la Ley 10 de 1961, 16 de marzo de 1961, para que los concesionarios que en esa fecha estuvieran en etapa de explotación, tomaran todas las medidas técnicas necesarias para evitar el susodicho desperdicio, so pena de que el Gobierno tomara para sí el hidrocarburo desperdiciado, o sea les aplicara el artículo 14 transcrito, disposición esta última también muy razonable que, además de ser de utilidad pública, no vulnera derechos adquiridos aplicándola a los contratos anteriores a su vigencia, por sus características y por los motivos dados anteriormente.

Si lo dicho hasta aquí no se estima suficiente para concluir que las normas transcritas, aunque posteriores a la concesión Palagua número 638, son aplicables a ésta, bastará con aducir en pro de tal aserto que, de conformidad con el numeral séptimo de la cláusula cuarta del literal e) de dicho contrato, el contratista se obligó: "A dar cumplimiento a todas las demás medidas que en relación con la debida conservación de gas se fijan en los decretos de carácter general que dicte el Gobierno sobre reglamentación de los trabajos petroleros".

Aclarado lo anterior, pasa ahora la Sala a estudiar la segunda de las cuestiones propuestas.

Segunda cuestión

Según el texto de la resolución acusada, ella, en su artículo primero, priva a la concesionaria de Palagua 638, por no haber cumplido los artículos 14 de la Ley 10 de 1961 y 33 y 34 de su decreto reglamentario, del derecho a utilizar el gas que se haya producido o se produzca en su campo en el futuro con posterioridad al 16 de marzo de 1964, salvo una cantidad equivalente a la que utilizaba industrial o comercialmente con anterioridad a esa fecha, es decir, inclusive el que produzcan los pozos que abra en el porvenir. O lo que es lo mismo: Desde la data indicada, la Texas Petroleum Company quedó privada de un producto de su propiedad, salvo en una pequeña parte, producto que si desea utilizar con posterioridad al 16 de marzo de 1964, debe contratarlo o negociarlo con el Gobierno, como quien dice comprárselo, quedando, además con la obligación de pagarle a la Nación el valor del gas desperdiciado, es decir, del que no sea objeto de la negociación, de acuerdo con las voces de su artículo segundo.

O dicho de otra manera: Todo el gas que producía el campo de la concesión Palagua 638 el 16 de marzo de 1964 y que no era utilizado en esa fecha por la concesionaria, y el que produzca en adelante, así provenga de pozos que para entonces no estaban abiertos, pasa a manos de la Nación, y si la Texas necesita utilizarlo deberá contratarlo o negociarlo con el Gobierno. Si una parte de él no es objeto de la negociación y, por consiguiente, se desperdicia, deberá también pagarlo.

Sin reparar en que la Resolución demandada comprende en sus sanciones el gas que se desperdició o volatilizó entre el 16 de marzo de 1964 y la fecha de la providencia, también el que surja entre la fecha de ésta y el momento en que el Gobierno esté preparado para aprovecharlo, gas que por haberse confundido con la atmósfera no se ve cómo puede ser aprehendido ahora o después para negociarlo o fijarle su valor; o sea, considerando que la resolución subjudice sólo puede referirse, como es lógico, al gas desperdiciado en lo sucesivo, no hay duda que impone una sanción, que resulta confiscatoria con respecto a los pozos que se abran en el futuro y una obligación que no está prevista ni en la ley ni en el contrato de Palagua.

En efecto, el gas como el petróleo que extraiga de sus pozos la concesionaria son productos de su propiedad. Si el primero por no ser utilizado por ella dentro del término que le señala la ley se entiende abandonado como es la realidad pues se pierde en la atmósfera, está bien que pueda tomarlo gratuitamente la Nación para aprovecharlo, como lo determina el artículo 14 de la Ley 10 de 1961, y que una vez almacenado por ésta mediante las apropiadas instalaciones técnicas, lo negocie con terceros o con el propietario que lo abandonó, como lo prevé el inciso 2º del artículo 33 del Decreto 1348 de 1961. Pero los artículos de la ley y decreto mencionados no han estatuido en parte alguna, ni podían hacerlo, ni tampoco el contrato de concesión de que se ocupa la Sala, que la concesionaria no puede tomar para sí el gas que provenga de los pozos abiertos con posterioridad a la resolución acusada para sus necesidades industriales y, mucho menos, que tenga que pagar el volumen de gas que se desperdicie de dichos pozos o de los abiertos con anterioridad, si el Estado no toma las medidas conducentes para su aprovechamiento, hechos que también implicarían modificaciones unilaterales de la concesión.

Lo anterior quiere decir que el Consejo, como en ocasiones anteriores en que se le han planteado demandas similares a la presente, tiene que concluir anulando la resolución acusada en todo lo que fuere incompatible con las normas y contrato referidos.

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

FALLA

1º Es nulo el artículo primero de la Resolución número 0906 de veintidós de junio de mil novecientos sesenta y cuatro, proferida por el Ministerio de Minas y Petróleos, en cuanto dicho artículo declara que la Concesión Palagua número 638, contenida en la escritura pública determinada en la parte motiva de esta sentencia, perdió el derecho a utilizar industrialmente, el gas que produzcan los pozos que dentro del campo de la concesión, abra o haya abierto con posterioridad al 16 de marzo de 1964.

2º Es nulo igualmente el artículo segundo de la Resolución mencionada en el párrafo anterior en cuanto ella impone a la concesionaria de Palagua número 638 aludida, la obligación de contratar con el Gobierno Nacional la utilización del gas no desperdiciado que extraiga de los pozos que perfore o haya perforado con posterioridad al 16 de marzo de 1964, así como también en cuanto dispone que la Texas Petroleum Company deberá pagar a la Nación el gas desperdiciado o que no utilice proveniente de los pozos que haya abierto o abra con anterioridad o posterioridad a la fecha últimamente mencionada, en el campo objetivo de la concesión.

Niéganse las demás peticiones de la demanda.

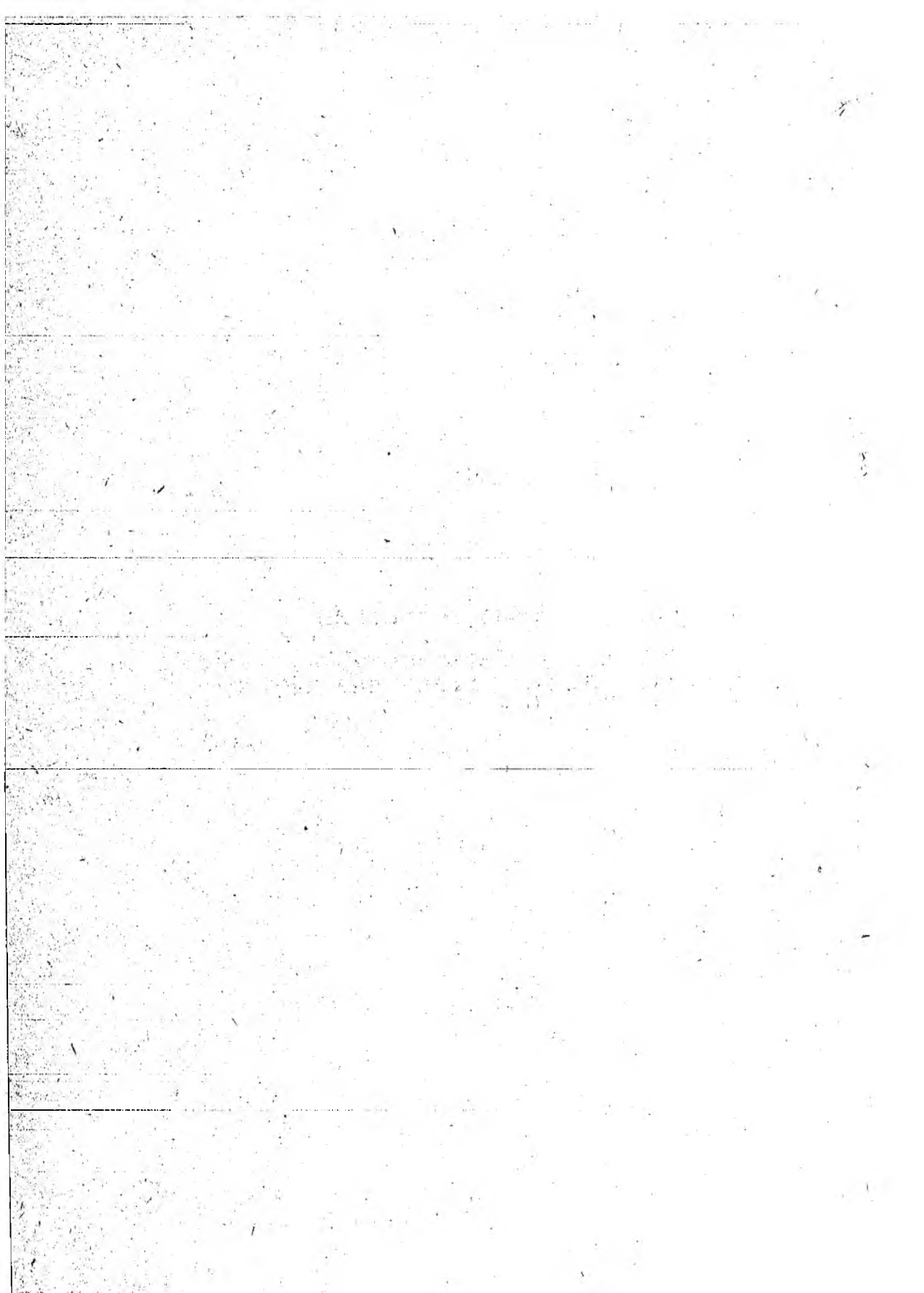
Cóplese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

*Gabriel Rojas Arbeláez, Samuel de Sola Roncallo, Carlos Portocarrero
Mutis, Jorge A. Velásquez D.*

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO TERCERO

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES Y PERSONAS ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL



SUPERINTENDENCIA BANCARIA

- I. **NOTIFICACIONES.** — Ciertamente la doctrina del Consejo reconoce validez al sistema de dar a conocer determinaciones administrativas en cartas u oficios cuya forma no es la de resoluciones propiamente dichas; los actos que contengan son acusables, desde luego y la notificación se entiende surtida cuando el oficio se reciba. Pero en manera alguna ello puede alcanzar al desconocimiento de mandatos legales expresos que, por claros, no pueden ser interpretados. Pero la carta o el oficio mismo en donde el acto administrativo se contiene, debe cumplir el ordenamiento del parágrafo 2º del artículo 11 del Decreto 2733 de 1959, según el cual en el texto de la notificación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra aquél.
- II. **SOBREGIROS.** — Facultad de la Superintendencia Bancaria al respecto. Cuando el legislador en el artículo 1º de la Ley 133 de 1948 adscribió al Superintendente Bancario la función de “expedir certificados acerca del monto líquido que arrojen, de conformidad con las constancias existentes en los libros y documentos de los Bancos, los saldos en contra de clientes de éstos por concepto de pagos de sobregiros o descubierto en cuenta corriente” lo hizo habida consideración de que él mismo, al crear la Superintendencia Bancaria, puso en sus manos el control y vigilancia de los establecimientos de esta índole. La función de expedir certificados de la naturaleza del que se estudia, deriva, pues, de la más alta de controlar y vigilar a los bancos. Y no es, no puede ser mera función mecánica, función amanuense la que está llamada a cumplir la Superintendencia, porque para producir certificados acerca del monto que arrojen los saldos por concepto de sobregiros, el propio ordenamiento legal le indica que debe hacerlo de conformidad con las constancias existentes en libros y documentos de los bancos, lo que implica que anteladamente a la expedición del certificado deba examinarlos.
- III. **NOTIFICACIONES.** — Ciertamente, no es privativa de la rama jurisdiccional la aplicación de la ley a casos concretos. La administración la aplica también porque sus funciones implican la actividad estatal hacia el logro de la cumplida ejecución de la ley. Bien dice la doctrina del Consejo que el acto administrativo es manifestación por excelencia de la función adminis-

trativa y aplica el derecho, bien a través de disposiciones reglamentarias de contenido general e impersonal, ya por medio de decisiones particulares y concretas.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., febrero doce de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Enrique Acero Pimentel*).

El Banco Comercial Antioqueño, asistido por el doctor Diego Tobón Arbeláez ocurre ante el Consejo en procura de que se declare la nulidad de los actos contenidos en las dos Resoluciones siguientes emanadas de la Superintendencia Bancaria: La de 22 de agosto de 1966, que se contiene en el Oficio OJG-05055 dirigido al Gerente del Banco demandante y por la cual decidió la reposición interpuesta contra la contenida en el Oficio DB-03545, y la Resolución incluida en este Oficio DB-3545 de 14 de junio de 1966 que negó una solicitud formulada a la Superintendencia por el mismo Banco.

El petitum agrega que anulados los actos indicados, se restablezca al actor en su derecho mediante la expedición del certificado de sobregiro en la cuenta corriente de Aerovías Nacionales de Colombia en la sucursal Parque de Santander del mismo Banco y por la suma de \$ 642.572.31.

Relatan los hechos de fundamento, en síntesis, que el Gerente de la Sucursal solicitó al Superintendente Bancario por nota de 3 de junio de 1966, que certificara el sobregiro existente en la cuenta de Avianca, solicitud que fue negada en el Oficio DB-03545.

Interpuesta la reposición y la apelación subsidiaria, se negó en Oficio OJG-05055 el primero de los recursos y se consideró allí mismo que no había lugar a la apelación, dándose por terminado el procedimiento gubernativo.

El Superintendente, conforme lo declara en el auto que ordenó la expedición de las copias, constató la existencia del sobregiro cuya certificación se le pidió pero excediendo sus funciones, procedió a analizar jurídicamente los actos que lo produjeron y de allí su negativa a certificarlo.

Al actuar en la forma que se deja establecida, el Superintendente Bancario, que es un funcionario administrativo violó las siguientes normas: El inciso primero del artículo 1º de la Ley 133 de 1948 que da al Superintendente la función de expedir certificados acerca del monto líquido que arrojen, de conformidad con las constancias existentes en libros y documentos de los bancos, los saldos en contra de clientes de éstos por concepto de pagos de sobregiros o descubiertos en cuenta corriente y los provenientes de cartas de crédito abiertas por entidades bancarias en Colombia por orden de sus clientes y utilizadas por los beneficiarios. El artículo 55 de la Constitución Nacional que al establecer que el Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas, consagra el principio general de limitación de competencias. El Superintendente al discu-

rrir sobre hechos, analizar derechos y aplicar la ley a un hecho concreto, invade fueros de competencia judicial y viola la norma constitucional citada. El artículo 58 de la Carta que atribuye a la Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados, la administración de justicia.

Concluyen los hechos afirmando que los apartes que el libelo transcribe de los oficios aludidos, indican cómo el Superintendente en lugar de cumplir el mandato de la ley procedió a analizar hechos y derivar consecuencias de derecho, pues a esto equivale el negarse a expedir el certificado del sobregiro aduciendo elementos de juicio que no es a él a quien corresponde calificar sino a la justicia. Su acto que debió ser administrativo, se convirtió en un acto jurisdiccional ejerciendo una función que no le corresponde y violando en esta forma la regla de separación de funciones.

La demanda dice ejercitar las acciones que se derivan de los artículos 62, 66 y 69 de la Ley 167 de 1941, puesto que los actos acusados son contrarios a la ley, fueron dictados con abuso y desviación de funciones y se ha violado un derecho particular del Banco.

Así, pues, la acción que pretende ejercitarse es la de nulidad o acción pública a que estas disposiciones, especialmente la del artículo 66, se refieren. Pero como bien se observa, el demandante invoca a la vez el restablecimiento del derecho (contencioso de plena jurisdicción), cuando cita en su apoyo la regla del artículo 69 ibidem y cuando afirma que se ha violado un derecho particular del Banco.

SOLICITUD DE SUSPENSION

La controversia reside, y a ello se concreta esta litis, a establecer si la Superintendencia Bancaria debe limitarse por mandato de la ley a expedir el certificado de sobregiro o si tiene facultades legales para examinar la solicitud pertinente y negar la expedición del documento cuando a su juicio haya elementos que así lo aconsejen.

Circunscrito así el presente juicio, se ve con claridad que no es pertinente la suspensión de su trámite, con invocación del artículo 11 del C. de P. P., hasta cuando la justicia ordinaria pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable en el proceso criminal que se ha instaurado en averiguación de los responsables de los delitos de falsedad y estafa, y que se inició mediante denuncia de la Sucursal Parque de Santander del Banco demandante, por el pago de unos cheques contra la cuenta corriente de Avianca en donde el sobregiro dicese haberse producido.

Ciertamente el juzgador, dentro de la discrecionalidad que para él emana de la ley, es quien debe decidir si el fallo que reciba el proceso penal puede influir o no en el asunto civil o administrativo. Para optar por la negativa en este caso, basta considerar que de lo que se trata es primeramente de establecer si se ha comprobado la existencia del sobregiro y si comprobada, puede la Superintendencia Bancaria negarse a certificarlo. En estas condiciones la controversia administrativa no se sale de la órbita que le es propia y el fallo de la autoridad penal es ajeno a lo que aquí se discute porque en el supuesto de que logre demostrarse en el proceso penal que los delitos de su origen fueron cometidos, las consecuencias no forzarían a modificar el planteamiento esencial de la demanda administrativa ni su decisión. Contrariamente a la opinión del señor Fiscal,

la Sala estima que no es la existencia misma del ya dicho sobregiro lo que se dilucida ante la justicia penal sino la manera dolosa o no como se produjo, que es bien diferente, como lo son sus consecuencias enfrentadas al fallo administrativo. En efecto, si aquélla, la justicia penal establece que no existió delito, nacería una responsabilidad civil para Avianca; y al contrario, si el delito se establece, tal responsabilidad estaría a cargo del Banco y ninguna de estas dos hipótesis tienen relación con lo que en este juicio administrativo se ventila, a saber: Si la Superintendencia está o no obligada a expedir el certificado de sobregiro cuando le sea solicitado. Así, pues, no es procedente la solicitud de suspensión arriba mencionada.

EXCEPCIONES PROPUESTAS

Anteladamente debe la Sala ocuparse en el estudio de las excepciones que tanto el señor Superintendente Bancario, como el doctor Antonio J. de Irisarri, mandatario de Avianca, ha propuesto a la decisión del Consejo, porque la prosperidad de cualquiera de ellas, lo inhibiría para decidir en el fondo la controversia planteada.

El señor Superintendente hace consistir la de *ineptitud sustantiva* de la demanda en que dentro de ella se impetraron la acción pública o de simple nulidad y la de restablecimiento del derecho o de plena jurisdicción. Apoya su tesis en recientes fallos de esta misma Sala (Sentencias de 29 de mayo —no de marzo— ponencia del H. C. De Velasco) y de 6 de junio, ambos de 1967, esta última en el juicio número 895 con ponencia del honorable Consejero Meluk.

La lectura atenta de estos dos fallos, el último de los cuales reproduce la doctrina del anterior y el examen del presente negocio frente a los casos tratados en aquéllos, deja ver con claridad que las situaciones son diferentes y las doctrinas no son aplicables a la demanda que el señor Superintendente considera inepta. Aquí no se ha hecho uso de dos acciones a la vez; se han invocado equivocadamente disposiciones que las consagran; pero el contexto del libelo, su manifiesta intención y el *petitum* indican que el actor se acoge a la de plena jurisdicción. No hay, pues, error en la escogencia de la acción adecuada, pero sí en la cita del artículo 66 del C. C. A. Cabe a propósito aludir a la reiterada doctrina del Consejo según la cual "el error en la cita de un artículo no hace perder a la demanda sus perfiles jurídicos ni la unidad de su planteamiento; tampoco se puede afirmar o sugerir que hay acumulación de acciones" (sentencia 16 Jul. 1959, T. LXI bis, Pág. 123). El señor Fiscal refuerza este concepto de la Sala cuando alude a la sentencia de 10 de agosto de 1961 (Anales 392 a 396, Pág. 204) en donde se lee que "la naturaleza del recurso no depende de las palabras empleadas por el demandante para identificarlo, ni de la cita del artículo que establece la acción, sino de los planteamientos generales que se hacen en la demanda". Y en la que se estudia, léese al folio 8º: "Además de solicitar que se anulen los actos acusados, pido al Consejo de Estado que en sustitución de ellos se restablezca el derecho particular violado, en este caso el del Banco Comercial Antioqueño, dictando disposición nueva en reemplazo de las anuladas mediante expedición en sustitución del Superintendente Bancario del certificado de sobregiro..." Y al folio 12 v.: "Ejercito las acciones que se derivan de los artículos 62, 66 y 69 de la misma Ley, puesto que los actos acusados son contrarios a la ley, fueron dictados con abuso y desviación de funciones y conforme lo he expresado se ha violado un derecho particular del Banco Comercial Antioqueño y el modo de restablecerlo estimo que es sustituyendo las decisiones acusa-

das con la expedición del certificado negado". La invocación del artículo 69, además, no deja duda de que el actor se acogió a la acción de restablecimiento del derecho.

No prospera, pues, la excepción de inepta demanda.

CADUCIDAD DE LA ACCION

El distinguido apoderado de Avianca propone al Consejo que resuelva el negocio sub-judice declarando la caducidad de la acción contenciosa de plena jurisdicción (Fl. 64). Y apoya su propuesta en doctrina de la Corporación de la que dicese haber reconocido validez al sistema consistente en dar a conocer determinaciones administrativas a través de simples cartas u oficios que no llenan estrictamente las formas propias de las resoluciones. En tales casos esos oficios son tan acusables como cualquier decisión administrativa, y "desde el momento de la recepción de la carta se entiende surtida la notificación de la decisión contenida en ella..." (Sent. 21 marzo 1960, Anales LXII, Pág. 185). Argumenta, además que consta en autos que el Banco recibió el oficio DBG-03545 el mismo día 14 de junio de 1966 en que fue expedido, entendiéndose que en ese momento se surtió la notificación de la decisión administrativa en él contenida, lo que aparece acreditado no sólo con el certificado expedido por el Superintendente (Fl. 45 v.) sino con la propia manifestación del representante legal del Banco (Fl. 2) y con la constancia suscrita por el Jefe de la División Administrativa (Fl. 6). Que se entiende agotada la vía gubernativa de conformidad con los artículos 82 del C. C. A. y 18 del Decreto-ley 2733 de 1959 en los siguientes casos:

a) Cuando las decisiones administrativas no son susceptibles de ninguno de los recursos gubernativos (reposición o apelación); b) Cuando los recursos gubernativos se han interpuesto en tiempo y han sido decididos; c) Cuando interpuestos los recursos gubernativos, se produce el silencio de la administración; d) Además de las anteriores hipótesis de agotamiento de la vía gubernativa, existe un evento que anda insito dentro de las normas legales como lo ha reconocido la jurisprudencia de esa Superioridad. En efecto, cuando existen recursos gubernativos ellos deben interponerse dentro de los términos prescritos por el artículo 14 del Decreto-ley 2733 de 1959, en forma tal que si a pesar de existir no se interponen en tiempo, la providencia respectiva causa ejecutoria, se agota la vía gubernativa y a partir de ese momento queda abierta la puerta al ejercicio de las acciones contenciosas administrativas (Sentencias de 19 de abril de 1967, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Ponente: H. C., Dr. Arango Henao, inédita).

Afirma que hay constancia en el juicio de que el 16 de julio de 1966 se recibió en la Superintendencia el escrito del 12 de los mismos mediante el cual el Banco interpuso los recursos gubernativos que considera procedentes contra la decisión del 14 de junio de tal año, de donde concluye que el primero de los actos quedó ejecutoriado el 20 de junio de 1966 y el Banco estuvo en condiciones de interponer el recurso de reposición, único procedente, hasta las 12 de la noche de ese día. Sin embargo solamente lo hizo el 16 de junio de 1966. De tal modo, aparece para el apoderado de la parte opositora que el 21 de junio de 1966 comenzó a correr el término indicado por el inciso 3º del artículo 83 del C. C. A. que venció el 21 de octubre de ese año. Como la demanda fue presentada el 14 de diciembre del mismo, lo está fuera de término. Y concluye "No vale argüir contra la evidencia que fluye del cuadro anterior, que la Superintendencia Bancaria estudió y resolvió los recursos gubernativos que interpuso el Banco Co-

mercial Antioqueño, lo cual cumplió esa entidad administrativa al expedir la decisión contenida en el oficio número OJG-05055 del 22 de agosto de 1966, y que, por tanto, la acción no ha caducado pues la demanda se presentó dentro de los cuatro meses contados a partir de la notificación de esta última decisión, por dos razones principales.

No vale porque, como se ha visto, los recursos gubernativos fueron manifestamente extemporáneos, toda vez que cuando el Banco Comercial Antioqueño los interpuso, la decisión recurrida se encontraba ejecutoriada. Y no lo vale porque, de otra parte, como lo ha expresado el Consejo de Estado por conducto de la misma Sala y Sección que habrá de fallar el negocio sub-judice, actitudes de esta índole adoptadas por la administración no vinculan a la Corporación cuyo criterio es el de que "los términos se vencen y las actuaciones administrativas o judiciales deben cumplirse en las fechas o momentos señalados por la ley y no en las escogidas por la administración o por los interesados" (sentencia de 19 de abril de 1967 antes citada).

Opónese el señor Fiscal a la declaratoria de caducidad y consigna su desacuerdo con los argumentos del opositor manifestando que según el artículo 10 del Decreto 2733 de 1959, las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado y el parágrafo 2º del artículo 11 manda que en el texto de la notificación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra la providencia de que se trata. Además el artículo 12 ordena que sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella y utilice en tiempo los recursos.

Si el oficio DBG-03545 fue notificado el 14 de junio de 1966, como se desprende del certificado de la Superintendencia, no aparece la constancia de que se le haya hecho saber al Banco el recurso que legalmente procedía contra la determinación tomada por ella, sin embargo de lo cual el Banco interpuso el de reposición en tiempo oportuno el 16 de julio de 1966 porque sólo en ese momento se dio por enterado de la providencia.

Agrega el señor Fiscal que el recurso fue resuelto en oficio OJG-05055 de 22 de agosto de 1966, pero de él no se hizo notificación personal sino que fue enviado por correo aéreo el mismo 22 de agosto. Y que esta forma de notificación por correo absurda y peligrosa, sólo la establece la ley para notificar liquidación de impuestos (Dto. 553 de 1944).

Son varias las razones en las cuales la Sala apoya su disenso con la tesis de la parte opositora y se acuerda con las de la vista fiscal.

Ciertamente, la doctrina del Consejo reconoce validez al sistema de dar a conocer determinaciones administrativas en cartas u oficios cuya forma no es la de resoluciones proplamente dichas; los actos que contengan son acusables, desde luego y la notificación se entiende cuando el oficio se reciba. Pero en manera alguna ello puede alcanzar al desconocimiento de mandatos legales expresos que, por claros, no pueden ser interpretados.

Anota con acierto el doctor Irisarri que la finalidad de la notificación no es otra que la de poner en conocimiento de los interesados la decisión tomada por la administración en determinado asunto para que puedan hacer valer

su derecho al recurso. Dar a conocer, poner en conocimiento, no es otra cosa distinta a la de hacer constar fehacientemente el contenido del acto, bien sea por la personal notificación o por el recibo personal de la carta con la atestación de que el destinatario se enteró de sus términos. Fluye, pues, que el solo depósito del sobre cerrado que guarda el original del acto, en una oficina de recibo de cualquier entidad no llena estos requerimientos. Además, la carta o el oficio mismo en donde el acto administrativo se contiene debe cumplir el ordenamiento del párrafo 2º del artículo 11 del Decreto 2733 de 1959, según el cual en el texto de la notificación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra aquél. Ninguno de estos dos presupuestos aparece que se haya cumplido. Y sábase que el artículo 12 *ibidem* dispone que sin el lleno de estos requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni la providencia surtirá efectos legales. A menos, como lo reza ese texto, que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella y utilice en tiempo los recursos.

Corrió adversa suerte una notificación carente de los requisitos aludidos en el fallo de 22 de enero del año en curso de esta misma Sala cuyo ponente lo fue el honorable Consejero doctor Arango Henao. (Expediente N° 819).

En el presente negocio debe tenerse, pues, por surtida la notificación cuando según las constancias que obran en autos, el Banco se dio por enterado de la providencia e interpuso el recurso pertinente, como lo dice el Fiscal, quien juiciosamente observa, además que el Oficio OJG-05055 que contiene la resolución del recurso, "fue enviado por correo aéreo el día 22 de agosto de 1966" y esta forma de notificación por correo, peligrosa en verdad, sólo la establece la ley para liquidación de impuestos.

Se deniega, en consecuencia, la excepción referida.

EL FONDO DE LA LITIS

La síntesis de los hechos que se hizo *ab initio* de este fallo, circunscriben la contención administrativa a saber si con la competencia que la Ley 133 de 1948 da al Superintendente Bancario, estaba él obligado a expedir la certificación que de la existencia del sobregiro en la cuenta de Avianca en la sucursal del Banco actor, se le solicitó por éste mismo; o si podía condicionar su expedición al previo estudio del caso y negarla según su recto criterio o con base en documentos previamente considerados. Y, además, si con la negativa del Superintendente fueron quebrantadas las disposiciones que la demanda considera violadas.

De los actos acusados predica la demanda que primeramente violan el inciso 1º del artículo 1º de la Ley 133 de 1948 por cuanto "a una función de constatación, de carácter administrativo, el señor Superintendente se negó a darle cumplimiento alegando razones que claramente exceden a su competencia".

Cree el actor que esta norma es atributiva de una competencia muy específica y "reduce la función del Superintendente Bancario a expedir una certificación de conformidad con las constancias existentes en los libros y documentos de los bancos. En ninguna forma le atribuye facultad para analizar el derecho y decidir acerca de él lo que mal podría haberse atribuido ya que su calidad es de funcionario administrativo y no jurisdiccional".

Que violan el artículo 55 de la Carta porque el Superintendente al discutir sobre hechos, analizar derechos y aplicar la ley a un hecho concreto,

invade fueros de competencia judicial. Y el 58 de la misma obra en donde se dice a qué entidades se atribuye la administración de justicia.

Los fundamentos de la Superintendencia para negar la expedición del certificado, pueden resumirse así:

Oficio DBG-03545: Del informe del funcionario de la Superintendencia enviado a la sucursal del Banco, resulta: a) Que Avianca advirtió para efectos de control que sobre esa cuenta no podrán aceptarse sobregiros y que no obstante esa prohibición, el Banco cargó en la cuenta cheques que lo produjeron; b) Que al recibir Avianca el extracto con el sobregiro, lo rechazó dentro del término legal; c) Los cheques cargados no fueron girados por Avianca sino que eran falsos al decir de esa Compañía; d) Siendo en verdad, como lo es, que el Banco creó el sobregiro contra la expresa estipulación del contrato de cuenta corriente con Avianca; que no dio el aviso a que estaba obligado y que los cheques cargados parecen ser falsos, mal puede este Despacho expedir el certificado que se solicita porque para que exista descubierto certificable, es indispensable que se base en hechos que comprometan la responsabilidad del titular de la cuenta respectiva.

Oficio OJG-05055: Aun cuando la finalidad principal de la función atribuida al Superintendente Bancario por el artículo 1º de la Ley 133 fue la de facilitarles a los bancos un medio rápido y eficaz para hacer efectivos los saldos a cargo de sus clientes por pago de sobregiros o descubiertos en cuenta corriente, es indudable que dicha función, por su misma finalidad y por el hecho de habersele atribuido al funcionario encargado de la supervigilancia bancaria, no puede estar limitada a la simple confrontación de los saldos que figuran en los libros de los bancos a cargo de sus clientes, sino que debe comprender también un examen cuidadoso de los hechos que van a ser objeto de certificación a fin de obtener la necesaria certeza sobre su ocurrencia.

El mismo carácter de título ejecutivo que la ley le confiere a esta clase de certificados, exige del funcionario que los expide un grado máximo de cautela que evite los posibles perjuicios resultantes de la iniciación de una acción no debidamente fundada.

Alegato final. — La regla general es que no deben admitirse sobregiros en las cuentas corrientes bancarias y que si esto llega a ocurrir sea mediante autorización expresa del girado al girador. La existencia o inexistencia del sobregiro depende de que los cheques hayan sido girados o no realmente por el cuentacorrientista y mientras no tenga la certeza de ese hecho no puede certificarlo. La Superintendencia tiene la función de expedir certificados y el Diccionario de la Real Academia define *función* como "Acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio". Y *certificar* como "Hacer cierta una cosa por medio de instrumento público, de donde certificación es el "instrumento en que se asegura la verdad de un hecho". Con buen juicio, la Ley 133 exige al Superintendente que antes de expedir los certificados de sobregiro examine las constancias existentes en los libros y documentos de los bancos y obre de conformidad con lo que de ese examen resulte.

Por su parte la Fiscalía no estima que el Superintendente haya violado la disposición legal invocada ni que haya expedido un acto jurisdiccional; se limitó a cumplir lo preceptuado en el artículo 1º de la Ley 133, a ejercitar una pura función administrativa de vigilancia que le compete de acuerdo con

las normas que regulan su actividad. El Superintendente no juzgó nada sobre la verdad de los cheques que produjeron el sobregiro sino que aplicó la ley, función ésta también propia de los funcionarios administrativos. Termina la vista fiscal conceptuando que deben negarse todas las súplicas de la demanda.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA

Cuando el legislador en el artículo 1º de la Ley 133 de 1948 adscribió al Superintendente Bancario la función de "*expedir certificados acerca del monto líquido que arrojen, de conformidad con las constancias existentes en los libros y documentos de los Bancos, los saldos en contra de clientes de éstos por concepto de pagos de sobregiros o descubiertos en cuenta corriente*" lo hizo habida consideración de que él mismo, al crear la Superintendencia Bancaria, puso en sus manos el control y vigilancia de los establecimientos de esta índole. La función de expedir certificados de la naturaleza del que se estudia, deriva, pues, de la más alta de controlar y vigilar a los bancos. Y no es, no puede ser mera función mecánica, función de amanuense la que está llamada a cumplir la Superintendencia, porque para producir certificación acerca del monto que arrojen los saldos por concepto de sobregiros, el propio ordenamiento legal le indica que debe hacerlo de conformidad con las constancias existentes en libros y documentos de los bancos, lo que implica que anteladamente a la expedición del certificado deba examinarlos.

Diflere la Sala de los argumentos de la demanda y de los consignados en el alegato final del señor Procurador del Banco Comercial Antioqueño.

Ciertamente, no es privativa de la rama jurisdiccional la aplicación de la ley a casos concretos. La administración la aplica también porque sus funciones implican la actividad estatal hacia el logro de la cumplida ejecución de la Ley. Bien dice la doctrina del Consejo que el acto administrativo es manifestación por excelencia de la función administrativa y aplica el derecho, bien a través de disposiciones reglamentarias de contenido general e impersonal, ya por medio de decisiones particulares y concretas.

Por otra parte, si el artículo 1º de la mentada Ley 133 manda al Superintendente ejercer esa función de conformidad con constancias en libros y documentos bancarios, lo impele al estudio de todos ellos para sacar sus propias conclusiones. Bien anota el Superintendente en su alegato que la Real Academia define el vocablo *función* como acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio. Certificar según ella es hacer cierta una cosa por medio de instrumento público, de donde certificación es el instrumento en el cual se asegura la verdad de un hecho. Finalidades tales, no pueden cumplirse irreflexivamente; debe precederlas examen, raciocinio, discurso, argumento. Si precisamente esto hizo la Superintendencia Bancaria, como los oficios lo demuestran, ningún quebrantamiento de normas superiores puede serle achacado.

Se acuerda la Sala con el concepto fiscal cuando expresa: "De tal suerte que si del examen de esos libros y constancias encontró (la Superintendencia) que no le era factible atender a la petición del actor, se limitó simplemente a cumplir la ley aun en su sentido natural y obvio, máxime si a ello se agrega que, según el certificado de folio 49, el Visitador de la Superintendencia constató que el Banco no cumplió las condiciones estipuladas para el manejo de la cuenta corriente de Avianca".

Es indubitable, pues, que la Superintendencia en el caso debatido se limitó a cumplir una pura función administrativa de su competencia.

Consecuencia de estos razonamientos es la de que para la Sala la demanda no está llamada a prosperar.

Así, pues, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega las súplicas de la demanda.*

Revalídese el papel común.

Cóplese y notifíquese.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

INSTITUTO DE FOMENTO ALGODONERO

ACTUACIONES MATERIALES DE LA ADMINISTRACION.

No pueden ser anuladas, como sí pueden serlo los actos administrativos o decisiones jurídicas; y en cuanto a recursos, según se trate de aquéllas o de éstas, no existen sino, respectivamente, el recurso de indemnización y el recurso de anulación.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.
Bogotá, D. E., febrero veinte de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Gabriel Rojas Arbeláez*).

Ref. Expediente N° 839. Actor: *Alberto Rojas Chaux*.

Obrando por medio de apoderado, el doctor Alberto Rojas Chaux solicitó en demanda presentada ante esta Corporación el 12 de septiembre de 1963, se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que es nula la decisión adoptada por la Junta Directiva del Instituto de Fomento Algodonero, en su sesión del día 3 de julio de 1963, por la cual aquélla se negó a reconocer y ordenar pagar a mi cliente, el valor de las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios ocasionados por ese Instituto y los cuales se demandaron formalmente en escrito de 25 de abril último.

"Segunda. El actor tiene derecho a ser plenamente indemnizado por el Estado colombiano (Instituto de Fomento Algodonero), por los hechos y omisiones puntualizados en la demanda formulada al Instituto citado, el día 25 de abril de 1963, y en consecuencia el Estado colombiano (Instituto de Fomento Algodonero) es civil o administrativamente responsable de todos los daños y perjuicios que le fueron ocasionados a mi cliente con las actuaciones equivocadas de aquella entidad.

"Tercera. Condénase al Estado colombiano (Instituto de Fomento Algodonero) a pagar dentro del plazo que se fije en la sentencia, al doctor *Alberto Rojas Chaux*, o a sus causahabientes, las sumas de dinero a que asciendan tales daños y perjuicios, y cuya cuantía vale como mínimo \$ 215.000.00, pero que será la que resulte de justa tasación de peritos designados en forma legal, dentro del juicio, o con posterioridad, si la condena se hace en abstracto. En la condena se incluirán los intereses legales hasta cuando el pago se verifique".

Para fundamentar la acción el demandante relacionó los siguientes

HECHOS

"1º Estando interesado el doctor Alberto Rojas Chaux en el cultivo de palma africana, acudió al Instituto de Fomento Algodonero en solicitud de asesoría técnica, y allí recibió del doctor Luis R. Rojas Cruz, Jefe de Oleaginosas Perennes, el concepto de que las vegas del río Carare o las del Acacias, son terrenos indicados para ese cultivo. Esto fue en el mes de agosto de 1962.

"2º Ante esa opinión, el doctor Rojas Chaux en el mismo mes, solicitó al IFA el envío de un técnico a visitar una finca llamada 'El Brasil', situada en las vegas del río Carare, y ese funcionario, que fue el doctor Hernán Gaviria M. aconsejó la compra de la mencionada hacienda como indicada para el cultivo de la palma africana. La compra se hizo por escritura número 6985 de 1962 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá.

"3º Adquirido 'El Brasil', quiso el doctor Rojas Chaux que el IFA siguiera asesorándolo, y a ese efecto y obtener un análisis de los terrenos comprados, llevó varias muestras de tierra al doctor Rojas Cruz, quien aconsejó sembrar palma africana en tal hacienda.

"4º Además fue comisionado nuevamente el doctor Hernán Gaviria M. para llevar a cabo un estudio completo sobre los terrenos, y éste en comunicación de 26 de octubre de 1962 dio su concepto al que pertenecen las siguientes afirmaciones:

"La zona del Brasil reúne los requisitos exigidos por la Palma Africana en lluvias y luminosidad, ya que llueve en la mayoría de los casos por la noche y con un nivel de aguas subterráneas o freáticas por debajo de dos metros, aun después de un aguacero. La fertilidad del suelo es óptima para la Palma Africana; tiene una vega alta de suelo francoluminoso producido con una superficie aproximada de 200 hectáreas; luego sigue una terraza alta de textura luminosa y limoarcillosa (sic) que es la más extensa de la finca. Las aguas lluvias drenan fácilmente; presenta un microrrelieve que no permite encharcamientos; esto ayuda al mejor desarrollo del cultivo y disminuye costos por construcción de drenaje.

"La localización es apropiada, con la utilización del río Carare y a unos 20 minutos en la lancha de Santa Rosa, sitio hasta donde llega la carretera que en poco tiempo pasará por la finca. En esta zona tiene interés especial la Caja Agraria como zona de colonización, y actualmente tiene equipos en la construcción de una carretera que comunicará a Cimitarra con las bocas del Río Horta, por carretera, El Brasil queda a tres horas aproximadamente de Puerto Berrio, con facilidad para utilizar el ferrocarril, y a unas siete horas de Bogotá.

"En mi concepto debe iniciar la tumba de monte en forma inmediata, y la construcción de semilleros para empezar la siembra en sitio definitivo en el primer semestre de 1964. Sobra advertir que el Instituto de Fomento Algodonero está dispuesto a ayudarlo en la orientación técnica del cultivo, en sus oficinas de Bogotá y Bucaramanga cuando Ud. lo juzgue necesario".

"5º El doctor Rojas Chaux teniendo en cuenta la asesoría técnica suministrada por el IFA, una vez adquirida la finca 'El Brasil' comenzó a preparar los terrenos para el cultivo de la palma africana, y al efecto contrató trabajadores para las obras de desmonte, compró mejoras, hizo reparaciones locativas, adquirió maquinarias, y en fin, hizo gastos por un valor aproximado de doscientos trece mil novecientos noventa y ocho pesos con treinta y tres centavos (\$ 213.998.33).

"6º Pero resulta que el IFA siguió asesorando a mi mandante y al efecto llegó hasta aprobarle por parte de la *entidad* un negocio con mi cliente sobre compraventa de 9.000 palmas africanas, fuera de la negociación realizada de 30.000 semillas de dicha oleaginosa, que llevó a cabo mi cliente, con la mencionada destinación".

"7º Entonces mi poderdante ante algunas dudas sobre la calidad de aquellos terrenos, resolvió volver al IFA, y solicitó nuevamente el concurso del IFA para el examen de la tierra de su hacienda El Brasil, y el IFA en el mes de marzo de este año por intermedio de un alto funcionario volvió a visitar la hacienda *Brasil*, y mediante comunicación oficial suscrita por el doctor J. Alfonso Barreneche E. dio concepto desfavorable a mi cliente sobre los suelos de la hacienda *Brasil*. Dice así la conclusión del IFA comunicada en marzo a mi mandante:

"*Conclusión.* Los suelos de la hacienda El Brasil no son aptos para la palma africana. Otros aspectos: Localización, transporte, mano de obra, etc., no fueron examinados".

"8º Como consecuencia de este concepto mi mandante paralizó los trabajos que había adelantado en El Brasil y fuera de esto, se siente lesionado en su patrimonio económico porque la finalidad de la compra de aquella hacienda era la del cultivo de la palma africana, y resulta que el IFA lo asesoró equivocadamente, en vez de prestarle un servicio técnico acertado; porque creyó en el concepto dado por el IFA sobre la calidad de los suelos de El Brasil y resulta que esos suelos *no son aptos* para tal cultivo, y esto sólo vino a saberse después de que mi mandante había hecho cuantiosas inversiones de dinero y de tiempo perdido, lo cual vale alrededor de \$ 213.998.33 m. l. porque resulta que dicha hacienda con esas inversiones no tiene prácticamente ningún valor comercial; y como mi cliente sigue interesado en el cultivo de la *palma africana*, en las condiciones actuales ha perdido todo interés de dedicarse a otra actividad en aquella hacienda El Brasil.

"9º Mi cliente ha recibido efectivamente perjuicios materiales debido a una asesoría técnica equivocada prestada por el IFA en los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 1962, y primeros meses del presente año, por intermedio de sus representantes legales, mediante la ejecución de una serie de actos administrativos ilegales".

"10. El 25 de abril de 1963 mi mandante solicitó al Instituto de Fomento Algodonero el reconocimiento y pago de los perjuicios relatados, y aquella entidad según decisión demandada, después de haber estudiado el asunto, resolvió negar la indemnización, alegando que el concepto técnico del ingeniero Hernán Gaviria, no estaba del todo equivocado. Es decir, que discutió con mi cliente la cuestión controvertida, y no aceptó los razona-

mientos de la demanda por la vía administrativa. En esta forma se surtió la etapa gubernativa”.

“11. La actitud negativa del Instituto de Fomento y la asesoría técnica equivocada causaron perjuicios a mi cliente y es responsable de ellos y debe pagarlos el Estado colombiano (Instituto de Fomento Algodonero), que es un establecimiento público descentralizado, y que en materias de fomento de oleaginosas cumple funciones propias del mismo Estado colombiano según las normas legales vigentes”.

DISPOSICIONES VIOLADAS

Se citaron en la demanda como disposiciones violadas los artículos 16, 17, 20 y 30 de la Constitución y el 1º del Decreto legislativo número 2953 de 1956.

Se dijo además que se había infringido el contrato celebrado por el Instituto de Fomento Algodonero con el Gobierno Nacional, en desarrollo de la disposición últimamente citada.

EXCEPCION PROPUESTA

El señor Agente del Ministerio Público propuso la excepción de *prescripción*, afirmando al respecto que los actos administrativos causantes del presunto perjuicio alegado por el demandante fueron los conceptos dados por los técnicos del Instituto de Fomento Algodonero, o al menos el primero de ellos, y no el Acta número 328, de la Junta Directiva del mismo Establecimiento. Y que como el término transcurrido entre la fecha de presentación de la demanda y la de cualquiera de aquellos conceptos es mayor de cuatro meses, la acción se ejercitó fuera de tiempo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Nuestro sistema legal en ninguna parte confunde el derecho de petición y los recursos jurisdiccionales. Quizá ningún sistema legal los confunda, porque el punto envuelve una cuestión de regularidad y seguridad administrativas, de estabilidad institucional, y en síntesis, de orden público. En el estado que solemos calificar como “de derecho” por su sometimiento a las leyes y como “democrático” por el origen de la soberanía que ejercita, es explicable que el cogobernante y a la vez delegante de autoridad que es el ciudadano, pueda pedir ampliamente. Pero aun allí el derecho de petición tiene un límite: ese límite consiste en no poder dar virtualidad a las acciones prescritas, porque lo contrario conllevaría un elemento antijurídico y un grave factor de perturbación pública.

Se tiene entonces, que si, como lo prescribe el artículo 7º del Decreto-ley 2733 de 1959, “el simple derecho de petición es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena”, se impone a veces distinguir cuándo una acción se ha ejercitado contra el acto administrativo, no solicitado sino autónomo, y que es la causa positiva de los efectos jurídicos a los que un particular atribuye lesiones patrimoniales. La distinción es necesaria no sólo porque ella surge de la disposición mencionada, sino porque el espíritu de ésta no es otro que el de mantener la intangibilidad de la ley procesal, ordenamiento de interés público.

Según los planteamientos de la demanda, se está en presencia de un hecho y un acto: el hecho, la mala asesoría técnica de que habla el actor, configu-

rada a través de los conceptos contradictorios de dos funcionarios del Instituto de Fomento Algodonero; y el acto: la decisión de que da cuenta el Acta número 328 de 3 de julio de 1963, decisión mediante la cual se determinó no acceder a la solicitud de indemnización elevada por el doctor Alberto Rojas Chaux.

Carece de interés en el presente caso adelantar ninguna consideración sobre las características y diferenciaciones del acto, el hecho y la operación administrativa. Pero si lo tiene y de carácter fundamental, determinar si en concurrencia de varios actos aislados, que por serlo no constituyen ni un acto complejo ni una operación integrada por ellos, o si en presencia de un hecho o un acto, quien va a demandar es libre de escoger el objeto de su recurso. Porque lo que registra el proceso que va a decidirse, es que el actor accionó contra el acto y prescindió del hecho, como carente de incidencia en la litis.

Acto de la administración, es según la más amplia acepción registrada por la doctrina, toda manifestación de voluntad, de parecer y aun de deseo, emanada de los Agentes del Poder Público. Actos de la administración fueron, pues, en sentido genérico, los conceptos que funcionarios del Instituto de Fomento Algodonero debieron dar a solicitud del demandante, y la decisión que se adoptó por la Junta Directiva de esa entidad en la gestión que relaciona el Acta número 328 antes citada. Sin embargo, también se tiene establecida la diferencia entre los simples actos de la Administración y los auténticos actos Administrativos, porque éstos están definidos por las normas de obligatoriedad y ejecutoriedad que no todos aquéllos pueden ostentar. El mero dictamen de un experto no tiene "vis compulsiva", ni por su falta de conformidad con lo que en un momento dado pueda aceptarse por verdad científica puede tenerse como violador de ninguna norma legal. Esa actuación no sería susceptible de ser anulada, y si de ella se hicieran derivar daños por su deficiente fundamentación y sus conclusiones erradas, eso no podría ser sino por tratarse en el fondo de un hecho, de una actuación material causante de perjuicios. Producir un concepto errado, el cual ha de servir para orientar actividades de los particulares, que si son económicas pueden recibir detrimento, es una actuación material, un hecho, como lo sería la elaboración de un concepto cualquiera.

Pero las actuaciones materiales de la administración no pueden ser anuladas, como sí pueden serlo los actos administrativos o decisiones jurídicas; y en cuanto a recursos, según se trate de aquéllas o de éstas, no existen sino, respectivamente, el recurso de indemnización y el recurso de anulación. (De Laubadere, Tratado Elemental de Derecho Administrativo. Tomo I, páginas 208 y 427).

Esto es lo que consagra nuestra ley procesal de lo Contencioso Administrativo. Después de transcribir en el artículo 67 que aquel que se crea lesionado en un derecho suyo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho, establece en el artículo 68 que también se puede pedir el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. Agrega que en este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes. La razón de esto último es que la actuación material no se anula; y por eso bien hubiera podido decir la ley que en tratándose de hechos u operaciones administrativas materiales no sería del caso ejercitar la acción de nulidad. No dijo así sino que "no será necesario", como si fuera posible anular lo que fue y ya no es, o sucesos de trazo instantáneo. Pero si expresó que es necesario "demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones corres-

pondientes". Esta necesidad excluye el ejercicio de otros recursos y establece lo perentorio para el demandante de ejercitar la acción que la propia ley señala.

Acorde con el artículo 68 en el artículo 83 dispone que la acción "encomendada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares prescribe, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

En el negocio en estudio la causa que origina la acción, y la que produjo los presuntos perjuicios, no fue la decisión de la Junta Directiva del Instituto de Fomento Algodonero, como se plantea en la demanda, sino la asesoría errada del IFA, según se dice en la misma. Ese establecimiento no hizo otra cosa que no acceder a una petición fundada en hechos ya ocurridos y por alegadas lesiones patrimoniales ya causadas. Con el acto no puede sustituirse el hecho para efectos de enderezar el recurso, porque esto contraviene la ley que tan claramente distingue entre la publicación, notificación, ejecución de aquél y la realización del último.

No es pertinente al punto que se considera establecer cuál de los dos conceptos de que dan cuenta los hechos relacionados en la demanda fue la causa original del perjuicio que alega la parte actora para contar el término dentro del cual se debió instaurar aquélla. Lo cierto es que así se tome la fecha del último concepto, día en el cual, podría decirse que tuvo noticia el demandante de la "asesoría equivocada", la demanda resulta instaurada extemporáneamente. En efecto aquel concepto se comunicó el 3 de abril de 1963, y la demanda se estableció el 12 de septiembre del mismo año. La excepción propuesta por el señor Fiscal y que en realidad se denomina, Caducidad de la Acción, debe prosperar.

Obviamente sobra anotar que la decisión de la excepción propuesta libera de toda estimación de fondo, y que las consideraciones anteriormente formuladas se han hecho conforme a los supuestos del libelo.

DECISION

Por lo expuesto anteriormente, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Declarase caducada la acción y en consecuencia se absuelve al Instituto de Fomento Algodonero de los cargos formulados en la demanda.

Cópiese, notifíquese. Revalídese el papel común.

Jorge A. Velásquez, Samuel de Sola Roncallo, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

CARRERA ADMINISTRATIVA. — Forma de refrendar el escalafón. — El Decreto-ley 1732 de 1960, no admitió en forma incondicional en el nuevo escalafón de la Carrera Administrativa, a quienes fueron escalafonados de conformidad con la Ley 165 de 1938. Los empleados públicos que habían obtenido ese estado quedaron sometidos a que la Comisión Nacional del Servicio Civil se lo refrendara, mediante la observancia de ciertos requisitos. La nueva ley sobre Carrera Administrativa respetó los derechos adquiridos por aquellos empleados escalafonados conforme a la Ley 175 de 1938, pero como es lógico, en cuanto al ejercicio dichos derechos quedaron condicionados en la forma y términos establecidos por el artículo 172 del Decreto-ley 1732 de 1960, reglamentado por el Decreto 1017 de 1961.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.
Bogotá, D. E., febrero veintisiete (27) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero Ponente: *Doctor Belisario Arciniegas*).

El señor Contralor General de la República, en Resolución ordinaria número 1391 de 16 de octubre de 1963 motivada extensamente, decretó la remoción definitiva de la empleada *Maria Victoria Ortega A.* (hoy señora de Mejía) del cargo de Revisor de la Auditoría Fiscal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, y su separación del servicio de la Contraloría General de la República, resolución de la cual, después de haberle sido notificada personalmente al apoderado de la interesada el mismo día de su expedición, solicitó reposición en escrito presentado el 23 de los citados mes y año. (Folios 8 a 14, cuaderno principal).

Negado el recurso en la Resolución 1527 de 6 de noviembre de 1963, notificada el 14 de noviembre de dicho año, quedó agotada la vía gubernativa, y de esta manera el doctor Hernán Mejía Gallo, en escrito presentado en la Secretaría de la Sala de lo Contencioso Administrativo el 20 de marzo de 1964, solicitó que, por los trámites pertinentes del C. C. A. y con audiencia del señor agente del Ministerio Público se hagan las siguientes declaraciones:

1º Que es nula la Resolución 1391 originaria de la Contraloría General de la República de fecha 16 de octubre de 1963 confirmada por medio de la Resolución 1527 de fecha 6 de noviembre del propio año citado, y que se declaró ejecutoriada por providencia de 21 del mismo mes de noviembre de 1963, y por medio de la cual, en su artículo 1º decretó la remoción definitiva de mi poderdante señora *Maria Victoria Ortega de Mejía* en el cargo de Revisor de la

Auditoría Fiscal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, y su separación del servicio de la Contraloría General de la República por ser violatoria de mandatos superiores.

2ª Que es nula, asimismo, la Resolución 1391 de 29 de noviembre de 1963 originaria del mismo despacho de la Contraloría, en cuanto y por cuanto por medio de ella se nombró al señor Raúl Tovar Quintana en reemplazo de mi patrocinada, y es persona que no pertenece a la Carrera Administrativa.

3ª Que, en consecuencia, se disponga el restablecimiento del derecho de la señora Ortega de Mejía, vulnerado por los actos acusados, a cuyo efecto solicito se ordene:

a) El restablecimiento de mi mandante en el cargo de Revisora de Cuentas en la Auditoría Fiscal ante la Empresa Nacional de Telecomunicaciones o en otro de igual o superior categoría en la Contraloría General de la República, restitución que debe hacerse dentro del término fijado por el artículo 121 del C. C. A.;

b) El pago de los sueldos, primas, bonificaciones y demás expensas y prestaciones sociales que haya dejado de devengar desde el 1º de diciembre de 1963 fecha en que fue ilegalmente reemplazada, hasta la en que se haga el reintegro de conformidad con el ordinal a) que serán los que tenga asignados el cargo en mención, y

c) Que el lapso de tiempo comprendido en la parte anterior se considera interrumpido para efectos de prestaciones sociales y demás a que hubiere lugar, por razón del retiro ordenado por el acto acusado.

Como hechos de la demanda, relacionó los siguientes:

1º Mi mandante ingresó al servicio de la Contraloría General de la República o sea al servicio público nacional, el día 13 de enero de 1936, como mecanógrafa de la Dirección de Estadística, y sirvió en aquella dependencia hasta el día en que se produjo su ilegal retiro, por medio de la Resolución acusada, con las interrupciones a que se refiere el certificado de servicios expedido por la misma Contraloría. Después de tan largo período de tiempo, resulta un tanto jocoso el que se pretenda hacerla aparecer como empleada incapaz, si se tiene en cuenta que la misma Contraloría la ascendió en repetidas ocasiones.

2º Por Resolución ejecutiva número 307 de 31 de octubre de 1942, fue escalafonada en la Carrera Administrativa, en el cargo de mecanógrafa que pertenece al ordinal a) de la quinta categoría, artículo 6º, Capítulo Primero del escalafón de empleos de la Contraloría General de la República.

3º Posteriormente fue aceptada o ascendida por la Contraloría así: el 16 de febrero de 1951, al cargo de Secretaria mecanotaquígrafa de la asesoría jurídica hasta el día 1º de enero de 1954 en que pasó a ocupar un cargo de mayor categoría como es el de Fenecedora de Cuentas de la Auditoría Fiscal en el Ministerio de Fomento; luego se le ascendió al cargo de revisora de cuentas en la Auditoría Fiscal ante la Empresa Nacional de Telecomunicaciones hasta la fecha de su remoción.

4º No hay constancia ninguna desfavorable a mi mandante en la División de Registro y Control del Departamento Administrativo del Servicio Civil, enti-

dad que reemplazó al antiguo Consejo Nacional de Administración y Disciplina, y su escalafón se encuentra vigente, como consta de la certificación expedida sobre el particular.

5º El señor Raúl Tovar Quintana designado en reemplazo de mi mandante en el cargo que ejercía ante la Auditoría Fiscal en Telecomunicaciones, no pertenece a la Carrera Administrativa, según constancia que obra en el mismo certificado citado en el numeral anterior.

Como disposiciones violadas indica los artículos 26 y 62 de la Constitución; 1º, 2º, de la Ley 165 de 1938; ordinal c) del artículo 1º del Decreto 1573 de 1940, artículo 279 del Código de P. P. en concordancia con el 25 del Decreto 2091 de 1939 reglamentario de la Ley 165 sobre Carrera Administrativa y el artículo 21 del Decreto-ley 2733 de 1959.

Admitida la demanda en auto de fecha 14 de abril de 1964, se le ha dado la tramitación que le corresponde, sin que se observe causal de nulidad.

El Consejo de Estado es competente para conocer de este negocio, iniciado con anterioridad a la vigencia de los Decretos 528 de 1964 y 2061 de 1966 en virtud de lo dispuesto por el numeral 9º del artículo 34 del C. C. A.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, se procede a resolver mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES:

El *primer cargo* que formula el demandante contra los actos administrativos acusados consiste, según expresa, en que en desarrollo de la autorización contenida en el artículo 62 de la Constitución Nacional el legislador expidió la Ley 165 de 1938 "que consagró la Carrera Administrativa, limitando en esta forma el poder discrecional de la administración en miras a asegurar la mejor prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, pues la idoneidad de los funcionarios ha sido considerada como base fundamental de la actividad administrativa", y tal estatuto consagró para los empleados inscritos en la Carrera el derecho "a no ser removidos del cargo que desempeñen sino por falta de cumplimiento de los deberes que en el artículo 8º (de la misma Ley) se determinan, y mediante el procedimiento especial en que sean oídos".

Que la Resolución 1391 acusada viola el artículo 8º citado, por cuanto el procedimiento adoptado por la Contraloría de negación absoluta del derecho de defensa, establecido en la Ley 165 de 1938, por haberle negado a su patrocinada el derecho de defensa, ya que en la investigación administrativa que se adelantó contra ella se llegó hasta negarle el decreto y práctica de las pruebas pedidas por el demandante, contra las normas sobre término de instrucción sumaria en materia penal, que es de treinta días, por mandato del artículo 25 del Decreto 2091 de 1939, reglamentario de la ley sobre Carrera Administrativa, "ya que el simulacro de investigación administrativa que se hizo llegó hasta negarle el decreto y práctica de las pruebas pedidas por el suscrito abogado pues el afán del investigador designado fue darle absoluta credibilidad a testimonios de subalternos de la misma Contraloría, a quienes con posterioridad el propio Contralor General tuvo necesidad de prescindir de sus servicios por ineptos y beodos.

El *segundo cargo*, lo concreta diciendo que con el acto acusado se violó el artículo 26 de la Constitución porque el Decreto 2091 de 1939 "por el cual se

reglamenta la Carrera Administrativa", en Capítulo VI, "De la pérdida de los derechos concedidos y de las sanciones disciplinarias", en su artículo 25 dispone que la sanción disciplinaria debe sujetarse al procedimiento allí indicado, y el literal b) manda que "el investigador practicará las diligencias necesarias para el perfeccionamiento del informativo con sujeción a las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean aplicables".

Que el artículo 295 del C. de P. P., de estricta observancia por el investigador administrativo, al tenor de la disposición anteriormente transcrita, dice que "el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que le eximan de ella, o la extingan o atenúen".

El *tercer cargo*, lo expone expresando que ha sido violado el artículo 21 del Decreto 2733 de 1959, en virtud del cual los funcionarios públicos están obligados a revocar, aun de oficio, sus propias providencias "cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o la ley"; que del memorial que presentó al señor Contralor hizo notar la oposición entre el procedimiento adoptado en la investigación administrativa y el término de instrucción previsto en la norma del Código de Procedimiento Penal, y no obstante, la revocatoria no se produjo, con violación del artículo 25 del Decreto 2091 de 1939, y, por el contrario, fue sostenida la Resolución 1391 del 16 de octubre de 1963, por la distinguida con el número 1527 de noviembre del propio año.

El *cuarto cargo*, lo configura diciendo que la Resolución acusada viola igualmente los artículos 2º de la Ley 165 de 1938 y 11 del Decreto 2091 de 1939 "en cuanto consagran la inamovilidad del funcionario escalafonado en la Carrera Administrativa, salvo el caso del cumplimiento de determinados requisitos para la remoción, no tenidos en cuenta en el de estudio", ya que "se desconoció a la señora de Mejía los más elementales derechos de defensa, al no haberse tenido u observado los requisitos de investigación previstos en el artículo 25 del memorado Decreto 2091 de 1939 en concordancia con el artículo 279 del Código de Procedimiento Penal y el 295 de la misma obra y que son indispensables para establecer en debida forma la falta de los deberes determinados en el artículo 8º de la Ley 165 de 1938. Es indudable que si hubieran practicado las pruebas pedidas a nombre de la señora de Mejía en la mal llamada investigación administrativa, los temerarios cargos que se le formularon no habrían resistido el más ligero análisis, pues los testimonios recibidos por la entidad interesada, de sus propios subalternos, no reúnen las condiciones de forma y de fondo requeridas para su validez probatoria, y no constituyen además pruebas idóneas..."

Por último expresa el demandante que la Resolución acusada que decretó la remoción definitiva de la señora de Mejía, y la providencia que le nombró reemplazo son violatorias del artículo 1º de la Ley 165 de 1938, en concordancia con el artículo 1º del Decreto 1573 de 1940, ordinal c), "en cuanto en Carrera Administrativa, por un nombramiento recaído en persona que no pertenece a tal Carrera, en interinidad, es removido un funcionario que lo desempeña en propiedad, sin haberse producido en legal forma providencia especial de remoción, pues la existente se halla viciada de nulidad constitucional y legal por pretermisión de las disposiciones procedimentales que son de orden público".

En cuanto al primer cargo se considera: Al folio 36 del Cuaderno sobre investigación administrativa aparece en copia la Resolución Ejecutiva número 307 de 1942 (octubre 31) "por la cual se aceptan en la Carrera Administrativa

seis empleados dependientes de la Contraloría General de la República, que en su artículo 1º dice: "de acuerdo con la Ley 165 de 1938 y el Decreto 2091 de 1939 que la reglamenta, acéptanse en la Carrera Administrativa a los siguientes empleados del Servicio Público Nacional, en los cargos y en las categorías determinados en el escalafón del respectivo ramo y que se indican a continuación...

4. María Victoria Ortega A., mecanotaquigrafa 1ª (oficina de correspondencia y archivo), quinta categoría del Capítulo I...

Comuníquese, publíquese y cúmplase. Dada en Bogotá a 31 de octubre de 1942. (Fdo.) Alfonso López, el Ministro de Trabajo, Higiene y Previsión Social. (Fdo.) Arcesio Londoño Palacio".

La situación de los empleados que habían sido admitidos en la Carrera Administrativa de acuerdo con la Ley 165 de 1938, quedó regulada por el artículo 172 del Decreto-ley 1732 de 1960, que adoptó normas sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa, y por el Decreto número 1017 de 1961 reglamentario de dicho artículo.

El primero dice: "los actuales empleados que fueron admitidos en la Carrera Administrativa, de acuerdo con la Ley 165 de 1938, se consideran funcionarios de carrera para los efectos de las disposiciones del presente Decreto, escalafonados en los grados equivalentes dentro de la clasificación de empleos que se adopte, en condiciones no inferiores a las que hubieren alcanzado y según la resolución que para cada caso dicte la Comisión de Reclutamiento, Ascensos y Disciplina".

"No obstante lo dispuesto en el artículo 145 y en éste, cuando la admisión de un empleado en la Carrera Administrativa no haya sido precedida de un examen de aptitud, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá ordenar en cualquier tiempo que se realice la correspondiente prueba de aptitud y se revise, refrende o rectifique la respectiva inscripción conforme a las reglas de este estatuto. La falsedad comprobada en los documentos o certificados que hayan servido para obtener la inscripción, como se dispone en este Decreto, será suficiente para cancelarla, sin perjuicio a las demás sanciones a que haya lugar".

El artículo 1º del Decreto 1017 de 1961 expresa: "para los efectos del artículo 172 del Decreto-ley 1732 de 1960, los empleados que fueron admitidos en la Carrera Administrativa, según las disposiciones de la Ley 165 de 1938 y sus decretos reglamentarios, y que como tales hubieren estado prestando sus servicios continuos a la Rama Ejecutiva del Poder Público y se encontraren en ellos el 18 de julio de 1960, por designación efectuada regularmente, se escalafonarán en clases y grados ocupacionales no inferiores a los empleos públicos nacionales que hubieren estado desempeñando en la fecha citada ni a los que se estuvieren ejerciendo en la fecha de elevar la solicitud de inscripción en el nuevo escalafón de la carrera, si en esta fecha estuvieren prestando sus servicios a la administración pública nacional en calidad de empleados".

El artículo 2º de este Decreto dice que los empleados en referencia "deberán solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, su inscripción en el escalafón de la Carrera Administrativa de que trata el artículo 61 del Decreto-ley 1732 de 1960, por medio de escrito en papel común, en el que deberán expresar, una serie de requisitos que enumera la misma disposición.

El artículo 3º preceptúa: "con base en la documentación de que trata el artículo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil procederá a dictar para cada caso la Resolución que dispone el artículo 172 del Decreto-ley 1732 de 1960, por la cual se escalafona al peticionario en la clase y grado correspondientes, sin perjuicio de que pueda ordenar que se realicen los exámenes de aptitud previstos en dicho artículo".

El artículo 8º del mencionado Decreto 1017 de 1961 dice: "en el lapso comprendido entre el 18 de julio de 1960 y la fecha en que, si hubiere lugar, sea dictada la resolución por la cual se ordena el escalafonamiento, el empleado admitido en la Carrera Administrativa conforme a la Ley 165 de 1938, se considera sometido a las normas que según el Decreto-ley 1732 de 1960 regulan las situaciones de la Carrera Administrativa".

De las anteriores disposiciones resulta:

1º Que el Decreto-ley 1732 de 1960, no admitió en forma incondicional en el nuevo escalafón de la Carrera Administrativa, a quienes fueron escalafonados de conformidad con la Ley 165 de 1938. Los empleados públicos que habían obtenido ese estado quedaron sometidos a que la Comisión Nacional del Servicio Civil se lo refrendara, mediante la observancia de los requisitos que consagraron las disposiciones transcritas anteriormente.

2º De conformidad con el Decreto-ley citado, los actuales empleados que fueron admitidos en la Carrera Administrativa, de acuerdo con la Ley 165 de 1938, es cierto que se consideran funcionarios de carrera para los efectos de las disposiciones de dicho estatuto, pero para poder obtener el reconocimiento de su estado de inamovilidad, es indispensable que la Comisión Nacional del Servicio Civil haya considerado cada caso, y les haya expedido la resolución correspondiente en que ratifique la situación adquirida por el empleado, para que se escalafonen en las clases y grados ocupacionales correspondientes, si hubieren estado prestando sus servicios a la administración pública nacional en calidad de empleados el 18 de julio de 1960.

En conclusión, la nueva ley sobre Carrera Administrativa respetó los derechos adquiridos por aquellos empleados escalafonados conforme a la Ley 165 de 1938, pero como es lógico, en cuanto al ejercicio, dichos derechos quedaron condicionados en la forma y términos establecidos por el artículo 172 del Decreto-ley 1732 de 1960, reglamentado por el Decreto 1017 de 1961.

La señora María Victoria Ortega A. (hoy señora de Mejía), según la Resolución 307 de 31 de octubre de 1942, adquirió, de acuerdo con los artículos 2º de la Ley 165 de 1938 y 11 del Decreto 2091 de 1939, el derecho a no ser removida del cargo que desempeñaba, salvo el caso de incumplimiento de los deberes que se determinan en los artículos 8º y 18 de aquella Ley y de este Decreto.

La citada Resolución acepta en la Carrera Administrativa a la nombrada señora como "mecanotaquígrafa 1ª (oficina de correspondencia y archivo), 5ª categoría del Capítulo I... El cargo del cual fue removida por medio de la Resolución acusada, fue el de Revisor de la Auditoría Fiscal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones", en el que no estaba escalafonada en la nueva Carrera Administrativa.

Cuando se adelantaba la investigación administrativa relacionada con los cargos que se le formularon a la actora, su poderdante el doctor Mejía Gallo,

en el numeral 2º del memorial de pruebas que solicitó al investigador doctor Angarita Sarmiento, pidió que se librara despacho a la antigua oficina de escalafón de empleados de la Carrera Administrativa, hoy Servicio Civil, en el "sentido de que se remita copia auténtica de las diligencias que sirvieron de base para el ingreso al escalafón de empleados de la Contraloría General de la República a María Victoria Ortega Arias, hoy señora de Mejía y concepto de la misma oficina del Servicio Civil, sobre la categoría que le corresponde a la mencionada señora entre el penúltimo cargo de Feneceador II que ejerció hasta el día 30 de abril de 1962, en el cual se hizo inscribir dicha señora de Mejía y el de Revisor de cuentas ante la Auditoría Fiscal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones al cual fue trasladada desmejorándola con dicha categoría".

Esa prueba no fue practicada dentro de dicha investigación, porque, como lo advierte el funcionario investigador precluyó el término para practicar pruebas, en razón de haber sido solicitadas el penúltimo día de su vencimiento.

Y ya en la vía jurisdiccional, ante esta entidad tampoco se produjo prueba sobre este particular como puede verse en el memorial del demandante doctor Mejía Gallo (folios 31 a 32 del cuaderno principal).

De lo anterior resulta:

a) La señora de Mejía fue escalafonada de acuerdo con la Ley 165 de 1938 como mecanotaquígrafa 1ª (oficina de Correspondencia y Archivo), 5ª categoría, Capítulo I...;

b) No aparece escalafonada de conformidad con el artículo 172 del Decreto-ley 1732 de 1960 y el artículo 8º del Decreto 1017 de 1961 reglamentario de esa disposición, en el cargo de Revisor de la Auditoría Fiscal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, que ocupaba en octubre de 1963 cuando fue removida por medio de la Resolución acusada;

c) Tal situación trae como consecuencia que la actora no puede aspirar con fundamento a que hoy se le considere inscrita en la nueva Carrera Administrativa y protegida por la nueva ley, en razón de no haber obtenido la refrendación de su estado anterior de inamovilidad.

Y en cuanto a este último aspecto de la cuestión se observa: de conformidad con el artículo 151 del C. de P. L. (Decreto-ley 2158 de 1948), las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en 3 años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Desde el 18 de julio de 1960, fecha fijada por el artículo 8º del Decreto 1017 de 1961, que es la de la vigencia del Decreto 1732 de 1960, al 16 de octubre de 1963, fecha en que fue removida la señora de Mejía, transcurrieron más de 3 años, por lo cual ella no podía el 20 de marzo de 1964 ejercitar con éxito acción contra la Resolución 1391 en que el Contralor General de la República la removió de manera definitiva del cargo de Revisor de la Auditoría Fiscal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

Siendo esto así, la señora de Mejía queda situada dentro de la disposición del artículo 5º del Decreto-ley 1732 de 1960, y, así su relación con la administración es la de un empleado que fue nombrado con anterioridad a la vigencia de dicho Decreto en un cargo de los que se incluyen en la Carrera Administrativa,

pero que puede ser removido libremente, como lo hizo el señor Contralor General de la República en la Resolución acusada.

Pero debe advertirse también que de acuerdo con el régimen establecido por la Ley 165 de 1938 y su Decreto reglamentario 2091 de 1961, el incumplimiento de los deberes por parte de los empleados inscritos en la antigua Carrera Administrativa, daba lugar a su remoción mediante la observancia del procedimiento señalado por el artículo 25 del citado estatuto.

De las pruebas allegadas al proceso administrativo que se adelantó contra la señora de Mejía aparece que la Contraloría General de la República observó el procedimiento señalado en el Decreto 2091 de 1939, pues primero amonestó a dicha señora para que concurriera cumplidamente a su trabajo, después la sancionó con multas según aparece de las resoluciones relacionadas por el Jefe de Personal de la Contraloría (folios 11 a 13 del Cuaderno de Investigación Administrativa) y finalmente decretando su remoción, siendo de advertir que se le dieron oportunidades para el cumplimiento de sus deberes, con el traslado a otro cargo y la suspensión de la investigación como aparece de la comunicación que se envió al investigador, doctor Angarita Sarmiento con fecha 5 de noviembre de 1957, en la cual se le dice que debe comunicar a la señora de Mejía que se suspende la investigación que se adelanta, con la advertencia de que se reabrirá en caso de que ella reincida en las faltas que motivaron su reiniciación.

Y en la Resolución 874 de julio de 1959 (folio 56 del Cuaderno de investigación) se expresó que como la señora de Mejía "ha reincidido en sus faltas, dando muestras reiteradas de ineficiencia en el desempeño de las funciones y deberes de su cargo" se ordenaba la reapertura de la investigación.

Ante el Consejo de Estado no fue desvirtuada la situación que contempló el señor Contralor General de la República en la Resolución acusada, como puede constatarse en la actuación que se llevó a cabo en esta Corporación.

A virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Cuarto de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *niega* las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Belisario Arciniegas, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Nemesto Camacho Rodríguez, Andrés Holguín.

Marco A. Martínez B., Secretario.

INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA

INCORA. — Extinción del dominio. — Prescripción de 10 años. — La inexplotación en el lapso de diez años que la ley señala para que por abandono pueda declararse extinguido el dominio privado de una finca rural, debe ser ininterrumpida, es decir, ha debido tener lugar por lo menos en los últimos diez años inmediatamente anteriores al de la fecha en que el Instituto la declare, sin solución de continuidad, a lo que no se opone cualquier explotación esporádica, como cuando en el lapso indicado se la ocupa accidentalmente con ganados o cultivos no permanentes, pues, como se ha visto, la ley habla de explotación estable y no transitoria.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.
Bogotá, D. E., marzo treinta de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Samuel de Sola Roncallo*).

Ref.: Exp. 722. Revisión de actos administrativos del INCORA. Actor. Brígido Cano Gámez.

El 17 de abril de 1963, el señor doctor Alberto Aguilera Camacho, abogado titulado e inscrito, en su carácter de apoderado del señor Brígido Cano Gámez, mayor de edad y vecino de Villarrica, Tolima, ante la honorable Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— presentó demanda para que, mediante el trámite de un juicio ordinario de única instancia, se hicieran por sentencia definitiva, las siguientes declaraciones:

“Primero. Que en virtud de haber ejercitado hechos positivos propios de dueño, por el término legal, el señor Brígido Cano Gámez sobre la finca ‘La Concepción’, ubicada en jurisdicción del Municipio de Villarrica, Vereda de Los Alpes, Departamento del Tolima, y comprendida dentro de los siguientes linderos: ‘De la desembocadura de la quebrada Mercadillo en el Río Cuinde Negro, lindando con terrenos de La Arcadia, del adjudicatario Arcadio Céspedes, en dirección Este, por la cima de una cuchilla, desmembración de la cuchilla Mercadillo, hasta un mojón de piedra marcado y clavado en el punto que se denomina Morro Pelón; de aquí al Noroeste, lindando con terrenos baldíos, con el azimut de 203 grados 39 minutos, línea recta a la desembocadura de la Quebrada de Mercadillo en el Río Cuinde Blanco, lindando del precitado terreno de La Arcadia, distante del anterior 2.900 metros; éste, el Río Cuinde Blanco, aguas abajo, hasta la desembocadura o confluencia del Río Cuinde Negro, lindando con terrenos baldíos denominados El Darién hasta la desembocadura de la Quebrada ‘La Calichosa’ y con la finca de ‘Montecarlo’, de propiedad de la Sociedad Agraria de Colombia Limitada, hasta el Río Cuinde Negro, desde el punto de la

desembocadura del Río Cuinde Blanca, arriba hasta la desembocadura de la Quebrada 'La Mercadillo', punto de partida', no ha corrido contra él la prescripción adquisitiva del derecho de dominio a favor de la Nación a que se refiere el artículo 6º de la Ley 200 de 1936.

"Segundo. Que como consecuencia de la declaración anterior, el señor Brígido Cano Gámez es dueño de la finca 'La Concepción' cuya ubicación y linderos quedaron fijados en la petición.

"Tercero. Que la Nación colombiana no tiene derecho a que se registre a su favor el título de dominio de la finca en referencia y consecuencialmente quedan sin efecto ni valor jurídico la parte resolutive de la Resolución número 068 de 1962, noviembre 26, dictada por el señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y la aprobatoria de ella de carácter ejecutivo, número 50 de 21 de febrero de 1963.

"PETICIONES SUBSIDIARIAS

"1ª Que se declare que son nulas por violación de la ley, o por falta de motivos, o error en ellos, o desvío o desviación de poder, las Resoluciones número 068 de 1962, noviembre 26, dictada por el señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y la número 50, ejecutiva, aprobatoria de ella de 1963 por medio de las cuales se declaró la reversión del dominio privado a favor de la Nación colombiana de la finca de 'La Concepción', ubicada en el Municipio de Villarrica, Vereda de 'Los Alpes', Departamento del Tolima, y comprendida dentro de los siguientes linderos: 'De la desembocadura de la Quebrada Mercadillo en el Río Cuinde Negro, lindando con terrenos de La Arcadia, del adjudicatario Arcadio Céspedes, en dirección Este, por la cima de la cuchilla, desmembración de la cuchilla de Mercadillo, hasta un mojón de piedra, marcado y clavado en el punto que se denomina Morro Pelón; de aquí al Noroeste, lindando con terrenos baldíos, con el azimut 203 grados 38 minutos, línea recta a la desembocadura de la quebrada de Mercadillo en el Río Cuinde Blanco, lindando del precitado terreno de La Arcadia, distante del anterior 2.900 metros; éste, es decir, el Río Cuinde Blanco, aguas abajo hasta la desembocadura o confluencia en el el Río Cuinde Negro, lindando con los terrenos baldíos denominados El Darién hasta la desembocadura de la Quebrada de La Calichosa y con la finca de Montecarlo, de propiedad de la Sociedad Agraria de Colombia Limitada, hasta el Río Cuinde Negro, desde el punto de la desembocadura del Río Cuinde Blanco arriba hasta la desembocadura de la Quebrada de Mercadillo, punto de partida'.

"2ª Que como consecuencia de la declaración anterior el señor Brígido Cano Gámez no ha perdido el dominio o propiedad de la finca en referencia, por cuanto sobre ella no se ha cumplido el fenómeno jurídico de la reversión del dominio privado a favor de la Nación, de que habla el artículo 6º de la Ley 200 de 1936.

"3ª Que la Nación colombiana debe indemnizar al señor Brígido Cano Gámez los perjuicios materiales que ha sufrido por razón del acto administrativo contenido en la Resolución número 068 de 1962, noviembre 26, dictada por el señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y debidamente aprobada por el Presidente de la República".

Fundamentó su demanda el Procurador del señor Cano Gámez en los hechos que se resumen así:

Adelantaba conversaciones el señor Brígido Cano Gámez con el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— sobre la posible compra por parte de éste de la finca rural de propiedad de aquél denominada "La Concepción", ubicada en el Municipio de Villarrica, Tolima, que el presunto vendedor había adquirido de la "Sociedad Agraria de Colombia, Limitada" por escritura pública número 748 de 11 de julio de 1960 de la Notaría Unica del Circuito de Girardot, registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Melgar, finca con tradición mayor de 20 años y cuyos linderos se determinaron antes, por cuánto dicho fundo había sido incluido en el plan de parcelaciones del INCORA denominado "Plan Tolima número 1", cuando el Instituto, por Resolución número 2 de 9 de julio de 1962, abrió investigación para averiguar si era el caso de declarar extinguido el dominio privado del inmueble.

Practicada la mentada investigación con intervención del propietario, culminó con la Resolución 068 de 26 de noviembre de 1962, aprobada por la número 057 de la misma fecha de la Junta Directiva del INCORA y la número 50 de 21 de febrero de 1963 de la Presidencia de la República, por la cual se declaró extinguido, en favor de la Nación, el derecho de dominio del actor sobre la hacienda por inexplotación o abandono del inmueble durante el lapso señalado por la Ley 200 de 1936.

Las razones jurídicas señaladas por el demandante para sustentar sus súplicas, basándose en las Leyes 200 de 1936, 135 de 1961, Decreto 059 de 1938, en los artículos 730, 597 y 724 del C. J. y concordantes; Decreto legislativo 0328 de 1958 y su reglamentario número 1482 de 1959, pueden también sintetizarse de la siguiente manera:

a) Que el INCORA desestimó ilegal y erróneamente las pruebas principales y complementarias producidas durante la investigación administrativa a que antes se hizo referencia, que acreditan que "La Concepción" fue objeto de explotación económica por un lapso mayor a los diez años inmediatamente anteriores a la Resolución acusada, y

b) Que, aunque no hubiera existido la explotación económica que equivocadamente echó de menos al Instituto al investigar la heredad, no podía aquél declarar la extinción del dominio que declaró, ya que la prescripción extintiva aludida y su correlativa la adquisitiva en favor de la Nación, estuvieron interrumpidas durante el lapso señalado por los dos últimos Decretos citados, motivo por el cual no se completaron los diez años ininterrumpidos de abandono del bien rural que la ley requiere para que tales prescripciones se consumen.

Aceptada la demanda y ordenado su traslado al señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, se opuso a sus pretensiones, aceptando de los hechos sintéticamente narrados, los que no significaran que el INCORA se hubiera apartado de la ley al proferir la providencia acusada.

Abierto el negocio a prueba se decretaron y practicaron todas las solicitadas por el demandante a que se aludirá en el momento oportuno, encontrándose entre ellas, además del expediente administrativo de extinción del dominio

de "La Concepción": La inspección ocular que con asistencia de peritos se practicó sobre el predio, materia del juicio y sobre los libros de contabilidad de la "Sociedad Agraria de Colombia, Ltda."; las declaraciones de renta de esta compañía de los años de 1953 a 1961; copias de diversas escrituras públicas entre las cuales está la de adquisición de la finca por el actor con el correspondiente certificado del respectivo Registrador sobre la vigencia de la misma; documentos de operaciones de crédito sobre arrendamiento del fundo y concesión de parcelas para cultivo; declaraciones de terceros sobre la explotación de la finca, etc.

Llegada la hora de alegar, el doctor Aguilera Camacho ratificó, ampliándolas, las razones jurídicas expuestas en su demanda, para sustentar sus peticiones, y el señor Procurador Delegado insistió en solicitar el despacho desfavorable de la demanda por estimar acordes con la ley las resoluciones cuya nulidad se pide.

Citadas las partes para sentencia entró en vigencia la reforma judicial que dispuso que esta clase de asuntos fueran de la jurisdicción y competencia del Consejo, motivo por el cual se remitieron los autos a este Despacho. Como el procedimiento se agotó y no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a desatar la litis.

LA CUESTION SUB LITE

Consideraciones preliminares

De lo expuesto hasta el momento se colige que el asunto materia de este fallo se reduce a investigar si la Resolución acusada al extinguir el derecho de dominio que sobre "La Concepción" tenía el señor Brigido Cano Gámez aplicó debidamente la Ley 200 de 1936 y su decreto reglamentario, y en caso negativo, si hay lugar a los perjuicios reclamados como secuela de las peticiones subsidarias de la demanda. Con tal objeto se comienza por recordar sucintamente lo que la citada Ley y sus reglamentos disponen para casos como el presente.

De conformidad con la Ley 200 de 1936, dictada en desarrollo del principio constitucional que consagró la función social de la propiedad privada, todo fundo en que el propietario por sí o por medio de terceros no establezca una explotación económica adecuada, constante y regular, en un lapso de diez años o más, regresa al patrimonio del Estado, mediante declaración que desde la vigencia de la Ley 135 de 1961, hace o debe hacer el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por providencia en que declare extinguido el derecho de dominio del propietario.

Se entiende por explotación económica adecuada de predios dedicados a la agricultura, aquellos que en realidad se cultiven en forma constante y no esporádica, en cuanto lo permitan las calidades de los suelos; y tratándose de ganaderos, los que se ocupan permanentemente o estacionalmente con ganados, en las proporciones de una cabeza por cada una, dos o tres hectáreas, según la mayor o menor bondad de las tierras, permitiéndose en todos los casos las reservas de bosques indispensables para la conservación de las aguas, provisión de maderas para el sostenimiento de la finca, ensanchamientos futuros del negocio, o para evitar la erosión de las tierras empinadas o inutilizables.

La in explotación en el lapso de diez años que la ley señala para que por abandono pueda declararse extinguido el dominio privado de una finca rural,

debe ser ininterrumpida, es decir, ha debido tener lugar por lo menos en los últimos diez años inmediatamente anteriores al de la fecha en que el Instituto la declare, sin solución de continuidad, a lo que no se opone cualquier explotación esporádica, como cuando en el lapso indicado se la ocupa accidentalmente con ganados o cultivos no permanentes, pues, como se ha visto, la ley habla de explotación estable y no transitoria. Significa ello también que si un fundo abandonado en los últimos nueve años precedentes a la declaración referida, no lo estuvo en los años anteriores, o sea tuvo explotación permanente y estable con posterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1936 en uno o varios lapsos comprendidos entre ese año y la época actual, sin que durante ese tiempo se hubiera completado un periodo de abandono de diez o más años, no es posible tampoco la declaración de la extinción del dominio de que se viene hablando porque, como ocurre con toda prescripción, una vez que ésta se interrumpe se pierde el tiempo corrido anteriormente para ganarla, a menos que se trate de interrupciones producidas por hechos ajenos e irresistibles a la voluntad de la persona en vía de perder o adquirir algún derecho por este modo, como en los casos contemplados por el numeral 1º del artículo 2522 del C. C. o del Decreto legislativo 328 de 1958, en que no hay propiamente interrupción sino suspensión de la prescripción extintiva o adquisitiva. Todo lo anterior porque para la Sala, como lo afirma el señor Procurador Delegado, la extinción del dominio privado de los inmuebles rurales establecida por la Ley 200 y la correlativa adquisición del mismo en favor del Estado, son verdaderas prescripciones extintivas y adquisitivas, aunque especiales o sui generis, pues la primera no implica pérdida de la posesión mientras se opera, sino falta del ejercicio de la misma, y la segunda no requiere de parte del adquirente la ejecución de actos de dominio ni la aprehensión del bien, concepto éste compartido también por la honorable Corte Suprema de Justicia en fallo de la Sala de Negocios Generales de 24 de marzo de 1943 (G. J. Nos. 1996-97, Pág. 399), ya que no cabe llamar "reversión" a dicha ocurrencia, pues este vocablo es aplicable al regreso de los baldíos adjudicados al patrimonio nacional o de los bienes que han sido objeto de cierto tipo de contrato administrativo, como el de concesión.

Sentadas las premisas anteriores, entra la Sala a examinar la cuestión sub lite comenzando por determinar quiénes tuvieron el dominio y posesión de "La Concepción" en los 12 años, 7 meses, 5 días anteriores a la fecha de la Resolución acusada, pues la prescripción extintiva del dominio de los fundos ubicados en el Departamento del Tolima estuvo suspendida entre el 25 de mayo de 1959 y 31, 1º de enero de 1962, en virtud de lo dispuesto por los Decretos números 1482 de 1959 y 20 de 31 de diciembre de 1961, hecho aquel sumamente importante, como luego se verá, para poder apreciar las pruebas traídas al expediente para demostrar que sí hubo explotación adecuada de la finca en el lapso indicado.

EL DOMINIO Y POSESION DE "LA CONCEPCION"

Según se desprende de autos, las fincas "Montecarlo" y "La Concepción", ubicadas en la vereda de "Los Alpes", Municipio de Villarrica, Departamento del Tolima, con tradición inscrita mayor de treinta años, por el año de 1940 y cuando con los mismos nombres integraban un solo globo de tierra de 1.025 hectáreas, pertenecían al señor Félix Isaza M., quien en 1950 y 1953, por escrituras corridas ante los Notarios de Melgar y Fusagasugá, respectivamente, las vendió en su totalidad y separadamente al señor Brígido Cano Gámez y a la Sociedad Agraria Colombiana, Ltda., domiciliada en Fusagasugá, el primero de los cuales, con anterioridad a la compra, se encontraba dentro de ella, y celebraba con terceros

agricultores contratos de arrendamiento, aparcería, etc., y allí permaneció hasta 1953, año en que por unidades del Ejército Nacional y sin saberse por qué, fue privado de la tenencia del fundo, pasando ésta a manos de la sociedad mencionada.

El referido despojo y las ventas aludidas dieron lugar a diferencias y pleitos entre el señor Cano y la Sociedad Agraria Colombiana Ltda. que finalizaron con la transacción celebrada por escritura pública número 748 de 11 de julio de 1960, pasada ante el Notario Unico de Girardot, en virtud de la cual Cano reconoció el dominio de la Sociedad sobre el inmueble, y ésta le cedió la totalidad de la parte del mismo denominada "La Concepción" determinada por los linderos transcritos en otro lugar, excepción hecha de un globo de la misma de 141 hectáreas que ocupaba un señor Guzmán, transacción desde la cual el actor volvió a la posesión física de la finca cedida, desprendiéndose voluntariamente de la tenencia de la misma, según convenio celebrado con "INCORA", el 22 de julio de 1962, fecha en que accedió a entregarla al Instituto para que éste continuara desarrollando el plan Tolima número 1, mientras se resolvía si era el caso de comprársela o de declarar extinguido su dominio, como lo hizo también la propietaria de "Montecarlo".

De manera, pues, que según lo que se deja narrado, "Montecarlo" y "La Concepción" estuvieron físicamente poseídas por el señor Brígido Cano entre 1950 y 1953, y por la Sociedad Agraria Colombiana, Ltda. entre 1953 y 1960, año éste en que Cano regresó a la posesión inscrita y física de "La Concepción", y la Agraria Colombiana continuó la física e inscrita que tenía sobre "Montecarlo" desde 1953, posesiones que continuaban cuando le entregaron la tenencia de los fundos a INCORA el 22 de julio de 1962. Por tanto, para determinar si hubo o no explotación económica adecuada y estable en los diez años hábiles, si así puede decirse, inmediatamente anteriores a la resolución extintiva del dominio de "La Concepción" habrá que establecer qué hicieron con ella sus propietarios en el lapso señalado.

LAS PRUEBAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO

Durante las diligencias administrativas del "INCORA" tendientes a averiguar si "La Concepción" había sido explotada económicamente, a petición del apoderado del propietario, señor Cano Gámez, con asistencia de peritos nombrados de conformidad con la ley, se verificó, el 15 de septiembre de 1962, una inspección ocular sobre la finca en la cual se comprobó, entre otras cosas: Que el predio estaba cercado y sus potreros o divisiones con pastos naturales y artificiales, como puntero, guinea y gordura; que en él pastaban 65 vacunos y 5 bestias de propiedad de terceros; que había bebederos y un corral para el encierro de reses. En esa misma diligencia, el apoderado del actor entregó, para que fueran tenidas como prueba de explotación anterior del predio, como lo había solicitado oportunamente, copias auténticas de las declaraciones de renta de la propietaria entre los años de 1954 a 1960, la Sociedad Agraria Colombiana Ltda., y varios documentos en que constan préstamos otorgados a dicha compañía por la Caja Agraria y Banco Cafetero entre los años mencionados, para beneficiar el fundo. Días después, el 20 del mes citado, los expertos que intervinieron en la inspección, contestaron el cuestionario que se les sometió, en la forma que a continuación se copia:

"Bogotá, septiembre 19 de 1962.

"Señor

"Gerente del Instituto Colombiano

"de la Reforma Agraria.

"E. S. D.

"A continuación nos permitimos dar a conocer a usted las respuestas a la encuesta formulada a los suscritos por el abogado de los propietarios de la hacienda 'La Concepción'. Este dictamen ha sido elaborado de común acuerdo después de la práctica de la inspección ocular efectuada el día 15 de los corrientes:

"Pregunta: a) Si el terreno ha sido desmontado y destroncado con relación a su vegetación original.

"Respuesta: a) Si ha sido desmontado y destroncado. Salvo en pequeñas extensiones de bosques o acumulaciones de matorrales necesarios para la conservación de las aguas.

"P.: b) Qué clases de cultivos o pastos existen en el terreno en el momento de la diligencia y en qué extensión.

"R.: b) En el momento de la diligencia pudimos apreciar que en la parte de la finca explotada por los dueños hay aproximadamente unas 100 hectáreas de pastos artificiales (gordura, puntero, india, etc.) unas 47 hectáreas de pasto enmalezado y unas 80 hectáreas de matorrales y rastrojos. El resto de la finca está ocupada por mejoras de colonos.

"P.: c) Si en relación con los cultivos y pastos que se encuentran dentro del terreno se deduce que hay señales evidentes de que éste ha estado sometido a una explotación agrícola o ganadera.

"R.: c) En relación con los pastos que se encuentran dentro del terreno se deduce que hay señales evidentes de que éste ha estado sometido a explotación regular.

P.: e) Si de acuerdo con los documentos presentados, o solicitados de autos, y de la edad y características de los cultivos o pastos que se encuentran dentro del terreno, los peritos pueden determinar si el terreno ha sido explotado económicamente antes de la diligencia y en qué tiempo.

"R.: e) De acuerdo con los documentos presentados y por lo observado durante la inspección ocular, podemos determinar que el terreno de la finca 'La Concepción' ha estado explotado, por más de 8 años con anterioridad al tiempo de la diligencia.

"P.: f) Que los peritos determinen qué pastos artificiales existen sembrados en el terreno, determinando así mismo la edad de éstos.

"R.: f) Los pastos artificiales observados en el momento de la diligencia fueron: gordura, puntero e india, y aproximadamente se puede calcular que tienen más de 5 años.

"P.: h) Que se determine por los antecedentes y edad de los pastos en qué tiempo anterior a la diligencia se han efectuado actos que indican explotación económica y ejercicio de posesión sobre el inmueble.

"R.: h) De acuerdo a lo observado en la diligencia, se puede deducir que se han efectuado actos que indican explotación y ejercicio de posesión sobre el inmueble en menos de 8 años.

"P.: i) Que se establezca por los peritos si el inmueble tiene cerramientos naturales y artificiales.

"R.: i) Si hay cerramientos naturales y artificiales en la finca.

"P.: j) Que se establezca por los peritos si dentro de la finca existen bosques o acumulaciones de matorrales necesarios para el sostenimiento de ella y de las aguas y en qué extensión.

"R.: j) Dentro de la finca existen bosques y acumulaciones de matorrales para el sostenimiento de ella y la conservación de las aguas.

"P.: k) Que se determine por los peritos, si existe, dentro de la finca, terrenos que no sean aprovechables económicamente, y en qué extensión.

"R.: k) Dentro de la finca existen algunos terrenos no aprovechables, en una extensión aproximada de ochenta hectáreas.

"P.: m) Que se determine por los peritos, 'de acuerdo con la ubicación del terreno, relieve, calidad de suelos y principalmente la facilidad para una explotación continua y regular' tomando como factor esencial la situación de orden público en que ha vivido esta región en qué condiciones y con qué intensidad pudo haber sido cultivada y explotada, normalmente, la finca de La Concepción.

"R.: m) Teniendo en cuenta los suelos, relieve, etc., al margen de la violencia, lo indicado para explotación de la finca es: pastos o cultivos en la meseta y en las lomas, reforestación o pastos para ganadería extensiva, que es como se encuentra explotada actualmente. Teniendo en cuenta la situación de orden público, la finca pudo haber sido descuidada durante algún tiempo sin haber sido abandonada.

"P.: n) Que determinen los peritos si existen en la actualidad normas o reglamentos que obliguen al propietario a efectuar determinada clase de cultivos en su finca de La Concepción, y qué intensidad.

"R.: n) En la actualidad no existen normas o reglamentos que obliguen a los propietarios de la finca a efectuar determinada clase de cultivos ni en determinada intensidad.

"P.: o) Que se determine por los peritos si de acuerdo con las costumbres y modalidades de la región las tierras de la finca visitada se explotan de acuerdo con ellas, sin que haya en el Municipio de Villarrica, entidad oficial, de carácter técnico, que oriente, encauce y determine la variación en las formas de cultivo o explotación.

"R.: o) La finca se explota de acuerdo con las costumbres y modalidades de la región.

P.: p) Que los peritos determinen si la finca La Concepción, tomando en cuenta lo observado durante la diligencia y los documentos acompañados y solicitados por este escrito, ha sido explotada económicamente y sobre ella se ha ejercitado actos de dominio propios de dueño durante uno o más años anteriores a la fecha de la inspección ocular.

"R.: p) De acuerdo a lo observado en la diligencia y los documentos presentados, se deduce que la finca La Concepción ha sido explotada económicamente y sobre ella se ha ejercido actos de dominio propios de dueño, durante más de ocho años anterior a la fecha de esta diligencia.

"Las preguntas d), g) y l) fueron retiradas del cuestionario, según consta en el acta de la diligencia correspondiente.

"De usted, atentamente,

"Peritos:

"Por el Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi', (Fdo.) *Alvaro Ruiz R.*

"Por el 'INCORA', (Fdo.) *Alvaro Madrido.*

"Por el interesado, (Fdo.) *Jorge Enrique Sánchez*".

El dictamen transcrito en el que, en síntesis, se concluye que la hacienda "La Concepción" ha sido explotada económicamente y sobre ella se ha ejercido (sic) actos de dominio propios de dueño, durante más de ocho años anterior (sic) a la fecha de esta diligencia", fue rechazado por el Instituto en la resolución sub judice porque estimó que no estaba fundado, y, además, por encontrarlo en contradicción con los resultados de la visita practicada por funcionarios del INCORA el 19 de mayo de 1962 (Fls. 1 a 4 del C. Nº 5) al inmueble, y con la inspección ocular que el doctor Guillermo Benavides, funcionario también del Instituto, acompañado de testigos actuarios designados por él, realizaron sobre el mismo por órdenes superiores, los días 3 y 4 de julio del mismo año (Fls. 11 a 13 del C. Nº 5).

Igualmente rechazó el Instituto en la resolución tantas veces mentada, las pruebas complementarias aducidas por Cano Gámez en el momento de la diligencia, pues haciendo un estudio por su cuenta y riesgo y sin intervención de peritos de las declaraciones de renta de la "Sociedad Agraria Colombiana, Ltda.", poseedora de la totalidad de la finca "Montecarlo y La Concepción" entre los años de 1953 y 1960, y, por consiguiente, del globo que constituye el inmueble materia del juicio, y de los documentos de préstamo mencionados antes, concluyó que tales piezas tampoco demostraban una explotación permanente y regular del predio o de parte de él, entre otras razones, porque aquéllas acusan ejercicios económicos que siempre arrojaron pérdidas y "deja en el ánimo prevenido de quien las analiza la sensación de que se han preparado única y exclusivamente con el objeto de eludir impuestos en una forma sistemática"; porque el número de cabezas de ganado que tuvo el predio en el lapso indicado fue siempre inferior a la proporción fijada por la ley para considerarlo debidamente explotado; porque las cosechas de cacao, maíz y plátano que se obtuvieron

entre 1958 y 1960 fueron en su sentir insignificantes, y porque en los referidos documentos de crédito no aparece constituida prenda agraria, ni dicen que su valor se dedicara a compra de ganados, ni aparece en las declaraciones de renta tantas veces aludidas, pasivo que afecte la explotación ganadera. Todo ello a pesar de que en el mismo análisis se hacen las siguientes afirmaciones: "Pero ateniéndonos a la lógica es necesario aceptar que el hecho de haber verificado gastos y haber obtenido ingresos por concepto de explotaciones agrícolas demuestra que la explotación ha existido". Y hablando de la explotación ganadera: "... pues en verdad sólo puede hablarse de que ella se realizó uno o dos años, ya que de los inventarios que se han podido establecer se desprende que la mayor parte del 'ganado' que existía en las fincas era de carga, animales de labor, para transporte y de consiguiente complementarios de una explotación y no la formaban en sí mismos".

Expuesto lo anterior, se pasa a estudiar si son valederos o equivocados los motivos que tuvo el INCORA para rechazar las pruebas comentadas.

No encuentra razones la Sala para afirmar, como lo sostiene el Instituto, que el dictamen pericial emitido con ocasión de la inspección ocular que tuvo lugar el 15 de septiembre de 1962 sobre "La Concepción", carezca de fundamentos por su brevedad, y mucho menos que se encuentre en contradicción con los resultados de la visita y de la inspección realizadas con anterioridad sobre el predio, sin intervención del propietario, por los funcionarios del Instituto a que se alude en párrafo antecedente. En efecto, si se lee con detenimiento aquel dictamen transcrito en otra parte de este fallo, se verá que los hechos observados durante la inspección y por los peritos, enunciados en el acta de la diligencia y en el texto del dictamen, es decir, que el fundo tenía cerramientos naturales y artificiales; que había sido desmontado y destroncado, salvo en las partes boscosas necesarias para la conservación de las aguas; que en la parte ocupada en ese momento por el propietario, señor Cano Gámez, con una extensión de 227 hectáreas, había 80 de matorrales y rastrojos, 100 de pastos limpios y 47 de pastos enmalezados y el resto de la finca estaba ocupado con mejoras de terceros; que los pastos eran puntero, guinea y gordura de edad mayor de cinco años, etc., permitían concluir a los expertos, como concluyeron, que "La Concepción" *"había sido explotada económicamente y sobre ella se ha ejercido (sic) actos de dominio propios de dueño, durante más de ocho años anterior (sic) a la fecha de la diligencia"*, ya que tales hechos observados desembocaban necesariamente en esa conclusión por el mismo motivo que el humo escapado de una vivienda hace presumir la existencia de vida humana.

Son pues los hechos observados en la diligencia y por los peritos, el fundamento mismo de sus conclusiones y no pueden desecharse en busca de palabras que no pasarían de ser parrafadas inocuas e innecesarias, para sostener, como lo hizo el Instituto, una falta de motivación inexistente.

Tampoco cabe aseverar como, según se ha visto, se afirma en la Resolución demandada, que el dictamen de que se ocupa la Sala, está en contradicción con la visita e inspección practicadas al predio por el INCORA con unos meses de anterioridad, como pasa a demostrarse, aunque ello no sea necesario, ya que dichas visita e inspección por haber sido actuaciones preliminares al proceso administrativo que se abrió para investigar si era el caso de declarar extinguido el dominio de "La Concepción", no pueden oponerse a las pruebas producidas durante el mismo con audiencia del Ministerio Público y del propietario, preci-

samente porque se practicaron sin intervención de éstos, o sea no fueron controvertidas.

En efecto, en el acta de la inspección ocular llevada a cabo por los funcionarios del Instituto los días 3 y 4 de julio de 1962 (Fls. 11 a 13 del C. N° 5), después de hacer constar la identificación de "La Concepción" por sus linderos; que el predio tiene en realidad 525 hectáreas, pues 140 fanegadas que dentro de él se encuentran, pertenecen a la finca vecina "Montecarlo"; que no tiene edificaciones y que el subsuelo de la misma está inexplorado, se lee:

"IV. ESTADO ACTUAL DE LA EXPLOTACION ECONOMICA

"Puede afirmarse categóricamente que en este fundo no existe explotación económica de ninguna índole realizada por los propietarios. En toda la extensión de la finca sólo se encuentran pastos (gordura, puntero, guinea, naturales) totalmente abandonados e invadidos por las malezas y los rastrojos, con cercas semiderruidas, sin abrevaderos artificiales, con los abrevaderos naturales en pésimo estado por falta de cuidado. En toda la superficie del predio no se encontró ganado de ninguna clase que fuera de propiedad de los titulares del dominio o mantenidos allí con alguna participación económica de los mismos. Existen 55 cabezas de vacunos cuya propiedad no se pudo establecer exactamente. Tampoco se halló a nadie que dijera tener el predio por cuenta de su dueño, aparte del señor Félix Isaza quien en la actualidad lo negocia con base en un poder otorgado para tal efecto por el Brígido Cano Gómez o Gámez.

"Los pocos pastos artificiales que allí existen son en la actualidad silvestres, toda vez que por la sola acción de la naturaleza han podido sobrevivir. Como es apenas natural, en razón del abandono en que se encuentra toda esta propiedad, varias enfermedades han atacado los distintos potreros.

"No existiendo en la actualidad posesión efectiva y económica de la hacienda, no puede decirse tampoco que exista área inculta poseída conforme a las prescripciones de la Ley 200 de 1936. Sin embargo, el señor Isaza Martha quien, como se dijo antes, en la actualidad desempeña las funciones de apoderado del propietario para negociaciones tendientes al traspaso de este predio, manifestó al suscrito funcionario que el dueño podría demostrar explotación económica del predio con base en diferentes probanzas que reposan en su poder.

"En varios sectores de la finca existen ocupantes con mejoras en regulares condiciones que alegan derecho de propiedad sobre las mismas y que por tanto no pueden considerarse como cultivadores, ganaderos u ocupantes que reconozcan vínculo de dependencia con el dueño. Son dueños de esas mejoras.

"Como ya se anotó, la hacienda 'La Concepción' se encuentra en la actualidad inexplorada por el propietario". (Fls. 11 a 13 del C. N° 5).

Y en el informe de la visita practicada a la misma heredad el 7 de mayo de 1962, por otros funcionarios de INCORA, excepción hecha del señor Guillermo Benavides que intervino también en la diligencia aludida con anterioridad inmediata, se encuentra el siguiente párrafo:

"La Concepción está cubierta en toda su extensión por pastos de las siguientes variedades: 'gordura', 'guinea', 'puntero' y naturales. Las observaciones hechas en relación con los pastos de la hacienda 'Montecarlo' caben en tratándose de esta finca 'La Concepción', salvo en cuanto al fenómeno de la erosión en el terreno denominado 'La Meseta' que, como su nombre lo indica, es plano".

Y este otro a que se refiere el anterior:

"Los pastos localizados en potreros demarcados y en ocasiones dentro de los cafetales (se hace referencia a la finca 'Montecarlo'), son de las siguientes variedades: 'gordura', 'puntero', 'guinea' y naturales. Sembrados sin orden alguno, en su mayoría están invadidos por la maleza y el rastrojo. Como no se alimentan ganados de ninguna especie (sic), sobre ellos no hay manejo o cuidado que asegure su aprovechamiento actual; y la variedad 'guinea' se encuentra atacada por algunas enfermedades como la 'roya'. Dado que las diferentes variedades, sobre todo el 'gordura', están localizadas en fuertes pendientes, se presenta el fenómeno de la erosión laminar".

El acta de inspección e informe de visita transcritos en parte, leídos atenta y desprevenidamente significan, en buen romance, que en los momentos de tales diligencias, mayo y julio de 1962, "La Concepción" se hallaba abandonada por estar sus pastos enmalezados o enrastrados, pero presentando vestigios o huellas de explotación anterior, sin especificar si adecuada o inadecuada, conclusión similar y no incompatible con la de los expertos que actuaron en la inspección del 15 de septiembre del mismo año compulsada en otro lugar, que, como se ha visto, es del tenor siguiente: "La Concepción *había sido* explotada económicamente y sobre ella se ha ejercido (sic) actos de dominio propios de dueño, durante más de ocho años anterior (sic) a la fecha de la diligencia". O lo que es lo mismo: Que "La Concepción" durante más de ocho años anteriores a la fecha de su reconocimiento por los peritos, septiembre de 1962, fue objeto de explotación, sin decir tampoco si adecuada o inadecuada, ni que en esos momentos no estuviera descuidada.

Aclarado lo atinente a la improcedencia por parte de INCORA del rechazo del dictamen emitido por los peritos que actuaron en la inspección ocular que tuvo lugar en septiembre de 1962, esa sí con audiencia de las partes interesadas y, por consiguiente, con pleno valor probatorio, resta decir acerca de ella que si bien prueba que la finca estuvo explotada o beneficiada durante un lapso de ocho o más años anteriores a 1962, o por lo menos entre 1960 y 1952 o 1950, no demuestra por sí misma que esa explotación hubiera sido la adecuada que requiere la ley para que no se opere la extinción del dominio, la que habría de presumirse al tenor del artículo 9º del Decreto 1902 de 1962, si todos sus pastos se hubieran encontrado debidamente limpios y "vestida" con mayor número de ganados. Por ello es menester averiguar si las pruebas complementarias que en casos como éste señala el Decreto referido para comprobar explotación anterior a la inspección del inmueble o de vieja data, que se solicitaron dentro del presente proceso, son suficientes para ello, ya que sobre las aducidas durante el administrativo de que se habló con antelación, y de las cuales, después de examinarlas y comentarlas el redactor de la providencia acusada, dedujo conclusiones desfavorables al demandante, no obligan al juzgador por no provenir de expertos que, en ocasiones como esa, deben opinar previo su análisis; lo que no obsta para manifestar de pasada que el hecho de que un negocio de ganadería

o agricultura arroje pérdidas sucesivas, reales o simuladas para evadir impuestos, o no solicite créditos para la explotación ganadera, denotarán mala administración, fraude fiscal o cualesquiera otra cosa, pero no la inexplotación de un fundo.

LAS PRUEBAS DEL JUICIO Y LA EXPLOTACION ADECUADA DEL FUNDO

En el curso del presente proceso y con fechas 6, 7 y 8 de abril de 1964, vale decir, año y medio después de practicada sobre el predio la inspección ocular cuyo dictamen adicional fue rechazado inmotivadamente por INCORA, y también con casi dos años de posterioridad a la fecha en que el demandante entregó voluntariamente "La Concepción" al Instituto para que éste prosiguiera el desarrollo del Plan Tolima número 1, se practicó con todas las de la ley, una nueva inspección sobre el predio complementada con un examen de los libros de contabilidad de la "Sociedad Agraria de Colombia Ltda.", poseedora del inmueble en el lapso comprendido entre los años de 1953 y 1961, como se expresó en otro lugar, inspección durante la cual pudieron observarse, entre otras cosas, parcelas de antiguos ocupantes con pastos de vieja data, como la del señor Luis Arturo Ortiz de 120 fanegadas; otras, como la de la señora Teresa Vda. de Aguilar de 25 fanegadas y con unas 15 cultivadas de café en producción, pero enmalezada, etc., y, además, el resto de la finca totalmente parcelada por "INCORA" en cumplimiento del plan aludido, parcelas de las cuales algunas ya tenían nuevos cultivos de los recién llegados parceleros, y otras aún desocupadas o no adjudicadas permitían apreciar pastos enmalezados de antigua siembra. O dicho de otra manera: la referida inspección, a pesar de que se verificaba casi dos años después de las efectuadas durante el proceso administrativo y de que en esos momentos andaba avanzado el Plan Tolima número 1, que transformaba la faz de la heredad, no contradujo sino que confirmó las observaciones de las segundas que, como se sabe, en síntesis, no fueron otra cosa que la comprobación de que "La Concepción" había sido una finca que con anterioridad a 1962, había estado cultivada en gran parte de pastos artificiales y dedicada al pastoreo de vacunos, caballares y mulares.

Rendido por los expertos el dictamen correspondiente que no se transcribe para no alargar innecesariamente este fallo y que se encuentra de folios 88 a 99 del Cuaderno número 2 de los autos, éstos, con fundamento en los hechos y vestigios observados sobre el terreno y que enumeran prolijamente en su informe, en el estudio y clasificación de los suelos, y en las cuentas de los libros de la compañía nombrada, conceptuaron que en los diez años o más anteriores al de 1962, "La Concepción" había *"estado sometida a explotación económica regular o continuada, y no ocasional"*, concepto que reiteran en varios pasajes del experticio, y que lo confirman el número de reses que apastaron entre 1958 y 1960 que fluctuó entre 473 y 375; las 42 fanegadas de tablonés de café, con sus respectivos sombríos, halladas en la propia "La Concepción"; los elementos para el beneficio del mismo, instalados en la parte de la finca llamada "Montecarlo"; el movimiento de las cuentas agrícolas y de mantenimiento de potreros, y hasta los documentos de operaciones de crédito con la Caja Agraria y de contratos de aparcería, arrendamiento y uso de la tierra celebrados con terceros por el señor Brígido Cano Gámez entre los años de 1949 y 1953, cuando poseyó la totalidad de la finca, y por la "Sociedad Agraria de Colombia, Ltda.", de 1953 en adelante, acompañados al memorial de petición de pruebas, muchos de los cuales hacen especial referencia a la parte del fundo materia del juicio (ver folios 1º a 32 del C. Nº 2).

La Sala acoge el concepto de los expertos de que acaba de ocuparse, no solamente porque lo estima bien fundado y corroborado por el emitido con anterioridad por los peritos que actuaron en la investigación administrativa, sino porque complementa éste en lo atinente a la adecuada explotación de la hacienda que en el segundo se echó de menos al criticarlo. Además, porque se conforma con la evidencia de los hechos, pues no cabe pensar que un fundo donde se encontró todo lo que se percibió en las inspecciones oculares: pastos, cercas, siembras, animales, casas, instalaciones, corrales, etc., que estuvo en manos de una sociedad constituida especialmente para explotarlo entre los años de 1953 y 1962, no hubiera sido beneficiado debidamente, por lo menos, en los ocho años anteriores a 1960, fecha la última en que, por lo que respecta a "La Concepción", posiblemente fue descuidado, pero no abandonado, por quien esa parte adquirió entonces, el demandante, señor Brígido Cano Gámez, tal vez porque sabía que se le venía encima el Plan Tolima número 1, y todo ello a pesar de la violencia reinante en la región en aquellos tiempos, como es del dominio público, y que hace así catalogar entre los héroes a los que no les dieron la espalda total a sus heredades. Más aún: suponiendo que todo lo manifestado no tuviera respaldo procesal como lo tiene, bastaría con anotar la activa y numerosa explotación ganadera que tuvo el fundo en los años de 1958, 1959 y 1960, para admitir que, por lo menos, en ese lapso estuvo interrumpida la prescripción extintiva del dominio del predio por su adecuada explotación económica, interrupción que por no haber sido la que comenzó el 25 de mayo de 1959 que decretó el Gobierno con motivo de la violencia, sino hija del trabajo, hacía perder todo el tiempo de explotación transcurrido con anterioridad a ella, por lo expresado en otro lugar, y que exigía, para que en el futuro pudiera declararse extinguido el dominio del predio, que ella comenzara a contarse nuevamente a partir del 1º de enero de 1962, fecha en que cesó la decretada por el Ejecutivo, caso este último en que se habría consumado en 1972.

Lo expuesto hasta aquí significa que la Sala tendrá que despachar favorablemente, en contra del parecer del señor Agente del Ministerio Público, las peticiones del demandante en lo pertinente.

LOS PERJUICIOS RECLAMADOS

Como se vio al transcribir las súplicas de la demanda, el demandante solicita en la última de sus peticiones subsidiarias que, si se anula la resolución acusada y, consecuencialmente, las que la aprobaron, se declare "que la Nación colombiana debe indemnizar al señor Brígido Cano Gámez los perjuicios materiales que ha sufrido" por razón de la referida providencia, o lo que es lo mismo, en sentir de la Sala, que se condene a la Nación al pago de los perjuicios que con la Resolución 068 de 1962 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria se le causaron.

Tal súplica que, como secuela de la anulación de un acto administrativo, entraña parte del restablecimiento del derecho del demandante, vale decir, la acción de plena jurisdicción, aunque procedente, no podrá ser despachada porque el actor, además de olvidar en la demanda señalar, como lo exige la ley, los perjuicios recibidos y su cuantía, tampoco los demostró.

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

FALLA

Son nulas las Resoluciones número 068 de 26 de noviembre de 1962 proferida por el Gerente General del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por la cual se declaró extinguido el derecho de dominio del señor Brígido Cano Gámez sobre el fundo "La Concepción", determinado en la parte motiva de esta providencia, que éste adquirió por escritura pública número 748 de 11 de julio de 1960, otorgada ante la Notaria Unica de Girardot, registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Melgar; y los números 026 y 50 de la Junta Directiva de dicho Instituto y de la Presidencia de la República, respectivamente, la penúltima también de 26 de noviembre de 1962 y la última de 21 de febrero de 1963, por las cuales se aprobó la primeramente mencionada.

No se accede a las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y habilítese el papel común.

Gabriel Rojas Arbeláez, Samuel de Sola Roncallo, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge A. Velásquez D.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONSEJO DE POLITICA ADUANERA

GRAVAMEN ARANCELARIO. — Para vehículos de servicio público. — No cabe duda de que el Consejo de Política Aduanera puede exigir a los particulares requisitos para hacerlos acreedores al beneficio de importar vehículos con destino al servicio público como previa condición para nacionalizarlos. Consecuencia lógica de ello sería que, realizada ya esta operación, se restringiera el libre comercio de los tales vehículos para asegurar su permanente continuidad en el servicio. Pero esta intervención debe mantenerse dentro de los límites que impone la ley.

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

(Ponente: *Honorable Consejero Doctor Enrique Acero Pimentel*).

Sesión del día 17 de mayo de 1968.

La demanda en la cual el doctor Vasco J. Vejarano solicitó declaratoria de nulidad de los literales b) y c) del artículo 4º y del artículo 6º de la Resolución número 0001 de 11 de marzo de 1965, originaria del Consejo de Política Aduanera "por la cual se fija el gravamen arancelario para vehículos tipo taxi destinado al servicio público y se dictan otras disposiciones", obtuvo negativa para el pedimento de suspensión provisional. En la providencia de la Sala de Decisión que confirmó lo resuelto por la Unitaria, no se encontró un enfrentamiento ostensible entre los literales impugnados del artículo 4º y el 30 de la Constitución Nacional, como tampoco entre éste y el artículo 6º de la misma Resolución, capaz de hacerla concluir que existe la violación suficiente para dictar una suspensión provisional, pues, no aparece que las disposiciones acusadas vayan en contra de la garantía a la propiedad privada que consagra la norma de la Carta en cita. Y agregó: "Los elementos de juicio que obran en el proceso, no son suficientes para deducir una intervención del Estado que rebase los límites trazados por la Carta en su artículo 32 y de ser bastantes para ello, no podrán tenerse en cuenta en el actual momento procesal, por lo cual tampoco aparece para la Sala la ostensible violación que pueda servir de sustento a una providencia de suspensión provisional. El principio de libertad de asociación consagrado en el artículo 44 de la Constitución, no aparece, prima facie, violado con las normas que acusa el doctor Vejarano. Para poder encontrar una violación del artículo 63 de la misma Constitución, sería indispensable un análisis detenido de las funciones legales y reglamentarias que tenga el Consejo Nacional de Política Aduanera, y este estudio se opone a la esencia misma de la suspensión provisional, según se ha visto. La supuesta infracción al artículo 20 de la Carta, requiere un detenido y profundo análisis para llegar a la conclusión de si existe o no responsabilidad por parte de las autoridades administrativas que dictaron los actos materia de acusación, y en

el hipotético caso de que exista, si esa responsabilidad es deducible por acción, por omisión o por extralimitación en las funciones que les son propias”.

“Sería indispensable un meditado estudio para deducir las violaciones anotadas por el actor en su demanda a los artículos 669 y 1851 del C. C., estudio que no debe hacer la Sala por considerar que él está en pugna con los principios que gobiernan la institución de la suspensión provisional. Por lo mismo, no es procedente su decreto con fundamento en un supuesto choque entre estas normas superiores”.

El análisis detenido y el meditado estudio a fondo de que habla la providencia cuyos apartes se han transcrito, es precisamente el que corresponde en el presente fallo que ha de desatar la controversia.

A ello se procede, para cuya finalidad precisa detenerse en los términos dentro de los cuales el señor Fiscal Tercero del Consejo circunscribe el problema, porque en su vista de fondo no considera necesario adentrarse en el análisis de las demás disposiciones invocadas en el libelo como materia de quebrantamiento desde luego que las que él estudia son a su juicio suficientes para solicitar acogimiento a las súplicas de la demanda.

Premisa indispensable es, pues, atender a las voces del artículo 69 del Decreto 3168 de 1964 que señala como funciones del Consejo de Política Aduanera las siguientes:

a) Modificar las tarifas arancelarias de importación y exportación dentro de los límites autorizados por este mismo Decreto-ley, cuando éstas sean deficientes, excesivas o inadecuadas;

b) Efectuar las reformas que se consideren necesarias en la nomenclatura de las mercancías de importación y exportación;

c) Establecer los precios oficiales sobre los cuales deben liquidarse los gravámenes ad-valorem, en los casos en que factores económicos desfavorables así lo exijan;

d) Modificar las cuotas de fomento previstas en el presente Decreto, y establecer nuevas cuotas cuando las circunstancias del desarrollo económico del país así lo indiquen, etc.

Parágrafo. Para las decisiones que se tomen en uso de las facultades conferidas por los numerales (sic) a), b) y d) de este artículo, se requerirá necesariamente el concepto favorable del Departamento Administrativo Nacional de Planeación y de la Junta de Comercio Exterior. La Resolución del Consejo por la cual se proceda a hacer las modificaciones respectivas deberá, en todo caso, incluir claramente los motivos por los cuales se han considerado aquellas convenientes, y deberá ser publicada en uno de los diarios de mayor circulación de la Capital de la República. Toda variación en los gravámenes arancelario que adopte el Consejo de Política Aduanera se aplicarán en los términos previstos en los dos primeros incisos del artículo 205 de la Constitución Nacional”.

Para la Fiscalía el literal d) (no b) de la disposición transcrita en el cual se apoya la Resolución acusada, autoriza al Consejo para modificar las cuotas

de fomento previstas en el Decreto y establecer nuevas cuotas cuando las circunstancias del desarrollo del país así lo indiquen y los literales d) y c) del artículo 4º de la Resolución en juicio tratan y reglamentan materias no previstas en la norma superior cosa que igualmente sucede con el artículo 6º cuya nulidad se impetra. Además, el párrafo del artículo 6º del Decreto-ley dice que se requiere el concepto favorable del Departamento de Planeación y el de la Junta de Comercio Exterior, los cuales conceptos no aparece que se hayan solicitado ni producido, lo que demuestra la violación directa del Decreto 3168 en su artículo 6º ya aludido.

Basta esto para que el señor Fiscal conceptúe que las disposiciones acusadas deben anularse. ¿Cuáles son las voces de esas disposiciones acusadas? Hélas en sus propios términos:

Previene el artículo 4º de la supradicha Resolución 0001 que los vehículos a que alude serán matriculados con el cumplimiento de trámites exigidos por disposiciones vigentes, además de los especiales que indica así:

Líteral b). "La matrícula podrá únicamente efectuarse a nombre de la empresa o persona natural importadora del vehículo que por otra parte exhiba y acredite la vigencia de la licencia de funcionamiento o de la patente de servicio público según el caso".

Líteral c). "La autoridad respectiva, en ningún caso matriculará a favor de una empresa un número de vehículos superior al que está autorizada a importar según el literal b) del artículo 3º de esta Resolución, como tampoco más de un vehículo a favor de persona natural determinada.

Artículo 6º "El traspaso de un vehículo importado y matriculado por persona natural, con fundamento en esta Resolución, no procederá a favor de empresa de transportes, como tampoco a nombre de persona natural que carezca de la patente de servicio público o que tenga matriculado un vehículo sujeto al régimen establecido en los artículos anteriores...".

Transcritos los ordenamientos acusados, entra la Sala a estudiar si de la comparación de la norma del artículo 6º del Decreto 3168 con las acusadas de la Resolución 0001, aparece el quebrantamiento con que el actor tacha a estas últimas; que de establecerse la violación, sería la prosperidad del cargo suficiente, como lo estima el señor Fiscal, para desatar el litigio sin adentrarse a considerar los restantes.

No se oculta a la Sala que los motivos de conveniencia y la sana intención en que se inspiró el Consejo Nacional de Política Aduanera al dictar las disposiciones acusadas, son ciertamente plausibles. Se encaminan éstas a garantizar para el servicio público de transporte de pasajeros que los vehículos importados con tal fin tendrán esa y no otra destinación, con el laudable propósito de evitar que, con importaciones de esta naturaleza, se propicie un negocio particular muy lucrativo burlando con detrimento y menoscabo de un servicio comunitario esencial, los fines que con esas importaciones se buscan para acrecentar medios de transporte cuya ampliación requiere el público con urgencia.

No cabe duda de que el Consejo de Política Aduanera puede exigir a los particulares requisitos para hacerlos acreedores al beneficio de importar vehículos con destino al servicio público como previa condición para nacionalizarlos. Consecuencia lógica de ello sería que, realizada ya esta operación, se restringiera el libre comercio de los tales vehículos para asegurar su permanente con-

tinuidad en el servicio. Que no podía la Resolución sub iudice disponerlo así, sin exceder sus atribuciones propias, es otra cosa,

La intervención del Consejo Nacional de Política Aduanera en esta materia tiene basamento legal. El mismo demandante acepta de buen grado la intervención de esta entidad que actúa a nombre de la administración y en el caso particular para el logro de que los automotores se conserven en su destino exclusivo a la prestación del servicio público de transportes. Pero es cierto que tal intervención debe mantenerse en los límites de sus facultades legales. La Administración no puede desbordarlos yendo más allá de los que el legislador le ha demarcado, puesto que la intervención está condicionada al mandato legal que determina su campo dentro del cual puede realizarla reglamentándola orgánica y funcionalmente con actos o resoluciones.

Los ordenamientos demandados que se fundamentaron en las facultades que confiere el literal d) del apéndice 3º del Arancel de Aduanas, reglamentan materias no previstas en el Decreto 3168 de 1964, lo que configura exceso de poder y extralimitación de facultades. Por otra parte si la norma superior requiere imprescindiblemente los conceptos favorables del Departamento de Planeación y de la Junta de Comercio Exterior, y éstos no aparecen producidos, resalta la violación directa y ostensible del artículo 6º del Decreto 3168 ya citado.

Estas saludables medidas incluidas en el cuerpo del Decreto-ley habrían asegurado con su estabilidad los fines que la reglamentación se propuso.

Este solo quebrantamiento de norma superior, suficientemente comprobado, inclina la decisión de la Sala hacia la prosperidad de la acción, porque reglamentar materias no previstas en ella, equivale a introducir ordenamientos nuevos lo que excede la potestad de que disfruta, configurándose desviación del poder que consiste en el hecho de que una autoridad con suficiente competencia para producir un acto administrativo ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo expida con distintos fines a aquellos para lo que se le ha investido de esa competencia. Puede el reglamento llenar vacíos, proveer a la cumplida ejecución de la ley, procurar su mejor inteligencia y eficacia, pero no puede adicionar su texto ni restringirlo o ampliarlo. La constante doctrina del Consejo así lo viene sosteniendo.

Bastan las consideraciones anteriores para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLE

Son nulos los literales b) y c) del artículo 4º y el artículo 6º de la Resolución número 0001 de marzo de 1965 originaria del Consejo de Política Aduanera "por la cual se fija el gravamen arancelario para vehículos tipo taxi destinados al servicio público y se dictan otras disposiciones".

Cóplese y notifíquese.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Jorge de Velasco Alvarez, Alfonso Arango Henao.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES

INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES.

Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de controversias suscitadas por la aplicación de la Ley 90 de 1946. Los artículos 68 de la Ley 90 de 1946 y 6º del Decreto-ley 2324 de 1948 fijan de manera especial la competencia de la Justicia del Trabajo para dirimir las controversias que suscite la aplicación de la Ley 90 de 1946 entre patronos y trabajadores, o entre el Instituto o las Cajas y los patronos, asegurados o beneficiarios, y las que susciten las normas del seguro obligatorio o facultativo y de los adicionales, sea entre patronos o trabajadores entre sí o entre el Instituto o las Cajas con los beneficiarios de tales seguros o con las personas o entidades legalmente obligadas al pago de las cotizaciones respectivas.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.
Bogotá, D. E., junio once (11) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero Ponente: *Doctor Belisario Arciniegas*).

El Instituto Colombiano de Seguros Sociales en Resolución número 863 de 1964 (septiembre 17) considerando, "que Gaseosas Colombianas S. A. representada legalmente por Jorge Restrepo, inscrito al Instituto Colombiano de Seguros Sociales con el patronal 01-21-0003, situado en la carrera 38 número 15-40, no ha cumplido con la obligación legal de cancelar en las Cajas del Instituto el valor de las *Notas Débito* números 8192, 8064, 8061, 8062, 8060, 7366 y 8344 por valor de \$ 334.973.98" declaró que dicha Empresa adeuda a dicho Instituto la suma de \$ 334.973.98 por concepto de aportes obrero-patronales, más los intereses previstos en el artículo 67 de la Ley 90 de 1946.

Además le impuso una multa de \$ 1.000.00 por incumplimiento en la obligación legal de cancelar dentro de los términos reglamentarios los aportes adeudados.

Notificada la anterior providencia al Gerente de la Empresa, señor Jorge Restrepo, Gaseosas Colombianas S. A. por intermedio de su apoderado, previa la consignación reglamentaria, interpuso el recurso de reposición y el subsidiario de apelación contra la Resolución número 863 mencionada, y el Director General del ICSS, en Resolución número 159 de fecha 14 de mayo de 1965 no accedió a revocarla, pero en cambio rebajó la multa a la cantidad de \$ 500.00 moneda corriente y concedió el recurso de apelación para ante el Consejo Directivo del Instituto, entidad que en sesión de 11 de agosto de 1965 confirmó en todas sus partes la Resolución 159 en referencia, y por lo mismo no revocó la número 863 de 1964 en cuanto al valor de las cotizaciones.

La nombrada Empresa por conducto de su Gerente otorgó poder al abogado José Joaquín Rodríguez para obtener la nulidad de las citadas resoluciones, y éste en escrito presentado el 16 de diciembre de 1965 pide al Consejo de Estado que se declare, "en cuanto la primera impone a Gaseosas Colombianas S. A. la obligación de pagar al Instituto la suma de trescientos treinta y cuatro mil novecientos setenta y tres pesos con noventa y ocho centavos (\$ 334.973.98) m/cte., y los intereses a la rata que señala el artículo 67 de la Ley 90 de 1946, por concepto de aportes obrero-patronales correspondientes a los meses de enero a agosto de 1964, y las otras dos, en cuanto confirman lo ordenado en la Resolución número 863 en relación con el pago de los aportes mencionados".

Solicita también el doctor Rodríguez la declaración de "Que la cuantía real del crédito a cargo de Gaseosas Colombianas S. A. y a favor del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, es la suma de ciento cuarenta y nueve mil ocho pesos con catorce centavos (\$ 149.008.14), según cuentas del Seguro Social, la cual representa el valor de los aportes obrero-patronales del personal activo durante el periodo de huelga (15 de enero a 31 de julio de 1964) y de todo el personal de trabajadores en servicio en agosto de 1964, mes siguiente al de la cesación de actividades, y, por tanto, a la indicada cantidad debe reducirse el importe de la obligación a que se refiere la Resolución número 0863 de 1964.

Y a título de restablecimiento del derecho violado, según expresa el demandante, que se condene al Instituto Colombiano de Seguros Sociales a restituir a Gaseosas Colombianas S. A. la suma de \$ 185.965.84 moneda corriente, y sus intereses a la rata legal, desde el 24 de diciembre de 1964 hasta el día en que se haga la restitución.

Aclara el doctor Rodríguez que la expresada suma "representa la diferencia entre \$ 334.973.98, monto de la obligación según la Resolución 0863 \$ 149.008.14, importe de lo que, en realidad, adeuda la Sociedad al ICSS".

Los hechos relacionados por el demandante pueden resumirse así: Gaseosas Colombianas S. A. inscrita en el ICSS, tiene afiliado en el Instituto al personal de sus trabajadores, y éstos el 15 de enero de 1964 entraron en huelga, a excepción del que presta servicios en actividades de administración. La huelga terminó el 31 de julio del mismo año, y la Compañía, se abstuvo de pagar los aportes del personal que participó en ella por considerar que no los debe.

Acercas de la obligación de pagar los aportes patronales, surgió una divergencia entre el Instituto y Gaseosas Colombianas, y esta fue materia de conversaciones entre representantes de una y otra parte y de un cambio de correspondencia, donde constan las razones que sustentan una y otra tesis.

Dice el demandante que el Instituto, "sin esperar el resultado del entendimiento directo, procedió a dictar la Resolución 0863 de 17 de septiembre de 1964" cuyo contenido ya se ha visto.

Que la Compañía no discute ni ha discutido "que es obligación suya, conforme a las leyes orgánicas del Seguro Social, el pago de las cotizaciones obrero patronales del personal en servicio activo durante el periodo de huelga, y si en oportunidad no las cubrió, debióse ello al hecho de que el ICSS, en sus cuentas de cobro incluía no sólo el valor de los aportes patronales y laborales del personal activo, sino también el patronal correspondiente a los trabajadores que participaron en la huelga".

Expresa el doctor Rodríguez que en el recurso de reposición, la modificación o reforma de la Resolución 0863 solicitada tenía por objeto el que se dedujera de la suma de \$ 334.973.98, el valor de los aportes patronales de los trabajadores que participaron en la huelga y durante el período de su duración, o sea la suma de \$ 185.965.84 según cuentas del ICSS, y, además que se levantara la multa, porque "la sociedad reconoce que adeuda al Seguro Social la suma de \$ 149.008.14 y, en ningún momento, la ha desconocido, pero no se considera obligada a pagarle también la de \$ 185.965.84, porque legalmente no la debe".

Como normas violadas por los actos acusados señala las siguientes:

"a) La Resolución número 0863 de 1964, los artículos 32, y 67 de la Ley 90 de 1946;

"b) La Resolución número 00159 de 1965, los artículos 51, 7, 53 y 193, los artículos 20, 31, 43 y 72 de la Ley 90 de 1946, el artículo 2º del Decreto-ley 320 de 1949; el acuerdo elaborado por el ICSS número 107 de 1960, aprobado por Decreto ejecutivo 2690 del mismo año, en su artículo 14 y el artículo 29 de la Resolución 576 de 1949, dictada por el ICSS en uso de facultades legales.

"c) Los artículos 1494, 1524, 1617 y 2318 del Código Civil".

En auto de fecha 25 de febrero de 1966 fue admitida la demanda, y notificada personalmente al Director General encargado del ICSS.

El Director General del Instituto doctor Enrique Lleras Restrepo confirió al doctor Carlos Augusto Gutiérrez M. poder para que represente a esa entidad en el presente juicio.

El doctor Gutiérrez se opone a que se hagan las declaraciones solicitadas por el demandante porque las resoluciones impugnadas "no son violatorias de ninguna de las normas legales y reglamentarias de carácter especial que rigen el seguro social colombiano sino que por el contrario, se ciñen en un todo a ellas", y propone la excepción de "incompetencia de jurisdicción" por cuanto que por disposiciones expresas de la ley orgánica del seguro social y de los decretos reglamentarios, el conocimiento de las controversias que suscite la aplicación de normas del Seguro Social entre el Instituto y los patronos obligados al pago de cotizaciones, son de competencia privativa de la Justicia del Trabajo, por lo cual el honorable Consejo carece de competencia para decidir sobre las peticiones de la demanda que versan totalmente sobre la obligación de pagar por el patrono las cotizaciones del Seguro de Enfermedad no Profesional y Maternidad en los casos de huelga de sus trabajadores, es decir, sobre la aplicación de la legislación de los Seguros Sociales entre el Instituto y una de las empresas afiliadas".

Practicadas las pruebas solicitadas por el demandante, se corrió traslado a las partes para alegar, y el demandante en escrito de 24 de mayo de 1966 presentó las razones que asisten a su mandante para estimar que son nulos los actos del Seguro Social, objeto de la litis, y en cuanto a la excepción expresa que las leyes y estatutos reglamentarios que cita el apoderado del ICSS, "han quedado insubsistentes por obra de lo preceptuado en las normas pertinentes del Decreto número 528 de 1964 (artículo 3º de la Ley 153 de 1887).

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, doctor Acosta, estima que teniendo en cuenta las normas de los Decretos 1695 y 1696 de 1960 (julio 18) "y tomando en consideración las funciones que está llamado a realizar el Instituto Colombiano de Seguros Sociales (ICSS), no ha vacilado en denominar la entidad 'establecimiento público de derecho social'. Si ello es así, no puede caber duda acerca de la jurisdicción del Consejo de Estado para conocer de la demanda promovida por el doctor José Joaquín Rodríguez. Ahora bien, tratándose, como se trata en este asunto, de la asunción del riesgo 'enfermedad no profesional maternidad' cuando el trabajador se halla 'en huelga'; la Fiscalía conceptúa que es irrefutable la demanda, y que por lo mismo, el Consejo de Estado debe resolver favorablemente las peticiones contenidas en ella.

Agotada, por consiguiente la tramitación del negocio, la Sección Segunda, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado procede a definir lo que compete, teniendo en cuenta:

El apoderado del Instituto para fundamentar la excepción que propone dice:

"Las normas en que se fundamenta la excepción de incompetencia de jurisdicción, son las siguientes:

1. El artículo 68 de la Ley 90 de 1946, que dice:

"Artículo 68. Las controversias que suscite la aplicación de la presente ley entre patronos y trabajadores, o entre el Instituto o las Cajas y los patronos, asegurados o beneficiarios, por razón del Seguro, serán de competencia de la Justicia del Trabajo".

2. El artículo 6º del Decreto-ley 2324 de 1948, que dice:

"Artículo 6º La justicia del trabajo tiene competencia privativa para conocer de los juicios o controversias que susciten las normas del Seguro Obligatorio o Facultativo y de los adicionales sea entre patronos o trabajadores entre sí, o entre el Instituto o las Cajas con los beneficiarios de tales seguros o con las personas o entidades legalmente obligadas al pago de las cotizaciones respectivas, salvo cuando se trata de negocios que versen exclusiva o principalmente sobre:

1º La exequibilidad o inexequibilidad de las leyes o decretos, cuando corresponda a la Corte Suprema de Justicia.

2º Las de índole contencioso-administrativa, cuando se refieran a decretos ejecutivos aprobatorios de los estatutos y los reglamentos generales del Seguro Social.

3º Las acciones civiles y penales de las cuales deba conocer la justicia ordinaria, distinta de aquellas cuya competencia atribuye la Ley 90 de 1946 a la Justicia del Trabajo.

3. El artículo 3º del Reglamento General de Reclamaciones, Sanciones y Procedimientos, aprobado por Decreto número 1343 de 1949, que dice:

"Artículo 3º Las controversias que suscite la aplicación de la ley entre patronos y trabajadores; entre el Instituto y las Cajas; entre el Instituto o las Cajas por una parte, y los patronos asegurados o beneficiarios, por la otra, en razón del Seguro Social, y que no versen sobre multas impuestas por las instituciones que lo administran, serán de competencia de la justicia del trabajo, una vez agotado el procedimiento interno".

4. El artículo 36 del Reglamento General para Cajas Seccionales y Oficinas Locales del Instituto, aprobado por Decreto número 2689 de 1960 que dice:

"Artículo 36. Las controversias que suscite la aplicación de la ley entre patronos y trabajadores; entre la respectiva Caja por una parte, y los patronos, asegurados y beneficiarios por la otra, en razón del Seguro Social, y que no versen sobre multas impuestas por las Cajas, serán de competencia de la justicia del trabajo, una vez agotado el procedimiento interno.

"Las controversias que por el aspecto contemplado en este artículo surjan entre el Instituto y alguna o algunas de las Cajas, o entre las distintas Cajas Seccionales, se someterán a la tramitación interna previa ante el Instituto.

5. El artículo 102 de los Estatutos del Instituto, aprobados por Decreto número 183 de 1964, que dice:

"Artículo 102. Las controversias que suscite la aplicación de la legislación de los Seguros Sociales entre patronos y trabajadores; entre el Instituto por una parte y los patronos, asegurados o beneficiarios, por la otra, y que no versen sobre multas impuestas por las instituciones que lo administran, serán de competencia de la jurisdicción del trabajo, una vez agotado el procedimiento interno previsto en el correspondiente reglamento".

"Estas normas por su claridad y especialidad no dejan duda sobre la no competencia del honorable Consejo de Estado para resolver sobre las peticiones de la demanda instaurada contra el Instituto por la Sociedad Gaseosas Colombianas. Además, las razones jurídicas que sustentan las decisiones del Instituto se expusieron con toda amplitud en las distintas comunicaciones que dirigió el Instituto a la Sociedad demandante y, especialmente en la Resolución número 159 de 1965 documentos que han sido aportados al juicio por el demandante".

El doctor Rodríguez, para rebatir los argumentos del apoderado del Instituto, expresa lo siguiente:

"El apoderado del ICSS, en el escrito de respuesta a la demanda, propone la nombrada excepción. En su concepto, no es al honorable Consejo a quien corresponde el conocimiento del asunto, sino a la justicia del trabajo, de modo privativo. En derecho sustenta la excepción en el artículo 68 de la Ley 90 de 1946, artículo 6º del Decreto legislativo número 2324 de 1948 y en disposiciones de los estatutos del Seguro Social y de sus reglamentos, aprobados por decretos ejecutivos.

Las normas contenidas en los diversos estatutos legales y reglamentarios que cita el mandatario del Seguro Social, dicen lo que su personero

asevera, esto es, que a la justicia del trabajo corresponde el conocimiento de una controversia como la promovida por Gaseosas Colombianas.

Ello no obstante, se impone el rechazo del medio exceptivo por estas consideraciones:

En el proceso contencioso-administrativo sólo son admisibles las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción (artículo 109 del C. C. A.). La de incompetencia de jurisdicción es de naturaleza procesal, es esa la significación que tiene, como se deduce de lo dispuesto por el artículo 448-1º, en relación con el 449 del C. J.

Es derecho implícito del derecho procesal, generalmente admitido por los doctrinantes y adoptado por la jurisprudencia, el de que el juez tiene competencia para pronunciarse sobre su competencia.

La admisión de la demanda por el honorable Consejo de Estado supone que, como cuestión previa y con aplicación del principio expuesto, estudió el aspecto de su competencia, llegando a la conclusión de que sí es de su resorte el conocimiento de la presente controversia. De no haber sido así, habría procedido en la forma prevista por el artículo 88 del Código de la materia, es decir, no habría admitido la demanda.

Si del aspecto meramente procesal se pasa al sustantivo, se llega también a la conclusión de que a la justicia contencioso administrativa y no a la del trabajo, incumbe el conocimiento del litigio.

En efecto, el artículo 34 del C. C. A. señala, en once numerales, las atribuciones jurisdiccionales del Consejo de Estado. El numeral 10 adopta la cláusula general de competencia, pues somete al recurso contencioso administrativo los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que ponga fin a una actuación administrativa y que no estén atribuidos expresamente a una jurisdicción distinta.

La salvedad establecida en el anterior precepto y que podría servir de fundamento a la tesis del excepcionante, como todo el contenido de la norma, fueron modificados por el Decreto-ley 528 de 1964. Sus artículos 30 y 32 atribuyen al Consejo de Estado y a sus Tribunales Administrativos todo el control de la legalidad de la administración pública nacional, como la de los departamentos, municipios, intendencias y comisarias, y asimismo la de los establecimientos públicos descentralizados, pertenecientes a una y otros.

Las normas de competencia del artículo 30 del Decreto no contienen la excepción que consagra el numeral 10 del artículo 34 del C. C. A. esto es, no hay jurisdicción distinta de la de lo contencioso administrativo para el juzgamiento de los actos de la administración pública nacional o de los entes descentralizados desprendidos de la misma. El estatuto de 1964 unifica la jurisdicción; atribuye a jueces especiales (Consejo de Estado y Tribunales Administrativos) el juzgamiento de todos los actos de la administración, de cualquier orden. De ahí que el decreto elimine la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Es preciso concluir entonces, que las previsiones contenidas en las leyes y estatutos reglamentarios que cita el apoderado del ICSS, han quedado insubsistentes por obra de lo preceptuado en las normas pertinentes del Decreto 528 de 1964 (artículo 3º de la Ley 153 de 1887)".

El demandante, como se ve, admite que "las normas contenidas en los diversos estatutos legales y reglamentarios que cita el mandatario del Seguro Social, dicen lo que su personero asevera, esto es, que a la justicia del trabajo corresponde el conocimiento de una controversia como la promovida por Gaseosas Colombianas", pero que se impone el rechazo del medio exceptivo porque las previsiones contenidas en las leyes y estatutos reglamentarios que cita el apoderado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, han quedado insubsistentes por obra de lo preceptuado en las normas pertinentes del Decreto 528 de 1964 (artículo 3º de la Ley 153 de 1887).

Es cierto, como advierte el doctor Rodríguez que en materia contencioso administrativa sólo son admisibles las excepciones que se oponen a lo sustancial de la acción.

Por este motivo la incompetencia de jurisdicción no constituye una excepción.

Pero el C. C. A. como es obvio, sí contempla esta figura jurídica, como causal de nulidad, en el numeral 1º del artículo 113.

En consecuencia, la Sala debe estudiar si el Consejo de Estado, en razón de lo alegado por el apoderado del Instituto Colombiano de Seguros Sociales es o no competente para conocer del presente negocio.

Dice el doctor Rodríguez que las disposiciones citadas por el apoderado del Instituto han quedado insubsistentes por obra de lo preceptuado en las normas pertinentes del Decreto número 528 de 1964 (artículo 3º de la Ley 153 de 1887).

Este artículo dice: estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una nueva ley que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

Los artículos 68 de la Ley 90 de 1946, y 6º del Decreto-ley 2324 de 1948, no han sido derogados por declaración expresa del legislador, y entre las disposiciones del Decreto 528 de 1964 y los citados artículos no existe incompatibilidad por las siguientes razones: aunque este último estatuto es posterior a las citadas normas legales, es de carácter general, porque en él se dictan normas sobre competencia de los distintos funcionarios y entidades de la rama jurisdiccional. Aquéllos son, por consiguiente, preceptos que fijan de manera especial la competencia de la justicia del trabajo para dirimir las controversias que suscite la aplicación de la Ley 90 de 1946 entre patronos y trabajadores, o entre el Instituto o las Cajas y los patronos, asegurados o beneficiarios, y las que susciten las normas del seguro obligatorio o facultativo y de los adicionales, sea entre patronos o trabajadores entre sí o entre el Instituto o las Cajas con los beneficiarios de tales seguros o con las personas o entidades legalmente obligadas al pago de las cotizaciones respectivas.

Por otra parte el Decreto-ley 528 de 1964, en su artículo 70 dice expresamente que dicho estatuto no reglamenta íntegramente las materias a que se refiere, y que, solamente deroga las disposiciones que le sean contrarias.

De esta manera la Sala no encuentra que el Decreto 528 de 1964 haya derogado los mencionados artículos 68 de la Ley 90 de 1946 ni el 6º del Decreto-ley 2324 de 1948 (Diario Oficial 26775), por ninguno de los motivos que consagra el artículo 3º de la Ley 153 de 1887.

El mencionado artículo 6º del Decreto 2324 de 1948 dice: "La justicia del trabajo tiene competencia privativa para conocer de los juicios o controversias que susciten las normas del seguro obligatorio o facultativo y de los adicionales, sea entre patronos o trabajadores entre sí, o entre el Instituto o las Cajas con los beneficiarios de tales seguros o con las personas o entidades legalmente obligadas al pago de las cotizaciones respectivas, salvo cuando se trata de negocios que versen exclusiva o principalmente, sobre:

'1º La exequibilidad o inexecuibilidad de las leyes o decretos, cuando corresponda a la Corte Suprema de Justicia.

'2º Las de índole contencioso administrativa, cuando se refieran a decretos ejecutivos aprobatorios de los estatutos y los reglamentos generales del Seguro Social.

'3º Las acciones civiles y penales de las cuales deba conocer la justicia ordinaria, distinta de aquellas cuya competencia atribuye la Ley 90 de 1946 a la Justicia del Trabajo'."

En el caso sub judice no se trata de ninguno de los tres casos transcritos, ya que el negocio no versa sobre exequibilidad o inexecuibilidad de disposiciones legales, de que deba conocer la Corte Suprema de Justicia, ni de asuntos de índole contencioso administrativa que se refieran a decretos ejecutivos aprobatorios de los estatutos y los reglamentos generales del Seguro Social ni de acción civil de la cual deba conocer la justicia ordinaria.

Para entender mejor que en el presente caso se trata de una divergencia de las previstas en el inciso 1º del artículo citado, es necesario poner de presente que el conflicto se refiere a la obligación de pagar la cuantía de la cotización patronal en el caso de huelga declarada, teniendo en cuenta disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo.

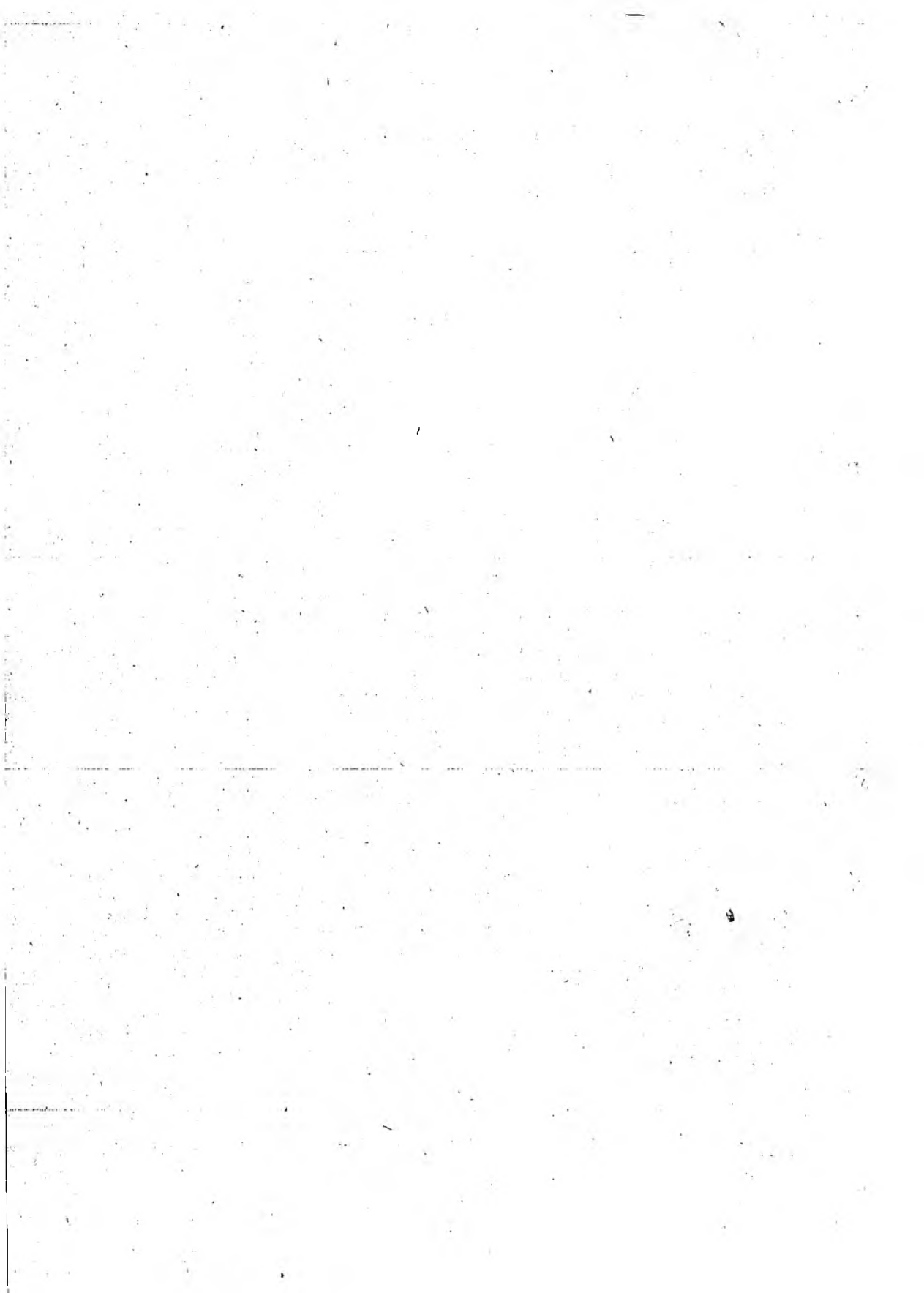
Siendo ésto así, es claro que el Consejo de Estado no es competente para conocer de la demanda instaurada por el doctor José Joaquín Rodríguez, como apoderado de la Empresa Gaseosas Colombianas S. A. y por ello la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal 3º de la Corporación, declara nulo todo lo actuado en este negocio a partir del auto admisorio de la demanda de fecha 25 de febrero de 1966, inclusive.

Esta providencia, fue discutida y aprobada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sesión de fecha 6 de junio de 1968.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Belisario Arciniegas, Ricardo Bontilla Gutiérrez, Nemesto Camacho Rodríguez, Andrés. Holguín.

Marco A. Martínez B., Secretario.

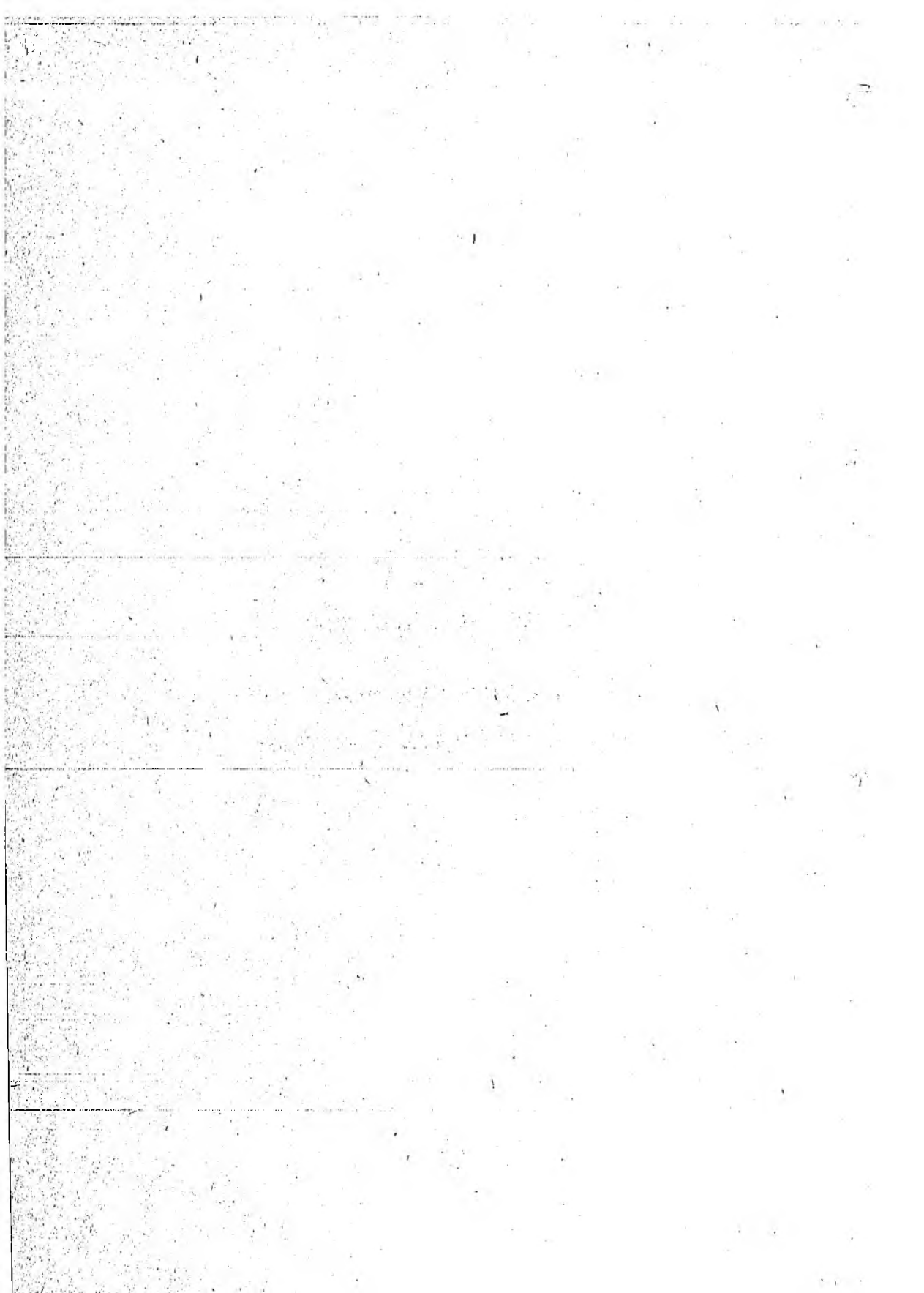


TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO PRIMERO

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES



ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. — Constituyen una necesidad del Estado moderno, no sólo por la complejidad de la administración pública, sino para organizar, en forma más eficiente la prestación de los servicios.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., veinte de marzo de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Alfonso Meluk*).

El doctor Ricardo Camargo Sierra, en su carácter de apoderado del señor *Gobernador del Departamento de Bolívar*, ha interpuesto recurso de apelación contra el fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha 24 de agosto de 1967, proferido en la demanda incoada por el apelante, en que el *a quo* declaró la nulidad del artículo 5º y del ordinal c) del artículo 11 de la Ordenanza número 52 de 1964, y la negó en todo lo demás, expedida por la Asamblea Departamental de Bolívar.

HECHOS

El actor presentó "demanda de nulidad contra los artículos 2º, 5º, 6º, 11 con su parágrafo, 14 en los ordinales c), d), e), f), h), i); artículo 15, artículo 17, artículo 19, artículo 25, artículo 26, artículo 27 de la Ordenanza número 52 de 1964 'por la cual se reglamenta el funcionamiento de la Industria Licorera de Bolívar'."

Los artículos acusados de la Ordenanza tratan de lo siguiente: El artículo 2º se refiere a que el domicilio será la ciudad de Cartagena, pero podrá la Junta Directiva establecer sucursales o agencias en cualquier parte del país o del exterior. El artículo 5º, a la constitución de la Junta Directiva integrada por 12 miembros paritarios; 3 por derecho propio: el Gobernador del Departamento, el Secretario de Hacienda y el Contralor Departamental, con autorización para delegar cuando no puedan asistir; 8 miembros con sus suplentes, elegidos por la Asamblea; y un representante del Sindicato de Trabajadores de la Industria Licorera, con su respectivo suplente. El artículo 6º a que en las faltas temporales o accidentales del Gerente, será reemplazado por el Sub-Gerente o el Secretario, en su orden, y en ausencia de éstos, lo designará el Gobernador. El 11 sobre funciones de la Junta Directiva en sus ordinales: c) Crear de acuerdo con el Gerente los empleos y oficios que se juzguen necesarios para la buena administración de los negocios; d) Determinar las funciones de cada empleado y la remuneración y hacer los correspondientes nombramientos o delegar total o parcialmente estas atribuciones en el Gerente; e) Examinar por sí, o mediante comisiones nombradas de su seno, los libros, cuentas, correspondencia, documentos y Caja de la Industria, que estime conveniente y comprobar las existencias; f) Autorizar al Gerente para celebrar o ejecutar actos cuya cuantía exceda de \$ 10.000.00, y autorizarlo para el otorgamiento de garantías; g) Decidir cuáles actos judiciales deben internarse (sic) o seguirse y facultar al Gerente para que nombre apoderado que represente a la Industria en asuntos judiciales o extraju-

diciales. h) Resolver que las diferencias de la Industria con terceros se sometan arbitrariamente (sic) o que se transija; i) Delegar expresamente alguna o algunas de sus funciones en el Gerente de la Industria. Artículo 15. El Sub-Gerente tendrá a su cargo las funciones que le señale la Junta Directiva o el Gerente y será responsable de sus actos ante la Junta Directiva y el Gerente de la Industria. Parágrafo. El Gerente podrá delegar en el Sub-Gerente, la firma y ordenación de las labores propias de su cargo, con excepción de aquellas que especialmente le confiere la Junta Directiva. Artículo 17. La Industria tendrá un Secretario de libre nombramiento y remoción de la Junta Directiva, que será a la vez Secretario de ésta y de la Gerencia, el que tendrá a su cargo las funciones especiales que le señalen la Junta Directiva y el Gerente y las que nazcan de la misma naturaleza del cargo. Artículo 19. La aprobación del balance de fin de ejercicio, por la Junta Directiva, lleva consigo la de las cuentas de su respectivo período. Artículo 27. Los Estatutos pueden ser reformados mediante propuestas formuladas y aprobadas por las dos terceras partes de los miembros de la Junta.

El demandante sostiene que las disposiciones acusadas violan el artículo 194 de la Constitución Nacional en su ordinal 2º, en cuanto le corresponde al Gobernador del Departamento dirigir la acción administrativa, haciendo los nombramientos de sus agentes, separándolos, reformando o revocando sus actos, y dictando las providencias en todos los ramos de la administración, así como el artículo 127 del C. de R. P. y M. que repite las mismas atribuciones, puesto que la Junta Directiva hace los nombramientos del personal, que le corresponde al Gobernador, así como se autoriza al Gerente para representar judicial y extrajudicialmente a la Industria Licorera, siendo función del Gobernador, la de llevar la voz del Departamento y representarlo en los negocios administrativos y judiciales, y que "la Asamblea no tiene facultad para otorgar a ningún funcionario semejante autorización". Que se viola el ordinal 16 del artículo 97 del C. de R. P. y M., en cuanto se dispone que la Junta Directiva designará al Secretario, porque "solamente las Asambleas pueden crear cargos y señalarle funciones".

Se observa que el demandante en su libelo, impugna otros artículos de la Ordenanza, que no han sido demandados, refiriéndose a que también violaron las normas antedichas, acusaciones que como es natural, la Sala habrá de desestimar, ya que no forman parte del juicio.

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, en su vista de fondo, conceptúa que debe revocarse la sentencia acusada, y en su lugar, negarse las súplicas de la demanda.

LA SALA CONSIDERA

El artículo 187 de la Constitución Nacional, sobre atribuciones de las Asambleas Departamentales, dice:

"....."

"2º Dirigir y fomentar por medio de ordenanzas y con los recursos propios del Departamento, las industrias establecidas y la introducción de otras nuevas", etc. Y el artículo 97 del C. de R. P. y M. en su ordinal 6º repite la misma facultad a estas entidades departamentales.

De manera, que constitucional y legalmente, las Asambleas Departamentales están plenamente autorizadas para la organización y fomento de las industrias establecidas, o por establecer, como lo hizo la Asamblea de Bolívar, por medio de la Ordenanza número 52 de 1964.

De otra parte, la Asamblea Departamental de Bolívar no hizo otra cosa que crear un establecimiento público descentralizado, que contempla la Ley 151 de 1959, en su artículo 1º, diciendo:

"Las empresas y establecimientos públicos descentralizados, cualquiera que sea la forma de administración adoptada, son parte de la administración pública; sus bienes y rentas, por su origen, son desmembración del patrimonio público y están afectos a la prestación de servicios públicos, culturales o sociales, y a la regulación y fomento de la economía nacional, dentro de los límites que señala la Constitución.

"Las entidades de que se trata tendrán autonomía administrativa, personería jurídica, y patrimonio independiente aportado, directa o indirectamente por el Estado".

Los establecimientos públicos descentralizados constituyen una necesidad del Estado moderno, no sólo por la complejidad de la administración pública, sino para organizar, en forma más eficiente la prestación de los servicios, así como la tecnificación de la producción y el control de los recaudos, como en el caso de la Industria Licorera de Bolívar, creada por la Ordenanza número 52 de 1964. Y resulta igualmente claro que para tal efecto, a dicho establecimiento tenía que dársele plena autonomía para su administración, como lo dice la Ley 151 de 1959, ya que de lo contrario la Empresa Licorera carecería de herramientas para darle la organización requerida, que corresponda a la finalidad buscada con su creación.

Ello mismo está indicando que las facultades dadas por la Asamblea Departamental, en la Ordenanza acusada, para nombramiento de Secretario y personal subalterno, crear los empleos necesarios y fijarle funciones, autorizar al Gerente para representar legalmente a la Industria, celebrar actos en cuantía que exceda de \$ 10.000.00, examinar libros y cuentas, delegar algunas funciones en el Gerente, etc., así como los demás aspectos del Estatuto, no constituyen violación ni del artículo 94 de la Constitución Nacional, ni del artículo 127 del C. de R. P. y M., porque si ciertamente, el numeral 2º de este artículo, faculta a los gobernadores para nombrar libremente a los empleados departamentales, también lo es que como lo dice la vista fiscal, los nombramientos autorizados por la Ordenanza a la Junta Directiva, no son de orden político, ni llevan la representación del Gobernador, como en el caso de los Alcaldes, ni son agentes inmediatos de éste, ni funcionarios públicos, sino la de simples trabajadores para el funcionamiento de la Licorera. Y de otra parte, como lo dice el Parágrafo del artículo 11, sobre funciones de la Junta Directiva, "El Gerente y el Sub-Gerente de la Industria Licorera serán nombrados por el señor Gobernador del Departamento", a lo cual se agrega que, de conformidad con el artículo 5º, el Gobernador del Departamento, el Secretario de Hacienda y el Contralor Departamental, son "por derecho propio", miembros de la mencionada Junta, la que debe ser presidida por el Gobernador, lo que le permite a tales funcionarios mantener una estrecha vigilancia sobre las actividades de la Empresa.

Quiere decir lo anterior que no tiene razón el *a quo*, al anular el ordinal c) del artículo 11 de la Ordenanza acusada, por violación del ordinal 16 del artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal, que le da facultad al Gobernador para el nombramiento de los empleados departamentales, por las razones expuestas.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* el fallo apelado, y en su lugar, *niega* las súplicas de la demanda.

Cópiase, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Álvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

CREACION DE MUNICIPIOS. — Finalidad del legislador. En todas las normas que contemplan los requisitos para la creación de nuevos municipios, se busca evitar que nazcan a la vida jurídica entidades municipales precarias, sin población suficiente y sin arbitrios rentísticos para su sostenimiento, sin recursos suficientes y sin vida propia, que no corresponden a una verdadera necesidad administrativa, convirtiéndose, por el contrario, en un lastre para la entidad departamental a la cual pertenecen, sin beneficio ninguno para el desarrollo y prosperidad del territorio con que fue integrado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., mayo veinticinco de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Alfonso Meluk*).

Sesión del día 22 de mayo de 1968.

Contra el fallo del Tribunal Administrativo del Departamento de Córdoba de fecha octubre 1º de 1965, que decretó la nulidad de la Ordenanza número 6 de 1963, orgánica del Municipio de "Los Córdoba", interpuso recurso de apelación el apoderado del citado Municipio.

El *a quo* fundamentó su fallo, en que para la creación del Municipio de "Los Córdoba", no reunía éste los requisitos legales, los cuales analiza en la sentencia recurrida.

Pero, en la segunda instancia, a solicitud del apelante y con base en el artículo 137 del C. C. A. se practicaron algunas pruebas, entre ellas la inspección ocular realizada por esta Sala, con acompañamiento de peritos; los documentos que se allegaron y las declaraciones que oportunamente se recibieron para demostrar que en la fecha en que se expidió la Ordenanza que le dio vida jurídica al municipio en referencia, éste reunía las condiciones necesarias para ser erigido en entidad municipal.

Como quiera que el apoderado del Municipio de Montería, al hacerse parte en el juicio, sostiene que "las pruebas presentadas en la segunda instancia pueden ser ciertas e intachables pero su valor probatorio inaplicable por tardío", se hace preciso definir si en realidad tales pruebas deben ser tenidas en cuenta por la Sala, o si, por el contrario, deben desestimarse, ya que han debido hacerse valer cuando se dictó la Ordenanza.

Mas antes de definir la cuestión planteada, conviene sentar los principios de orden jurídico que en seguida se enuncian, varios de los cuales han sido reiterados por la jurisprudencia del Consejo.

De manera general todas las causales de anulación de los actos administrativos proceden de *violación de la ley*, mas ésta puede provenir de causas diferentes que según el legislador y la doctrina se resumen en incompetencia del autor del acto, vicios de forma, error en la motivación, infracción de norma superior y desvío de poder. Estos defectos pueden alegarse tanto en vía gubernativa como en la jurisdiccional, y cuando ocurre en la última, se trata de la llamada acción de nulidad.

En este campo, pues, es donde se evidencia el sometimiento de la administración pública a las normas jurídicas, o sea la operancia del principio de *legalidad*, que busca que el funcionario o entidad que dicta el acto esté investido de la facultad de hacerlo; que al efecto llene los requisitos legales y que contenga precisamente la medida jurídica que la ley ha ideado para conseguir los fines previstos, sin quebrantar norma que sea obligatoria para dicha autoridad.

Estos postulados los acoge el artículo 66 del C. C. A. cuando dice que la acción de nulidad procede contra los actos administrativos no sólo por los motivos expresados en los artículos 62 a 65, que contemplan la transgresión de normas superiores, "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". Y la competencia obviamente se infiere de las normas que fijan la aptitud de cada funcionario o corporación, para proferir determinados actos.

Las razones del actor respecto a la causal invocada es lo que constituye el concepto de violación que exige el artículo 84 del C. C. A., como elemento esencial de la demanda ante la justicia administrativa, en los supuestos a que dicho precepto hace referencia.

Para efectos del caso materia de este proceso es necesario establecer las orientaciones atinentes a la que, dentro de la infracción legal genérica, se denomina específicamente "violación de ley", o sea la transgresión de normas superiores que el autor del acto debía acatar y a la "nulidad por vicios de forma", pues las demás causales de anulación no han sido aducidas.

La primera de ellas se presenta cuando el acto acusado es contrario a disposiciones jerárquicamente superiores, creadores de situaciones jurídicas generales, por separarse del texto o del espíritu o por error respecto de los hechos sobre los cuales actúa.

La segunda se desprende de que los actos administrativos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley y de que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es instrumental, para asegurar la certeza documental, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto a su validez, al revés de lo que sucede en la actividad privada, que muchas veces se ejerce mediante negocios jurídicos que se perfeccionan con el simple intercambio del consentimiento de las personas que en ellos intervienen.

La doctrina divide las formas en tres categorías a saber: Las previas o requisitos que es menester llenar antes de dictar el acto administrativo correspondiente; las concomitantes que deben adoptarse al tiempo de la expedición del acto, y las posteriores cuando la ley las establece para ser cumplidas después de la emisión del acto.

Aunque generalmente las formalidades hacen parte integrante de la manera de manifestarse la voluntad de la administración, no toda omisión de ellas acarrea la nulidad del acto, pues como dice Albert, en su obra "Controle Jurisdiccional de L'administration", "Débese precaver de las matemáticas jurídicas, ya que proclamando que la nulidad se presume, no habría administración posible si el Consejo de Estado anulase los actos administrativos por omisión de formalidades insignificantes o de formalidades cuyo cumplimiento no habría, en la realidad de los hechos, podido procurar ninguna garantía suplementaria a los administrados".

A su turno Walline opina: "Si el Consejo de Estado anulase despiadadamente por vicios de forma, los actos en cuyo cumplimiento se hubiese deslizado la menor incorrección de forma, la administración sería incitada para evitar la anulación de sus actos a exagerar la minuciosidad del formalismo y se vendría con ello a d'ltar aún más los procedimientos burocráticos que ya de por sí pecan de complicados, ocasionando frecuentemente a los administrados una incomodidad excesiva".

Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los Tribunales deben examinar cada caso, con base en que sólo las que constituyan una verdadera garantía y, por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad. A este propósito el mismo Walline dice: "En cuanto a la determinación de cuando la formalidad tiene carácter sustancial y cuando no lo es, por lo general es una cuestión de hecho. La d'rectiva jurisprudencial a este respecto es la siguiente: ¿Cuál habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado? ¿Habría sido la misma que la establecida en el acto? ¿Habría sido otra? La jurisprudencia no exige el cumplimiento regular de todas las formalidades prescritas a los administradores, sino solamente aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones respectivas" (Cita de Alberto Priado, como las anteriores, en sus apuntes sobre la Conferencia de Derecho Administrativo Especial, Universidad Javeriana, 1966).

Sentados los anteriores principios, debe indagarse el fundamento de la demanda de nulidad para precisar qué causal se ha propuesto y por tanto para calificar sus consecuencias, una vez analizadas las pruebas que obran en autos, sobre la base de que al demandante incumbía aducirlas, pues la Ordenanza acusada conlleva la presunción de legalidad, propia de los actos administrativos.

Son requisitos o formas previas para la expedición de una Ordenanza que crea un municipio las indicadas en los artículos 148 a 151 del Código de Régimen Político y Municipal y 1º, numeral 4º de la Ley 49 de 1931, las que pueden resumirse así: a) La solicitud de más de la mitad de los ciudadanos y vecinos que residan dentro de los límites que se pidan para el nuevo Municipio, cuyas firmas deberán autenticarse ante el Juez de uno de los Distritos que sufren la segregación; b) Acompañar a esta solicitud un plano general del territorio respectivo y las pruebas de los demás hechos o condiciones previstas en el artículo 1º de la Ley 49 de 1931; c) El informe que el Gobernador deberá pedir sobre el asunto a los Concejos Municipales que han de suministrar el territorio para el nuevo pudiendo tal funcionario si no halla suficientes las pruebas ordenarlas completar; d) La confección por parte del Gobernador de un expediente con tales documentos y con un concepto sobre la suficiencia de las pruebas y la conveniencia de la creación del Municipio.

Los requisitos de fondo son los que siguen, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley 49 de 1931, 1º de la Ley 62 de 1939 y 4º de la Ley 38 de 1942:

a) Que el nuevo Municipio tenga por lo menos diez mil habitantes y que cada uno de los Municipios de los cuales se segrega, quede cuando menos con una población no menor de quince mil habitantes; b) Que en cada uno de los tres años anteriores haya aportado a las rentas del Distrito o Distritos de que se segrega, una suma no menor de seis mil pesos, y que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones, cuyo monto anual no sea menor de catorce mil pesos; c) Que tenga una población en donde residan 150 familias, por lo menos, y suficiente número de personas aptas para servir los destinos públicos municipales; que existan locales adecuados para escuelas, casa municipal, cárcel y hospital; que en caso de no ser propios del Municipio que se va a crear, éste cuente con los suficientes recursos para construirlos; c) Que cada uno de los Distritos que sufren la segregación quede cuando menos con las dos terceras partes de su territorio.

Para la Sala, si bien la prueba de los requisitos de fondo debe figurar como requisito formal en el expediente que origina la Ordenanza de creación del Municipio según lo preceptúa el artículo 148 del C. P. M., su valorización queda sujeta al criterio del Gobernador (artículo 149 *ibidem*), y luego de la Asamblea, quien se presume que realiza la creación por hallarla suficiente. La creación por cierto no es obligatoria, pues a pesar de que obre prueba suficiente, cuando dicha entidad no estima conveniente la formación del nuevo Municipio, no la efectúa.

La apreciación probatoria de la Asamblea no está sometida a un régimen determinado, ya que la ley no lo expresa, por lo cual debe aplicar las reglas de la sana crítica, que es la norma general en las relaciones jurídicas y sociales.

Por ello, sin medios probatorios respecto a los requisitos de fondo no puede formarse válidamente un nuevo Distrito, pues faltaría un elemento formal; pero es el juicio de anulación la oportunidad para calificar a la luz de las pruebas que a él se aporten, si en el momento de ser dictada la Ordenanza tales requisitos de fondo existían, y, en caso afirmativo, ella no viola las normas superiores.

En cuanto a los requisitos formales, algunos tocan con la sustancia del acto mismo, y su ausencia induce a nulidad, mientras otros son meramente accidentales, de modo que su falta no puede producirla, sin sacrificar el derecho al formalismo. Es, entonces, indispensable distinguir entre aquellos que al obrar habrían tenido alguna influencia sobre la decisión respectiva y los que no la hubieran tenido.

En la hipótesis estudiada, se cumplió con la elaboración del expediente por el Gobernador, como lo demuestra la inspección ocular practicada en la primera instancia, y con el hecho de haberse allegado el plano de que trata la Ley 62 de 1939, pues aunque el último no emana del Ingeniero Catastral, el Consejo ha dicho que "la quinta condición, o sea el territorio, puede acreditarse con un mapa auténtico o con certificaciones". (Sent. de 5 de marzo de 1947, Municipio de Fundación, Cita de Pareja, Pág. 426). Y a este propósito se observa que se verificó en la Inspección Ocular practicada sobre el expediente de la Asamblea, que figura un plano en copia heliográfica titulado: *Nuevo Municipio de Los Córdoba*. Escala: 1:100.000. En la parte inferior dice: "Mapa elaborado según plano y datos recopilados por Víctor Arana Sánchez".

Además, al folio 163, se halla un mapa del Municipio de Los Córdoba elaborado por los ingenieros Alejandro Espinosa Moreno e Hiram. B. Preston, con matriculas números 3501 y 4747 del Consejo Profesional de Cundinamarca, todo lo cual es suficiente de acuerdo con la doctrina transcrita.

Y que se acompañaron medios de prueba de los otros requisitos formales de tipo sustancial es evidente, pues en el expediente organizado por la Gobernación ellos obran como se infiere de la inspección ocular citada. Acerca de la prueba de la solicitud de los habitantes o vecinos del lugar, aun cuando en algunos pocos casos las firmas no fueron autenticadas por el Juez y su Secretario, se aplica la doctrina del Consejo en la providencia referida cuando dice que la cuarta condición, "o sea la solicitud de los vecinos, debe acreditarse con copias de ella, exposición de motivos de la Ordenanza, etc., y con el expediente que la Asamblea debe formar".

Quedaría únicamente sin probar que el Gobernador solicitó el informe a los Concejos Municipales de Montería y Cereté que suministraban el nuevo territorio que parece no se pidió, pues por certificaciones que figuran en el expediente se desprende que los Cabildos no lo expidieron. A este respecto la Sala considera que dicho informe no es un requisito de fondo, pues no obligaba a la Asamblea. Tomándolo como requisito formal, pues esa es su ubicación, pertenece a los de orden accidental, ya que su finalidad era meramente informativa. A este respecto dice Bielsa: "así también en el derecho administrativo la forma puede ser determinada por un requisito previo al acto, por ejemplo cuando toda ordenanza o todo decreto debe hacer mérito de un dictamen previo de un órgano administrativo o ser motivado... mediante consulta a los administradores, etc. El dictamen no es expresión de voluntad de un órgano (órgano asesor) sino elemento ilustrativo que la ley puede imponer para que el órgano que decida no pueda aducir falta de información o ilustración" (Derecho Administrativo, Tomo II, Pág. 71).

Para ir eliminando tachas, la Sala antes de analizar las pruebas que aparecen en los autos acerca de los requisitos de fondo que el actor echó de menos, principia por advertir que a más de los que han servido de base a sus argumentos tanto iniciales como finales que lograron éxito en primera instancia, una de las demandas afirma que el territorio del Municipio de Los Córdoba fue cercenado en parte del Municipio de Arboletes, perteneciente al Departamento de Antioquia y que determinados nombres de los Corregimientos que conformaron la nueva entidad municipal no corresponden a la realidad. Mas se anota que el dictamen pericial acredita que la conformación territorial del Municipio mencionado fue regular, pues se constituyó con territorios de los Municipios de Montería y Cereté (Fl. 335), a base de los Corregimientos señalados, de modo que sobre el particular no ha surgido problema.

El Certificado expedido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística que obra al folio 308 del expediente, dice que "tomando como base el Censo de población verificado en Colombia el 9 de mayo de 1951, y aprobado por el Decreto-ley número 1905 del 19 de junio de 1954, la población de los Municipios de Montería, Cereté, Puerto Escondido y Los Córdoba, se estimó el 15 de junio de 1963, de la siguiente manera: Montería, 121.316 habitantes; Cereté, 28.109 habitantes; Puerto Escondido, 10.630 habitantes, y Los Córdoba, 12.499 habitantes". (Subraya la Sala).

Tratándose, pues, de una certificación oficial, apoyada en el Censo y correspondiendo a la población del Municipio de Los Córdoba, 12.495 habitantes, en

el mes de junio de 1963, en que fue creado, no hay duda de que el requisito de los 10.000 habitantes se encuentra cumplido. Con la certificación antedicha, está demostrado también que la población de cada uno de los municipios de que se segrega, quedó con más de 15.000 habitantes.

Al folio 291 del expediente, se encuentra el certificado del Tesorero Municipal de Los Córdoba, el cual expresa:

"Que según los registros o archivos que existen en este Despacho, correspondientes a los años de 1959, 1960, 1961 y 1962, los Corregimientos de Canalete, El Ebano, Santa Rosa de la Caña, Puerto Rey y Los Córdoba, se aportaron a las cabeceras municipales de Cereté y Montería, sumas superiores a \$ 6.000.00 anuales, por concepto de rentas. Para constancia, se expide el presente certificado en Los Córdoba, a los veinticinco días del mes de julio de 1967. Fdo. El Tesorero Municipal, Fernando Oquendo. Vº Bº El Auditor Fiscal, Enrique Garcés Berrocal".

Referente a este punto, así como a las rentas de los Municipios de Montería y Cereté, de los que fue segregado el Municipio de Los Córdoba, establece el dictamen pericial, en respuesta a la pregunta b):

"Según la Ordenanza que creó el Municipio de Los Córdoba, este Municipio, entre otros territorios, está formado por los siguientes:

"Corregimiento de Canalete, compuesto por los caseríos de Paso del Mono, Durante, Aguilá, Guineo, Urango y el Limón; Corregimiento El Ebano, formado por los caseríos Esquimal, Jalisco y Quebrada Seca; Corregimiento de Santa Rosa de la Caña, formado por los caseríos de Arenosa, Chinchorro y Algodón; Corregimiento de Puerto Rey, formado por el caserío de Playa de Los Córdoba, y Corregimiento de Los Córdoba formado por la población del mismo nombre.

"Al hacer el análisis de las cifras correspondientes a los rubros de rentas e ingresos municipales que figuran en el cuadro que obra al folio 300 del expediente, cuadro éste en el cual se encuentran registrados los ingresos y rentas del Tesoro Municipal de Los Córdoba, durante cada uno de los años de 1963, 1964, 1965, 1966 y 1967 los primeros seis meses de este año, se puede advertir que no constituye una temeridad la afirmación que nos hemos permitido hacer, consistente en que el monto de las rentas e ingresos del Municipio de Los Córdoba, en la vigencia fiscal en curso, es superior a \$ 14.000.00.

"Igualmente, y de acuerdo con el certificado de fecha 25 de julio de este año, que obra al folio 91 de los autos, expedido por el Tesorero Municipal de Los Córdoba, y refrendado por el Auditor Fiscal, durante cada uno de los años de 1959, 1960, 1961 y 1962, los Corregimientos de Canalete, El Ebano, Santa Rosa de la Caña, Puerto Rey, y Los Córdoba, aportaron a las cabeceras de los Municipios de Cereté y Montería, por concepto de rentas, sumas superiores a \$ 6.000.00 anuales.

"En el Informe Financiero del Control Departamental de Córdoba, correspondiente a la vigencia fiscal de 1963, en la Sección de Cuentas Municipales y Especiales página 19, hay constancia de que en el año de 1963

el Municipio de Los Córdoba obtuvo recaudos por la suma de \$ 19.899.64 y el Municipio de Cereté obtuvo recaudos por la suma de \$ 568.599.40; en el Informe Financiero del mismo funcionario, correspondiente a la vigencia fiscal de 1964, en la Sección de Cuentas Municipales y Especiales, el Municipio de Los Córdoba obtuvo recaudos por un total de \$ 159.153.51, y el Municipio de Cereté obtuvo recaudos por un total de \$ 629.529.39, y finalmente en el Informe Financiero del funcionario citado, correspondiente a la vigencia fiscal de 1965, en la Sección de Cuentas Municipales y Especiales, consta que el Municipio de Los Córdoba en el año de 1965, obtuvo recaudos por un total de \$ 222.323.17, y el Municipio de Cereté, en el mismo año, obtuvo recaudos por un total de \$ 617.090.88". (Folios 355 y 356).

Por último los peritos deducen con fundamentos plausibles que si Cereté en 1963 produjo rentas por valor de \$ 568.599.40, Montería en dicho año tuvo que producir cantidad mayor.

Ello está demostrando que el Municipio de Los Córdoba cumplía cuando fue creado, lo preceptuado por el artículo 2º de la Ley 49 de 1931 en materia de rentas.

En la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal, se expresa: hay "a folio 15 del primer cuaderno del expediente, una diligencia de certificación suscrita por el señor Juez Promiscuo Municipal de Montería y su secretario en la cual hace constar: que se trasladó al Corregimiento de Los Córdoba el 1º de octubre de 1960, donde verificó lo siguiente: A) En dicha población residen en la actualidad aproximadamente *doscientas treinta y cinco familias*; B) Hay un local en buen estado en el cual funciona la Corregiduría, así como también locales apropiados así como edificios para futuras oficinas públicas y dependencias de servicio público, tales como edificios en construcción para mercado público, dos edificios donde funcionan las escuelas públicas, para varones y niñas, servicio telefónico, puesto de salud, local para cárcel; C) Cuenta el pueblo con una perforación acondicionada para producir agua potable para abastecer una población calculada tres veces mayor a la existente; D) La población con personal idóneo de regir sus destinos, factor que suma a la importancia de dicha población". (Fl. 101). (Subraya la Sala).

Considera el fallo apelado, en relación con este certificado, que no tiene valor probatorio por no referirse a hechos que pasan ante los jueces en ejercicio de sus funciones, y que tales hechos han podido acreditarse mediante una inspección ocular practicada por un Juez de la Jurisdicción del Corregimiento de Los Córdoba.

Se observa: en la misma diligencia en que se copia la certificación del Juez Promiscuo Municipal de Montería, se lee:

"La anterior diligencia fue cumplida por el señor Juez y su Secretario, citado anteriormente, en virtud de una solicitud para tal efecto, formulada por los señores Alfonso Carmona de los Ríos, Jesús María Zapata y la señora Albertina de Garcés, calendada en Montería el 1º de octubre de 1960". (Folio 101). (Subraya la Sala).

Se tiene, entonces, que la certificación proviene de la visita practicada por el citado Juez tres años antes de crearse el Municipio de Los Córdoba, la que constituye un grave indicio al respecto, que se complementa, como ya se expuso,

con la circunstancia de que la población del Municipio de Los Córdoba era en 1963 de 12.499 habitantes, de modo que salta a la vista que en su territorio forzosamente tenían que residir más de 150 familias, para tal población (C. J. Art. 665).

A este respecto se acoge la vista fiscal que reza: "Ya se dijo anteriormente, teniendo en cuenta el certificado del Departamento Administrativo de Estadística, folio 308, cómo el número de habitantes era mayor de 12.000, o lo que es lo mismo, el número de familias, necesariamente, tiene que ser mayor de 150. Igualmente debe manifestarse que la diligencia de inspección ocular practicada por la Corporación, 313, dice que hay edificio para la Alcaldía Municipal, Hospital Materno-Infantil, Cuartel de Policía, Caja de Crédito Agrario, Oficinas de Telecom, Oficina de Correos, Registraduría del Estado Civil, etc., con el personal apto para desempeñar las funciones correspondientes, demostrándose, en consecuencia, que no hubo violación de la norma indicada".

De lo expuesto se concluye que al crearse el Municipio de Los Córdoba, reunía los requisitos que contempla el numeral 3º del artículo 1º de la Ley 49 de 1931.

En la inspección ocular practicada por los señores Magistrados del Tribunal, el personal de la diligencia pudo constatar los numerosos memoriales dirigidos al Gobernador del Departamento de Córdoba, con muchísimas firmas autenticadas de los vecinos de los distintos corregimientos que integran el Municipio de Los Córdoba, en que piden la creación de este Municipio. (Fls. 89 a 115).

Además la Sala, en la diligencia de inspección ocular practicada en la cabecera del Municipio de Los Córdoba el 24 de julio de 1967, comisionó al Juez Promiscuo Municipal de Los Córdoba, para que con las formalidades legales recibiera los testimonios pedidos dentro de la diligencia, al tenor del interrogatorio que les fue formulado. Los testigos Jesús Muñoz Ramírez, Rafael Lara Cogollo, Rodrigo Vélez Corrales, Elías Bechara Sainún, Angel Díaz Chaves, Francisco Franco Caucil, Benjamín Carmona Romero, Olimpo Obregón Leomos, Pardo Murillo Santana, Francisco Correa Ricardo, Segundo Armentero Padilla, Eduardo Jaller Salleg, Ezequiel Miranda Martelo, Leoncio Garcés Berrocal, Albertina C. de Garcés, Eulalio Blandón Morales, rindieron las declaraciones que obran a los folios 321 a 352, que son categóricas en sentido afirmativo, en relación con los puntos a que se contrae el interrogatorio, y que versan sobre los requisitos de que se viene tratando.

Tanto los memoriales dirigidos al Gobernador del Departamento, como las declaraciones citadas son suficientes, a juicio de esta Sala, para llegar a la conclusión de que al crearse el Municipio de Los Córdoba, cumplía el requisito exigido por el numeral 4º, artículo 1º de la Ley 49 de 1931.

La Sala considera necesario hacer la siguiente observación:

Al iniciarse la inspección ocular practicada por los Magistrados del Tribunal Administrativo de Córdoba, en el expediente de la Asamblea, decretada por auto de fecha 27 de agosto de 1963, se dice:

"Se presentaron al Salón de la honorable Asamblea del Departamento de Córdoba, los doctores Bolívar Salgado y Néstor Padrón Guzmán, Magistrados del honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, acompañados por el

Secretario Eduardo Herazo Espitia, Secretario del Tribunal y los doctores Eugenio Giraldo y Alfonso Ordosgoitia, testigos actuarios de la presente diligencia". Pero, resulta que las dos demandas incoadas en este negocio, fueron instauradas por el doctor Eugenio Giraldo, en su propio nombre, y por el Personero del Municipio de Monteria, doctor Alberto Jiménez Padilla. Por ello siendo el doctor Eugenio Giraldo parte principal en el pleito, no podía actuar como testigo actuario, no sólo "por parcialidad que se supone", como lo expresa el artículo 639 del C. J., sino porque de la lectura del acta de inspección ocular, se desprende que el doctor Giraldo no sólo no mantuvo la actitud que le correspondía como "testigo actuario", es decir, constatar los hechos ocurridos en la diligencia, sin intervención en su desarrollo, sino que en ella tachó documentos, acusó testimonios, dejó constancias, como parte interesada, con la anuencia de los Magistrados.

Tan anómala circunstancia, a juicio de esta Sala, disminuye fuerza probatoria a la diligencia en cuanto a la demostración de la ilegalidad de la Ordenanza acusada.

De todo lo expuesto se concluye que al momento de dictarse la Ordenanza existían los requisitos de fondo y de forma, salvo uno de los últimos de trascendencia meramente informativa y no fundamental, por lo cual su presunción de legalidad no se ha desvirtuado.

Pero, además, es conveniente hacer las siguientes consideraciones:

En la intervención y aplicación de la ley, el fallador debe tener en cuenta, fuera de su tenor literal, la finalidad buscada por el legislador con su expedición. En todas las normas que contemplan los requisitos para la creación de nuevos municipios, se busca evitar que nazcan a la vida jurídica entidades municipales precarias, sin población suficiente y sin arbitrios rentísticos para su sostenimiento, sin recursos suficientes y sin vida propia, que no corresponden a una verdadera necesidad administrativa, convirtiéndose, por el contrario, en un lastre para la entidad departamental a la cual pertenecen, sin beneficio ninguno para el desarrollo y prosperidad del territorio con que fue integrado, lo cual no ocurre en este caso.

En tal sentido se ha pronunciado esta Corporación, en fallos de diciembre 4 de 1935, sobre nulidad de la Ordenanza Departamental del Valle, que creó el Municipio de Trujillo, y de agosto 14 de 1941 sobre nulidad de la Ordenanza número 49 de 1939, de la misma Asamblea, que creó el Municipio de Calima (Anales 305-307).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con su colaborador fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca el fallo apelado, y en su lugar, *niega* las súplicas de las demandas aducidas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, con salvamento de voto; *Jorge de Velasco Alvarez*, con salvamento de voto; *Hernando Morales M.*, Conjuez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el mayor respeto nos apartamos del fallo anterior y presentamos, a manera de salvamento de voto, los siguientes apartes de la ponencia que fue presentada a la Sala y que fue negada por la mayoría:

"Los cargos que se formularon contra el acto acusado fueron estudiados y resueltos por el Tribunal en su orden, así:

1º Que el Municipio de Los Córdoba se creó por la Ordenanza número 6 de 1963... sin tener por lo menos 10.000 habitantes".

Se practicó por el Tribunal una inspección ocular sobre el expediente que sirvió a la Asamblea para expedir la Ordenanza acusada. En tal diligencia sólo se evidenció que la población de los corregimientos de El Ebano, Canalete, Los Córdoba y Puerto Rey, que entraron a hacer parte del nuevo municipio asciende a 5.744 habitantes. Tal cosa se ha hecho constar en una certificación expedida por el Director de Estadística Municipal de Montería que obra a folios 14 del cuaderno 1º. Sobre la población del corregimiento de Santa Rosa de la Caña, que también entró a formar el municipio de Los Córdoba, no se encontró dato ninguno en el expediente.

En las condiciones apuntadas el Tribunal encontró que con la Ordenanza acusada se había violado el artículo 4º de la Ley 38 de 1942 que exige una población mínima de 10.000 habitantes para la creación de un municipio.

En esta segunda instancia, el doctor José Joaquín Bernal Arévalo pidió como prueba una inspección ocular, que el Consejo hubó de practicar. Se pidió que se estableciera "si para la fecha en que se creó el municipio existían dentro de su territorio más de diez mil habitantes; para lo cual se tendrán en cuenta, para el cálculo, los datos del último censo de población que se presentaron en la diligencia. Y si los demás municipios de donde se segregó el territorio quedaron con más de quince mil habitantes".

En el momento de la diligencia, el doctor Bernal Arévalo presentó una certificación expedida por el Departamento Nacional de Estadística en el que consta que el número de habitantes de los municipios de Los Córdoba, Cereté y Montería sobrepasa de los 10.000 habitantes. Además se comisionó al Juez competente para recibir declaraciones de testigos sobre la misma cuestión, declaraciones que fueron favorables en dicho sentido.

La Sala no encuentra que haya podido desvirtuarse la sentencia del Tribunal en este punto porque, además de que la prueba legal sobre población no es la que dé el Departamento Nacional de Estadística sino el censo nacional aprobado por el Congreso, como varias veces lo ha dicho el Consejo, esa prueba o cualquiera otra, incluyendo las declaraciones de testigos, ha debido aportarse al expediente que se forma para que la Asamblea obre con base en él en la creación de municipios, expediente que exige el Código de Régimen Político y Municipal.

Con razón dice el doctor Eustorgio Sarria apoderado en este juicio de los demandantes que "las pruebas presentadas en la segunda instancia pueden ser ciertas e intachables pero su valor probatorio inaplicable por tardío. Si esas pruebas se hubieren agregado al informe presentado a la Asamblea, origen del municipio de "Los Córdoba", seguramente su legalidad sería inobjetable, pero lo que se discute no es lo que el Municipio es en el presente *sino lo que se demostró que era el territorio que lo forma en el momento en que se expidió la Ordenanza 6 de 1963*". (subraya la Sala).

Todos los requisitos que para la creación de Municipios exigen las leyes deben cumplirse, como es obvio, cuando se pide a la Asamblea su creación y las Asambleas tienen la obligación de comprobar en los casos concretos si están satisfechos tales requisitos.

Los razonamientos que se acaban de exponer son válidos para los restantes cargos de la demanda, pues para desvirtuarlos en la segunda instancia sólo se trajeron pruebas que, como se ha dicho, hubieran sido pertinentes cuando la Asamblea iba a expedir el acto acusado. Si en ese momento la Asamblea no las tenía no podía ordenar la creación del municipio; y si lo hizo así violó la Constitución Nacional en su artículo 187 que dice que a las Asambleas Departamentales corresponde "crear y suprimir municipios, segregar o agregar términos municipales y fijar límites entre los Distritos, *llenando estrictamente los requisitos que establezca la ley*" (subraya la Sala).

En síntesis: es en el momento en que la Asamblea va a expedir la Ordenanza cuando deben estar acreditados los requisitos que exige la ley. Si no lo están no puede aquélla expedir la Ordenanza porque la ley ordena la previa demostración de todos aquellos requisitos.

Si la Asamblea de Córdoba no tenía a la vista, en el expediente, tales pruebas y sin embargo expidió la Ordenanza, violó la ley; y esa violación no puede subsanarse posteriormente pretendiendo demostrar que en aquel entonces el municipio cumplía sus requisitos, pues la violación legal se efectuó en un momento determinado: al expedirse la Ordenanza.

Se analizarán entonces los otros cargos de la demanda, sólo para establecer si el a quo se ciñó a derecho al darles solución.

2º Que el Municipio de Los Córdoba se creó "sin haberse comprobado que en los tres últimos años anteriores a su creación, es decir, en 1960, 1961 y 1962 hubiera aportado a las rentas de los distritos de que se segregó una suma no menor de \$ 6.000.00, y que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones cuyo monto anual no sea inferior a \$ 14.000.00".

En el expediente que sirvió de base a la Asamblea figuran los datos de los años 1957 a 1960 referentes al monto de las rentas aportadas por los corregimientos de "El Ebano" y "Corralete" (\$ 2.604.30 y \$ 5.281.55, respectivamente, para 1960).

Para las rentas aportadas por el corregimiento de "Los Córdoba" hay datos de 1957 a 1959 (v. folios 4, 5, 10 y 20 del cuaderno 1º). No hay datos sobre el corregimiento de "Santa Rosa de la Caña".

La Asamblea, pues, ignoraba el aporte de los corregimientos que iban a integrar el nuevo municipio, en los últimos tres años. En esa forma violó el numeral 2º del artículo 1º de la Ley 49 de 1931.

3º Que el Municipio de "Los Córdoba" se creó sin haberse acompañado a la solicitud un plano adecuado del territorio respectivo.

No se cumplió lo estatuido por los artículos 148 del C. de R. y M. y 12 de la Ley 62 de 1939 que exigen un plano general ejecutado por un ingeniero catastral. El mapa que se encontró en el expediente está elaborado por un particular.

4º Que el Municipio de "Los Córdoba" se creó sin haberse solicitado informe o concepto sobre el particular a los Concejos de los municipios de Montería, Cereté y Puerto Escondido, de donde se segregaron territorios para su formación.

La Sala acoge lo dicho por el Tribunal en los siguientes términos: "A folios 49, 40 vto. y 50; 51, 51 vto. y 52 del cuaderno 1º 'A' de los autos, aparecen dos certificados expedidos, a solicitud del doctor Eugenio Giraldo (actor), por los Presidentes y Secretarios de los Concejos Municipales de Montería y Cereté, respectivamente, que en lo pertinente dicen:

a) "Primero. Que en los archivos de la Corporación no hay constancia alguna de que entre el primero (1º) de enero de 1960 y el primero (1º) de agosto de 1963, el Gobernador del Departamento, la Asamblea, ni ningún otro funcionario o Corporación pidieron al Concejo Municipal de Montería informe o concepto sobre la creación del Municipio de Los Córdoba, formado por territorios segregados en todo o en parte de Montería".

b) "Primero. No hay constancia alguna en los archivos del Concejo Municipal de Cereté de que entre el primero (1º) de enero de mil novecientos sesenta (1960) y el primero (1º) de mayo de mil novecientos sesenta y tres (1963), el Gobernador del Departamento de Córdoba, la honorable Asamblea Departamental, algún otro funcionario o alguna otra Corporación hayan pedido al Concejo Municipal de Cereté informe, concepto u opinión sobre la creación del Municipio de Los Córdoba formado por territorios segregados en todo o en parte del Municipio de Cereté. En síntesis: Al Concejo Municipal de Cereté no se le ha pedido en ninguna ocasión o época informe o concepto sobre la creación del Municipio de Los Córdoba ni por el Gobernador del Departamento, ni por la honorable Asamblea, ni por funcionario o Corporación alguna".

"Los anteriores certificados fueron expedidos con las formalidades legales y por funcionarios con capacidad jurídica, para aseverar con fuerza de plena prueba sobre los hechos contenidos en ellos.

"Es más, la inspección ocular de autos nos informa que en el expediente origen de la Ordenanza cuya nulidad nos ocupa en esta ocasión, no existe ningún informe rendido por los Concejos de Montería y Cereté, Distritos éstos de los cuales logró territorios el de Los Córdoba para su formación, a solicitud del señor Gobernador del Departamento, en obediencia de lo ordenado por el artículo 149 de la Ley 4ª de 1913, el cual, con la omisión anotada, fue violado por el estatuto ordenanza aludido. Lo anterior nos induce a confirmar el cargo".

El doctor Bernal Arévalo en su alegato de fondo dice que el hecho de haber presentado el demandante unas constancias de que los Secretarios de los Concejos Municipales afirman la inexistencia en las Corporaciones de nota alguna enviada por el Gobernador al Cabildo pidiendo el concepto "no quiere decir que no se le haya solicitado; porque en materia probatoria, ese hecho de que no existe en los archivos, no indica fatalmente el que no se haya cumplido tal trámite".

Aceptando en gracia de discusión la tesis del doctor Bernal Arévalo, lo cierto es que en el expediente de la Asamblea no se encontraron aquellos conceptos; y ese requisito sí es indispensable aunque fuera, como lo dice el doctor Bernal Arévalo "simplemente una opinión sobre conveniencia...", pues los conceptos deben rendirse y tenerse a la vista por mandato del artículo 149 de la Ley 4ª de 1913.

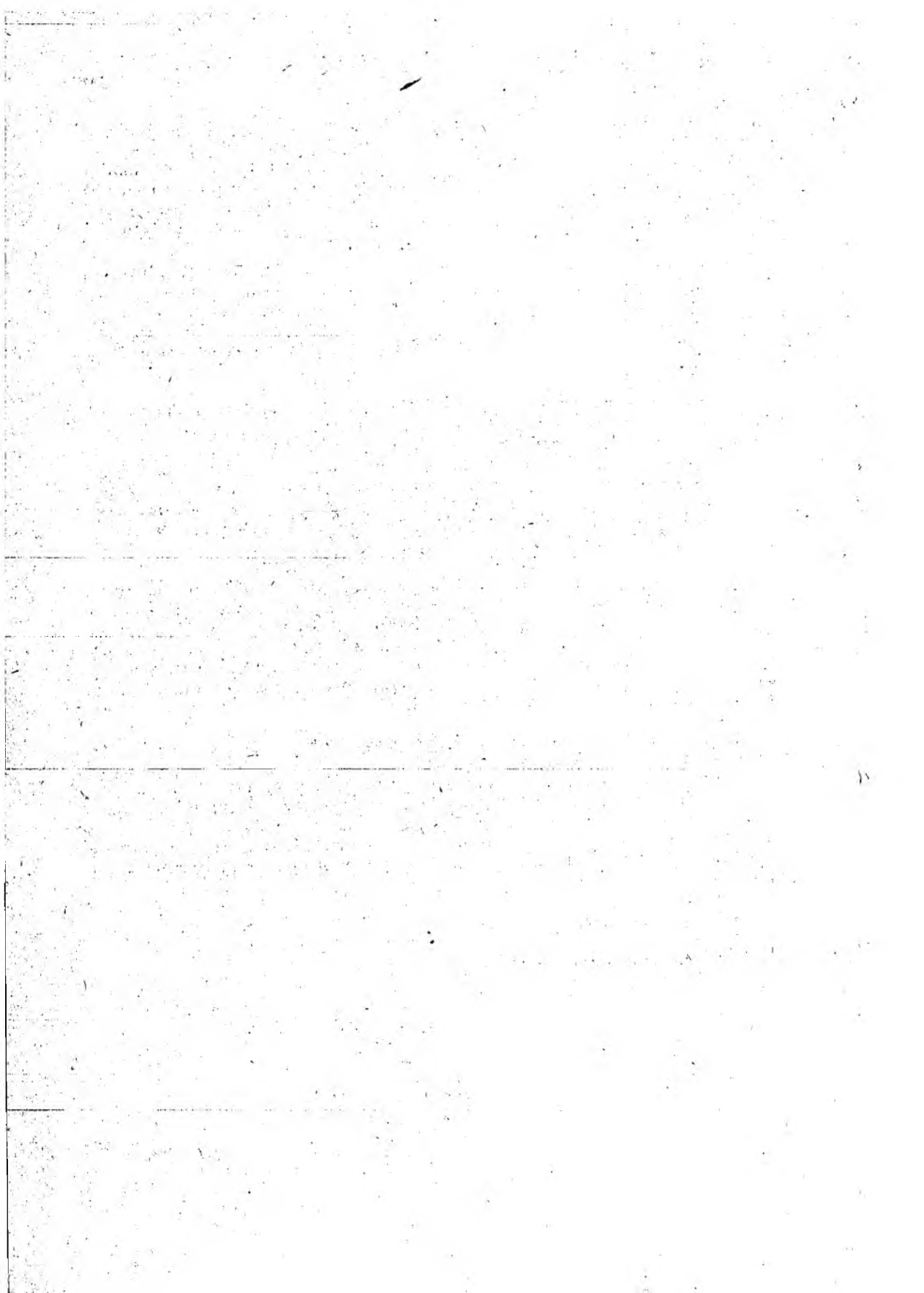
La Sala observa que, según aparece tanto de la inspección ocular practicada por el Consejo, como de las demás pruebas traídas en la segunda instancia, ha habido un grande esfuerzo de los hijos de "Los Córdoba", para dotar a su municipio de todos los adelantos modernos y que, en efecto lo han dotado. Pero es que, a pesar de ello, el origen del nuevo municipio está viciado *ab initio* por la violación de las leyes por parte de la Asamblea al expedir la ordenanza acusada; y la justicia contencioso administrativa está en la obligación de anular los actos dictados con violación de la Constitución y de la ley".

Finalmente agregamos que la diferenciación que hace la sentencia sobre requisitos formales o de fondo y accesorios o de forma, no es pertinente para el caso de autos, pues la ley es muy clara cuando exige que para la creación de un Municipio *deben estar acreditados* todos aquellos requisitos que la misma ley señala; y tales requisitos no son alternos sino acumulados. De suerte que, ya sean requisitos formales o accesorios, todos ellos deben estar acreditados en el expediente que ha de presentarse a la Asamblea.

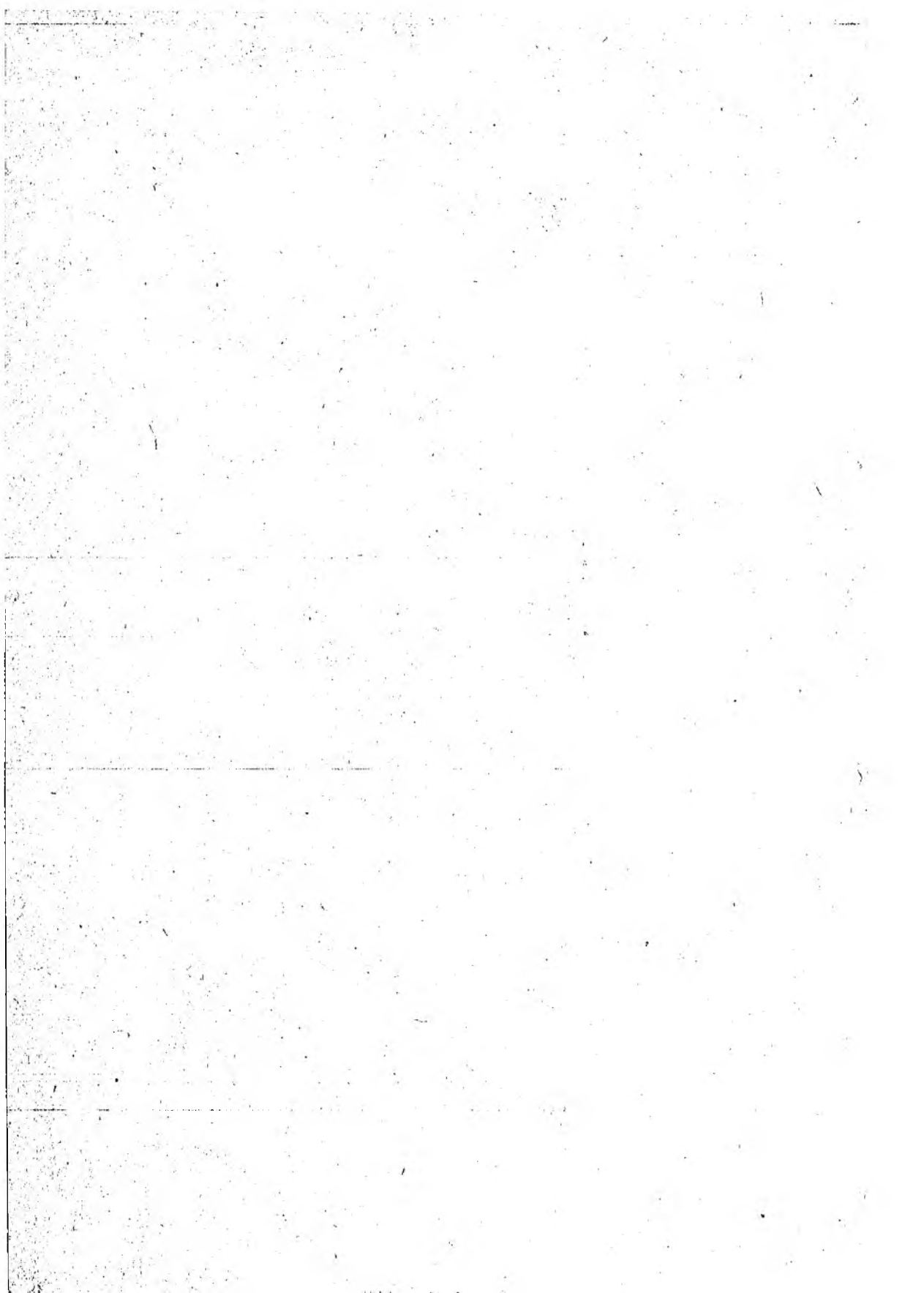
La tesis del fallo conlleva un peligroso antecedente, cual es el que las Asambleas puedan crear o suprimir municipios sin el lleno de las exigencias legales, para que luego y en el transcurso del tiempo se aduzcan pruebas tendientes a demostrar que cuando una Asamblea dictó la Ordenanza, el nuevo municipio reunía los requisitos que exige la ley. En esta forma se quita a las disposiciones legales toda la rigurosidad que el legislador quiso darle a la materia en asunto tan delicado y trascendental como es el de erigir municipios o segregar términos municipales.

Señores Consejeros,

Jorge de Velasco Alvarez, Alfonso Arango Henao.



CAPITULO SEGUNDO
DECRETOS DE LOS GOBERNADORES



- I. PODER DE POLICIA.** — En un país jurídica y democráticamente organizado tienen que existir autoridades con facultades jurídicas para hacer respetar el deslinde entre lo que es necesario al interés general y lo que corresponde a la iniciativa particular. En el lenguaje del Derecho Administrativo, según Walline, el término Policía indica la limitación por una autoridad pública y en interés público de actividades de los ciudadanos que no por esto dejan de ser privadas. Esta actividad no deja de ser libre sino en la medida en que no está restringida por las prescripciones de policía. La seguridad, la salubridad, etc., son elementos constitutivos de la noción de policía.
- II. ACUMULACION DE ACCIONES.** — Acción de plena jurisdicción y acción indemnizatoria. — La doctrina del Consejo tiene establecido que se puede pedir indemnización de perjuicios por la vía del artículo 68 del C. C. A. que autoriza a solicitar el restablecimiento del derecho, cuando la causa de la violación es un hecho u operación administrativa. No será necesario en este caso dice el ordenamiento, ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes; y esto es claro cuando no ha sido dictado acto administrativo cuya nulidad pueda pedirse, sino cuando se está en presencia de un hecho u operación que no consta ni en decreto, ni en resolución ni en providencia alguna. En este evento, no hay acto que demandar y no habiéndolo, es necesario pedir las indemnizaciones directamente de la administración que si a ello se negare, deberá manifestarlo así justificando esa actitud. la cual es materia de controversia administrativa. Mas existiendo el acto es apenas lógico que sea éste el susceptible de tacha ante la jurisdicción administrativa, porque es ella competente para reparar el derecho y acordar las indemnizaciones a que hubiere lugar.
- III. DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACION.** — En nuestro sistema la discrecionalidad no se ha reconocido y antes bien está consagrada la regla para toda actividad de la administración en virtud del principio de que los funcionarios no pueden hacer sino lo que la ley les permite. Por lo demás, no es cierto que esta jurisdicción carezca de elementos de juicio para

valorar un concepto técnico, desde luego que puede apelar a expertos designados por ella con el fin indicado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., marzo veintidós de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Enrique Acero Pimentel*).

Sobre la demanda que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (Art. 67 del C. C. A.), instauró ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el doctor Guillermo Hernández Rodríguez como procurador de la empresa *Curtiembres España Ltda.*, recayó sentencia favorable a sus pretensiones, con intervención de Conjuez y salvamento de voto de dos de sus Magistrados.

Este fallo declaró nulos los Decretos números 0376 y 0384 de 28 y 30 de marzo de 1960, respectivamente, proferidos por la Gobernación de Cundinamarca, referentes a la clausura del establecimiento industrial o tenería que *Curtiembres España Ltda.* tiene establecido en el municipio de Soacha, condenó al Departamento al pago de la Indemnización de perjuicios y fijó su cuantía en la suma de \$ 414.140.18 moneda corriente por concepto de daño emergente y lucro cesante.

El primero de los actos acusados número 0376 ordenó la clausura del establecimiento o tenería. El segundo, número 0384 concedió a la empresa permiso provisional por 60 días para terminar el procesamiento de los cueros a los cuales ya se hubiera iniciado tratamiento y supeditó la suspensión definitiva al concepto técnico sanitario del Ministerio de Salud Pública.

El hecho 14 de la demanda que la sentencia transcribe, relata que mientras los planes estaban en desarrollo, se produjo un movimiento de los ciudadanos de Soacha tendiente a obtener por las vías directas el cierre de la Fábrica o tenería y que con motivo de las manifestaciones públicas que se desarrollaron hubo de trasladarse el Secretario de Gobierno a la población. Hubo, pues, alteración del orden público y amago de vías de hecho, cosa importante de dejar establecida.

Apelada la sentencia por el apoderado del Departamento de Cundinamarca y concedido el recurso en el efecto suspensivo, llega la oportunidad procesal de pronunciarse sobre el mérito de aquélla, a lo cual se procede previas las consideraciones siguientes:

Estima la Sala superfluo reproducir los hechos de fundamento ya transcritos en el fallo recurrido e inoficioso volver sobre el capítulo del libelo destinado a señalar las normas que consideró quebrantadas y el concepto de la violación, porque unas y otro fueron igualmente reproducidos en la sentencia de primera instancia. Basta a la Sala detenerse someramente en los fundamentos que tuvo la mayoría del Tribunal para declarar la nulidad y examinar las razones que indujeron a dos de los Magistrados para apartarse en salvamento de voto de su motivación y conclusiones.

Del análisis que el *a quo* realizó sobre los presupuestos del juicio, concluye que "la medida de la clausura del establecimiento de propiedad de la Sociedad actora tomada por los actos acusados, fue contraria al ejercicio del deber constitucional que corresponde a las autoridades de la República de pro-

teger en su vida, honra y bienes a todas las personas que se encuentren dentro de su territorio y de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, porque antes que un acto encaminado a fomentar el trabajo y a tutelarlos, fue una orden apresurada para paralizar una actividad industrial lícita y de utilidad para el país, que Curtiembres España Ltda. venía adelantando en su establecimiento de Tenería de Soacha, con licencia del Ministerio de Salud y bajo su vigilancia en cuanto a salubridad pública se refiere”.

En cuanto al Decreto del Gobernador número 384 que concedió el permiso provisional para terminar el procesamiento ya iniciado, el Tribunal consideró que es igualmente contrario al derecho que tenía la Compañía actora para que se le garantizara el ejercicio de la actividad a que se hallaba dedicada, en toda su plenitud o extensión, licencia que implicó una limitación o cercenamiento a la libertad de explotación de una industria, incompatible también con el derecho consagrado al respecto en la Constitución, siendo que la inspección en materia de salubridad, encomendada a las autoridades del Departamento de Cundinamarca y al municipio de Soacha por el Ministerio de Salud Pública, no les permitía tomar medidas como las que han quedado analizadas.

No entra la Sala a examinar las pruebas aducidas al expediente, ni el dictamen pericial, ni el capítulo de la sentencia destinado a deducir la indemnización por daño emergente y lucro cesante, porque todo ello está subordinado al aspecto principal del problema que es dilucidar si el quebrantamiento de las normas constitucionales y legales invocadas se produjo, o si por el contrario, la violación que se predica no tuvo ocurrencia.

En un país jurídica y democráticamente organizado tienen que existir autoridades con facultades jurídicas para hacer respetar el deslinde entre lo que es necesario al interés general y lo que corresponde a la iniciativa particular.

En el lenguaje del Derecho Administrativo, según Walline, el término *Policia* indica la limitación por una autoridad pública y en interés público de actividades de los ciudadanos que no por esto dejan de ser privadas. Esta actividad no deja de ser libre sino en la medida en que no está restringida por las prescripciones de policía. La seguridad, la salubridad, etc., son elementos constitutivos de la noción de policía.

Hay por ello normas que limitan el uso y la disposición de la propiedad para acomodarlo al bien público de ahí, por ejemplo, las regulaciones urbanísticas, la prohibición de construir fábricas en ciertos sectores, la de instalar bombas de gasolina a menos de cien metros de distancia de hospitales, colegios, etc.; las condiciones de higiene y seguridad que se imponen a bares, teatros y lugares de aglomeración de público; y, en fin, las limitaciones al uso y goce de la propiedad en cuanto a higiene, aireación, distribución de pisos, etc.

Estas nociones de higiene y seguridad están íntimamente relacionadas con la de orden público que considerada genéricamente, se confunde con la de bien común. Y lo ha expresado acertadamente el salvamento de voto cuando considera que el principal deber de las autoridades es procurar la realización del bien común no entendido como la suma de los bienes particulares o individuales, sino como el que se concreta en el conjunto de condiciones morales, intelectuales y materiales necesarias al logro del perfeccionamiento humano.

No solamente en la providencia de 13 de noviembre de 1962 que cita el salvamento de voto, ha tenido el Consejo oportunidad de referirse al concepto de

policía que implica una restricción o limitación de la actividad de los ciudadanos en razón del bienestar general, en busca del mantenimiento del orden. También recientemente esta Sala con ponencia del honorable Consejero De Velasco, dijo en sentencia de 4 de abril de 1967 que en los Estados de derecho no hay libertad absoluta sino reglada y que los derechos consagrados por la Constitución y la ley a favor de las personas tanto naturales como jurídicas, no son absolutos; existen limitaciones impuestas para mantener el equilibrio social; si es sagrado el derecho de cada individuo no es menos sagrado el de la comunidad y el normal, correcto y adecuado ejercicio de los derechos privados por parte del individuo, exige una reglamentación por parte de la administración.

La definición que en su libro sobre Derecho de Policía trae el doctor Miguel Lleras Pizarro sobre el "poder de policía" como la facultad que se reconoce y atribuye a la autoridad de emplear medios adecuados para el mantenimiento del orden público y que implica no solamente la facultad de dictar reglamentos sino también la de proveer a su cumplimiento, encuentra cabal aplicación para este caso porque se ha visto cómo en los propios hechos de fundamento la demanda reconoce que hubo alteración del orden público y amago de vías de hecho en movimientos de los ciudadanos de Soacha para obtener el cierre de la tenería en cuestión, cosa ésta que no podía ser desconocida por las autoridades llamadas a tomar todas las medidas indispensables, dentro de la ley, para conjurar esta situación de gravedad extrema.

Como acertadamente lo consigna el salvamento de voto, los Gobernadores en el territorio de su jurisdicción tienen ciertas atribuciones de policía que les son conferidas por leyes y ordenanzas, además de las generales que se desprenden del artículo 16 de la Carta.

Igualmente encuentra la Sala oportuna la cita del salvamento de voto a la doctrina del Consejo (*Anales*, Tomo LXIV, Pág. 271), según la cual la adopción y aplicación de medidas de policía como la clausura de establecimientos industriales o de casas públicas por razones de orden público, seguridad personal, salubridad y moralidad públicas, son del resorte exclusivo del poder de policía y extrañas por completo a la competencia de la rama jurisdiccional y en consecuencia las respectivas resoluciones se dictan en ejercicio de la actividad administrativa que es propia de las autoridades de policía. Precisamente, como lo dice el salvamento de voto, los artículos constitucionales invocados por la demanda como transgredidos, constituyen el origen del poder de policía que tienen los gobernadores y que les permiten actuar con miras a preservar, por un lado y a realizar, por otro, el bien común de los ciudadanos.

Se anota allí que la fábrica de Curtiembres carecía de licencia de funcionamiento al momento del cierre y se dan las razones en que se fundamenta el aserto que la Sala comparte. Y se dice, además, "Es cierto que las emanaciones y aguas residuales, consecuencia del tratamiento de los cueros, no afectan la salud de la ciudadanía ni pone en peligro de muerte a los vecinos; sería esta la situación más grave que podría presentarse en relación con el funcionamiento de una industria cercana a una población. Pero también es cierto, como la afirman los técnicos del Ministerio de Salud (folio 93 del cuaderno de pruebas), que las emanaciones, los olores, producidos por la fábrica en cuestión porque "la planta, debido a la defectuosa disposición de sus residuos industriales y al deficiente estado sanitario de sus dependencias internas, constituye una molestia sanitaria" y más adelante agrega que "esto puede afectar seriamente el bienestar de las personas".

"De suerte que si se presentaba un problema de orden público" con anterioridad al cierre de la fábrica, ya que todo aquello que afecte seriamente "el bienestar de las personas" constituye problema de orden público frente al cual las autoridades no pueden permanecer indiferentes, el Gobernador del Departamento actuó en ejercicio de claras facultades de policía.

La Fiscalía Primera del Consejo, corrobora la tesis del salvamento de voto con los siguientes conceptos que encuentran plena acogida en este fallo:

"La protección de la salud del pueblo no engendra acción de perjuicios a favor de los particulares. Al leer el Decreto 376 impugnado, es necesario detenerse en el literal c) que dice "Que por Resolución número 91 de septiembre 5 de 1958, emanada de la Alcaldía de ese lugar (Soacha, anota la Fiscalía) se ordenó la clausura del establecimiento industrial denominado 'Curtiembres España' por no haber dado cumplimiento a la Construcción de las Obras técnicas o Planta de tratamiento de residuos industriales aconsejado por el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública".

"De manera que mucho tiempo antes, la Alcaldía de Soacha había ordenado la clausura del citado establecimiento industrial, sin que esa empresa hubiera acudido a demandar al Municipio, porque, como se advierte, no dio cumplimiento a la construcción de obras técnicas aconsejadas por el Servicio Cooperativo de Salud Pública".

"Entonces vino la actuación del Departamento, porque consideró que el hecho de que la empresa no hubiera construido las citadas obras constituía 'una negligencia' de su parte que la colocaba como infractora de los artículos 176 y 178 del Código Sanitario Nacional, 'con la consecuencia lógica y gravísima de atentar contra la salubridad de todos los habitantes del Municipio de Soacha'."

"Como estos son hechos que han quedado consignados en providencias que están rodeadas no sólo de la presunción de legalidad sino de veracidad, es imperativo tener en cuenta el precepto del artículo 16 de la Constitución Nacional en virtud del cual uno de los fines primordiales de las autoridades de la República es de proteger a los habitantes del país en su vida, así se trate de protegerlos contra la agresión física o contra quien mina el ambiente de una población con emanaciones deletéreas que van contra la salud del pueblo".

Las anteriores consideraciones encierran el estudio de fondo del problema que la Sala ha querido hacer para relieves su desacuerdo con la sentencia recurrida y para afirmar una vez más su doctrina respecto de los alcances que tiene el llamado poder de policía y a sus atribuciones dentro de nuestro sistema jurídico. Por ello esta sentencia no ha comenzado con el análisis de las excepciones propuestas tanto por la Fiscalía como por el apoderado del Departamento de Cundinamarca doctor Bernal Arévalo, de cuya suerte dependen las resultas del juicio. Esas excepciones son:

Ineptitud sustantiva de la demanda. Dice el señor Fiscal Primero del Consejo que el señor apoderado de la Compañía actora expresa: "Ejercito la acción consagrada en el artículo 67 del C. C. A. a fin de obtener la nulidad de los Decretos 0376 y 0384 originarios de la Gobernación de Cundinamarca y el restableci-

miento del derecho y la indemnización de los perjuicios que le fueron ocasionados con motivo de la clausura de la fábrica que dicha empresa opera en el municipio de Soacha", y formula las peticiones de nulidad de los actos, indemnización de perjuicios por presuntos daños y reconocimiento de intereses moratorios a la tasa legal. Para la Fiscalía significa lo anterior que el demandante ejercita simultáneamente la acción consagrada en el artículo 67 del C. C. A. y la del artículo 68 de la misma obra. Aunque ambas son de plena jurisdicción, sin embargo cuando se ejercita esta última se deben pedir directamente de la Administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes, sin que sea procedente impetrar la nulidad. Apoya esta conclusión el señor Fiscal en la sentencia de esta misma Sala que, con ponencia del honorable Consejero doctor De Velasco se profirió el 19 de junio de 1967 en donde se reconoce que no pueden ejercitarse estas dos acciones simultáneamente porque se incurre en ineptitud sustantiva de la demanda.

Para robustecer esta excepción, la Fiscalía se refiere al juicio distinguido en el Tribunal con el número 14-028 que cursa hoy en el Consejo bajo el número 702, instaurado por la misma empresa, apoyado en idénticos hechos e iniciado en ejercicio de la acción que consagra el artículo 68 del C. C. A. y en el cual se persigue la indemnización de los perjuicios que se dice causados por el Departamento a la Sociedad actora con el cierre de la tenería ordenada en el Decreto 0376.

Disiente la Sala de las anteriores opiniones de su colaborador Fiscal por las razones que pasan a expresarse: El fallo que con ponencia del honorable Consejero doctor De Velasco se dictó el 19 de junio de 1967 se refiere a las acciones de nulidad y de plena jurisdicción que no pueden ejercitarse simultáneamente, pero no a la del artículo 68. La doctrina del Consejo tiene establecido que se puede pedir indemnización de perjuicios por la vía del artículo 68 que autoriza a solicitar el restablecimiento del derecho, cuando la causa de la violación es un hecho u operación administrativa. No será necesario en este caso dice el ordenamiento, ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes; y esto es claro cuando no ha sido dictado acto administrativo cuya nulidad pueda pedirse, sino cuando se está en presencia de un hecho u operación que no consta ni en decreto ni en resolución ni en providencia alguna. En este evento, no hay acto que demandar y no habiéndolo, es necesario pedir las indemnizaciones directamente de la administración que si a ello se negare, deberá manifestarlo así justificando esa actitud, la cual es materia de controversia administrativa. Mas existiendo el acto es apenas lógico que sea éste el susceptible de tacha ante la jurisdicción administrativa, porque es ella competente para reparar el derecho y acordar las indemnizaciones a que hubiere lugar. Hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la discusión de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones correlativas a hechos u operaciones ejecutadas; pero hay casos en que al tiempo de la demanda existe el acto formal y en ese evento, éste debe demandarse para obtener el restablecimiento del derecho.

Por tanto, no puede aceptarse la excepción de que se trata.

Falta de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa para el control de legalidad de actos administrativos de discrecionalidad técnica. — La actividad administrativa, dice la Administración que la lleva a obrar en forma discrecional. Esta discrecionalidad, algunas veces tiene que desarrollarse sujeta-

dose a ciertas normas generales, y por ello, es en el fondo una actividad reglada que se denomina discrecionalidad pura. Pero existe la técnica, en la cual la administración tiene por norma la salud o la conveniencia públicas y entonces ellas son la norma en que fundamenta su actuación y su decisión o el acto administrativo correspondiente, se basan sobre un concepto técnico. Es lo que sucede cuando la autoridad procede a clausurar por insalubre un establecimiento. La gobernación, concluye la vista de fondo, procedió a expedir el mencionado decreto en beneficio de la salud de la comunidad sobre la base de un concepto técnico, por lo cual el acto no queda sujeto al control de esta jurisdicción que no tiene elementos de juicio que le permitan ser más técnica que los técnicos.

No comparte la Sala la anterior opinión de su colaborador Fiscal que, en cuanto a la discrecionalidad de la Administración, no ha tenido acogimiento en la doctrina del Consejo, porque si bien es cierto que está expuesta por autores de valía, no lo es menos que en nuestro sistema esta discrecionalidad no se ha reconocido y antes bien está consagrada la regla para toda actividad de la administración en virtud del principio de que los funcionarios no pueden hacer sino lo que la ley les permite. Por lo demás, no es cierto que esta jurisdicción carezca de elementos de juicio para valorar un concepto técnico desde luego que puede apelar a expertos designados por ella con el fin indicado. Esta excepción no encuentra, pues, fundamento.

En mérito de las consideraciones que se dejan expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo en parte con el señor Fiscal Primero de la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

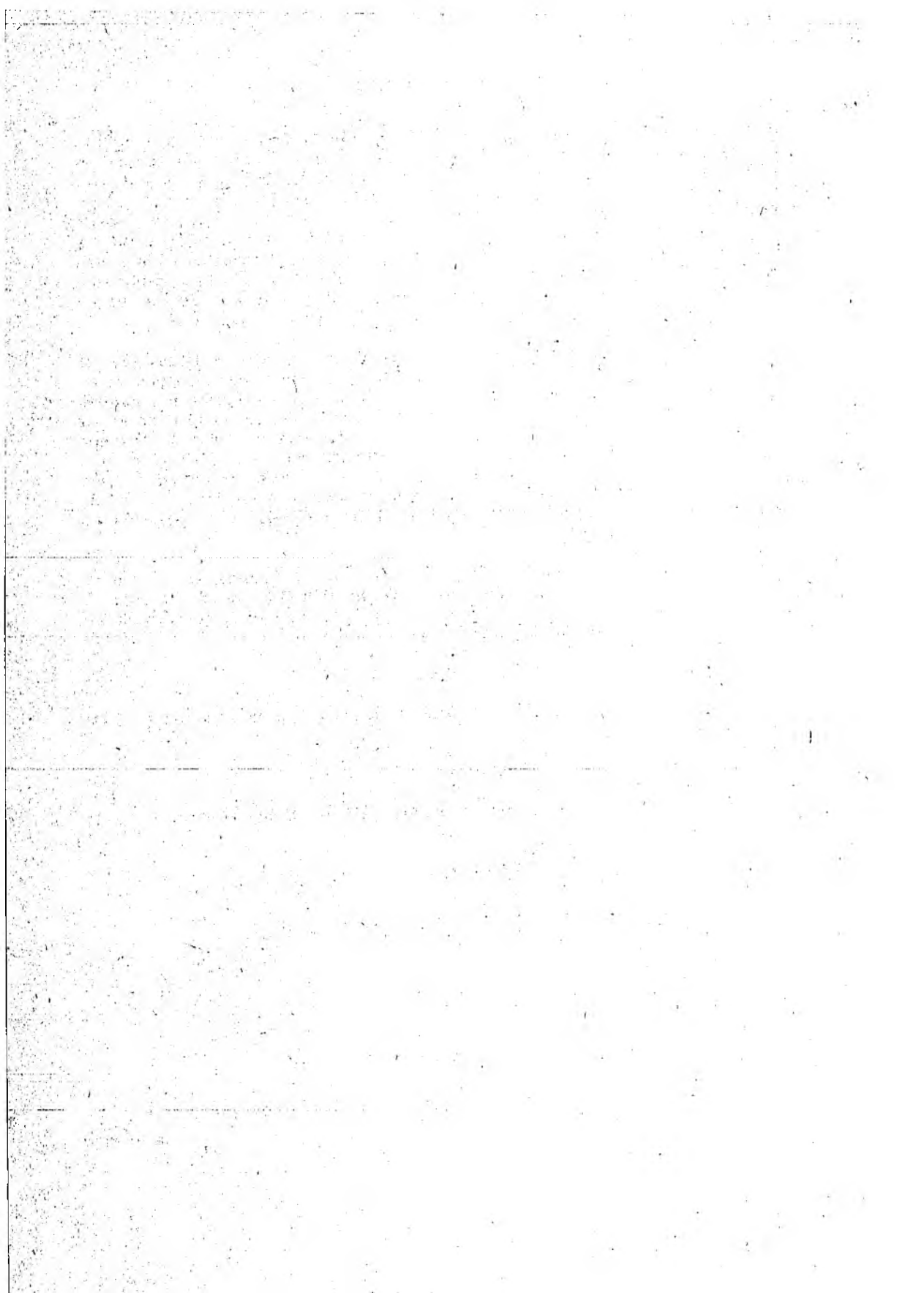
FALLA

Revócase en todas sus partes la sentencia apelada y en su lugar niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

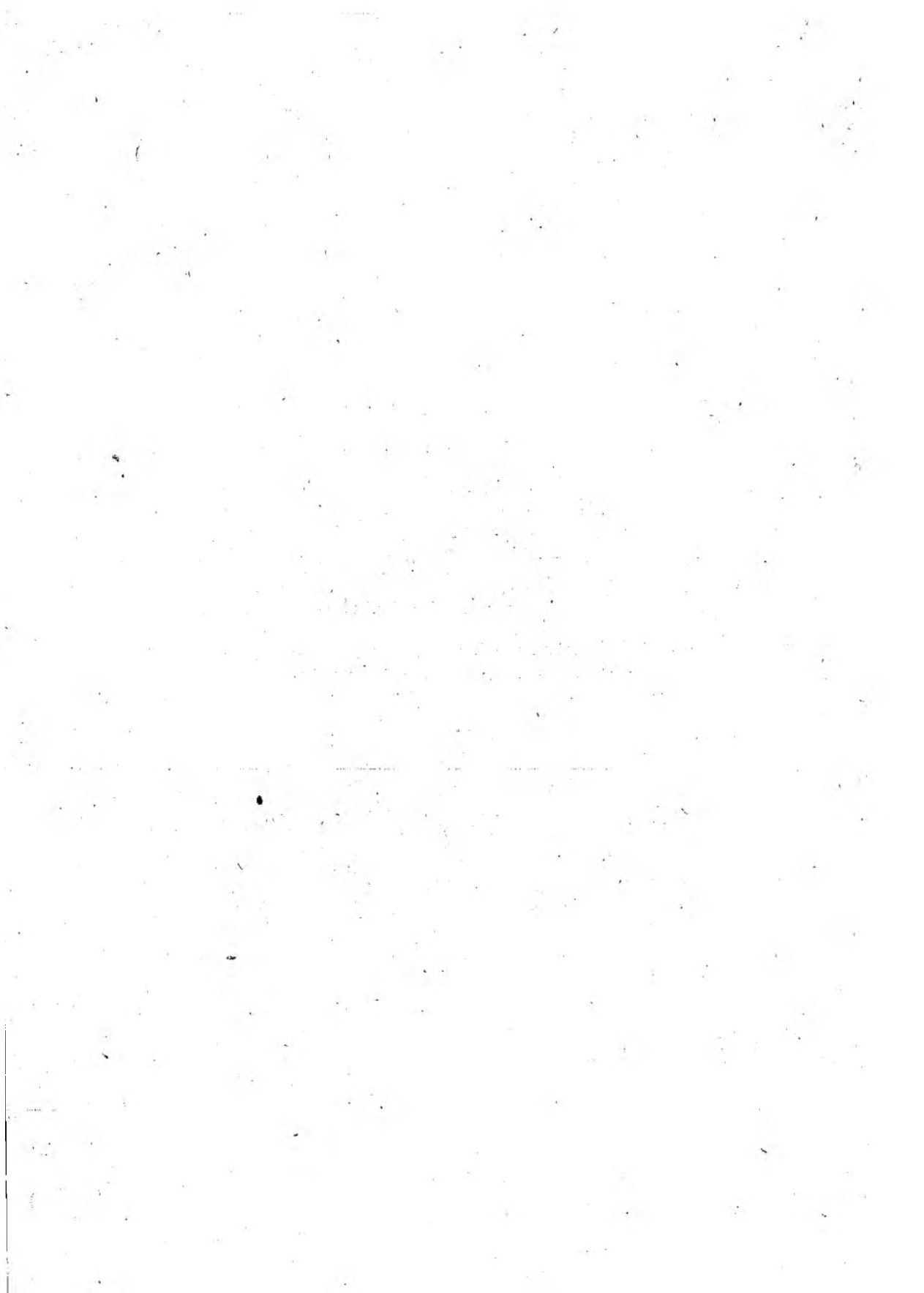
Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.



CAPITULO TERCERO

SUSPENSIONES PROVISIONALES DE ACTOS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL



DECRETOS DE LOS GOBERNADORES SUSPENSION PROVISIONAL

ATRIBUCIONES DE LOS GOBERNADORES. — Entre ellas no está la de fijar sueldos a los empleados departamentales. Dice el artículo 187 de la Constitución Nacional que corresponde a las Asambleas Departamentales, ... "5º La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos". Si el Gobernador del Departamento por medio de un decreto fija sueldos a los empleados departamentales, indudablemente está ejercitando funciones que no son propias de su cargo, sino que por el contrario corresponden de manera privativa a las corporaciones departamentales en cuestión, de donde se observa un quebrantamiento de la norma constitucional.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, febrero cinco de mil novecientos sesenta y ocho.

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

Ref.: Expediente N° 1045.

En auto de noviembre 8 de 1967, el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, no repuso su providencia de 28 de septiembre del mismo año, por medio de la cual negó la suspensión provisional de los Decretos 198 y 204 de 1967, dictados por la Gobernación del Departamento y pedida por el doctor Ramón Lozano Garcés en escrito de 13 de septiembre del año próximo pasado. En esa misma providencia concedió la apelación que entra a definir de plano el Consejo.

En su propio nombre el doctor Lozano Garcés solicitó del Tribunal de primera instancia, la nulidad de los Decretos 198 de 4 de septiembre de 1967 y 204 de 9 de los mismos mes y año, emanados de la Gobernación del Departamento del Chocó. Dijo el actor en su demanda: "El juicio es de acción pública de nulidad", y enunció los hechos que estimó necesarios para sustentar la acción, habiendo señalado los artículos 55, 185, 187 y 194 de la Constitución Nacional como infringidos, a la vez que el 97 de la Ley 4ª de 1913, el 127 de la misma y el 7º de la Ley 47 de 1945, por los conceptos que expone en su demanda.

Como solicitó expresamente la suspensión provisional de los decretos impugnados, el Tribunal la negó con fundamento en que "cuando se solicita que sea suspendido provisionalmente un acto o providencia, se requiere incuestionablemente que, con esta medida, se evite un perjuicio notoriamente grave; fenómeno que aparentemente no se da en el caso sub judice, porque con los dos decretos demandados, no se ve de bulto, la notoriedad grave del perjuicio, que se le pueda causar a la administración, para que deje de cumplir su cometido, cual es, el de satisfacer plenamente el servicio público.

Y en el auto que negó la reposición y que concedió la apelación, el Tribunal continúa en su tesis cuando dijo: "La Corporación no ve con claridad que, con esta medida se esté causando un perjuicio *notoriamente grave* a los intereses del Departamento; como para generar de él, la causal que exige el artículo 94 del C. C. A. y en consecuencia, ordenar la suspensión de la medida administrativa. Es obvio, que, con esta medida se grava el presupuesto departamental, pero no en forma tal que paralice la administración por esta causa. Si ésto es incuestionable, no hay razón para afirmar que, se debe suspender provisionalmente la medida que se ataca, y menos precisamente con base en el artículo 94 de la obra citada".

El Decreto 198 "por el cual se declara en interinidad el personal subalterno al servicio de las distintas dependencias de la Gobernación, no será materia de estudio en esta providencia porque el mismo actor aceptó en su alegato para interponer el recurso de reposición, que su suspensión es discutible porque se tiene noticia de que ha sido modificado, por lo cual desiste de esa solicitud, pero como insiste en la suspensión del Decreto 204 porque "está vigente y continúa alterando la normalidad jurídica del país", puesto que a más de inmoral, viola la Constitución y la ley.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA

El artículo 94 del C. C. A., en desarrollo del principio constitucional contenido en el artículo 193 de la Carta, instituye el recurso de la suspensión provisional, para cuya prosperidad, según la ley en cita, son indispensables estos requisitos: a) Que la medida se solicite expresamente, bien sea en el libelo de demanda o en escrito separado que se haga llegar al juez, antes de dictarse el auto admisorio de la demanda; b) Que la suspensión no esté prohibida por la ley; c) Que cuando la acción es de *plena jurisdicción*, la suspensión sea necesaria para evitar un perjuicio notoriamente grave, *requisito que no se exige para las acciones de "simple nulidad"*, dentro de las cuales, "*basta que haya violación de una norma positiva de derecho*".

Los tratadistas están perfectamente acordes en esta verdad elemental consignada en el texto del artículo 94 de la Ley 167 de 1941. El Consejo de Estado ha repetido insistentemente sobre este punto que de manera reiterada se confirma en las providencias de única y de segunda instancia que tratan sobre la suspensión provisional, y que corren en buen número, publicadas en los Anales de la Corporación. En los códigos administrativos anotados, que existen publicados en Colombia, también aparecen las reiteradas jurisprudencias de que hace memoria la Sala en esta nueva oportunidad. Por ejemplo, para no citar sino éste, en "Código Contencioso Administrativo con notas, concordancias, jurisprudencia del Consejo de Estado y normas legales complementarias del doctor Ortega Torres, se lee: "La benéfica institución de la suspensión provisional sólo procede cuando, en tratándose de la acción pública, popular o ciudadana, aparece un choque manifiesto, claro, patente, ostensible, entre el acto acusado y una norma de carácter superior, que deba respetarse".

Ha subrayado la Sala para hacer resaltar que, cuando se trata de la acción consagrada en el artículo 66 del C. C. A., que es la pública, no precisa buscar "*la notoriedad grave del perjuicio*" que echó de menos el Tribunal a quo en el caso de autos, para cuyo estudio en lo referente a la suspensión provisional no es indispensable este elemento, por tratarse de una acción pública, como claramente lo expresó el doctor Lozano Garcés en su escrito de demanda.

El Decreto 204 de 9 de septiembre de 1967, al cual se contrae el recurso, dictado por el señor Gobernador del Chocó, reajusta varios sueldos de los empleados departamentales, con retroactividad al primero de julio del año de 1967, y comisiona a los señores Secretarios de Hacienda y de Obras Públicas del Departamento para elaborar un proyecto de aumento general de los sueldos de los servidores departamentales "a fin de obtener su aprobación en las próximas sesiones de la honorable Asamblea Departamental.

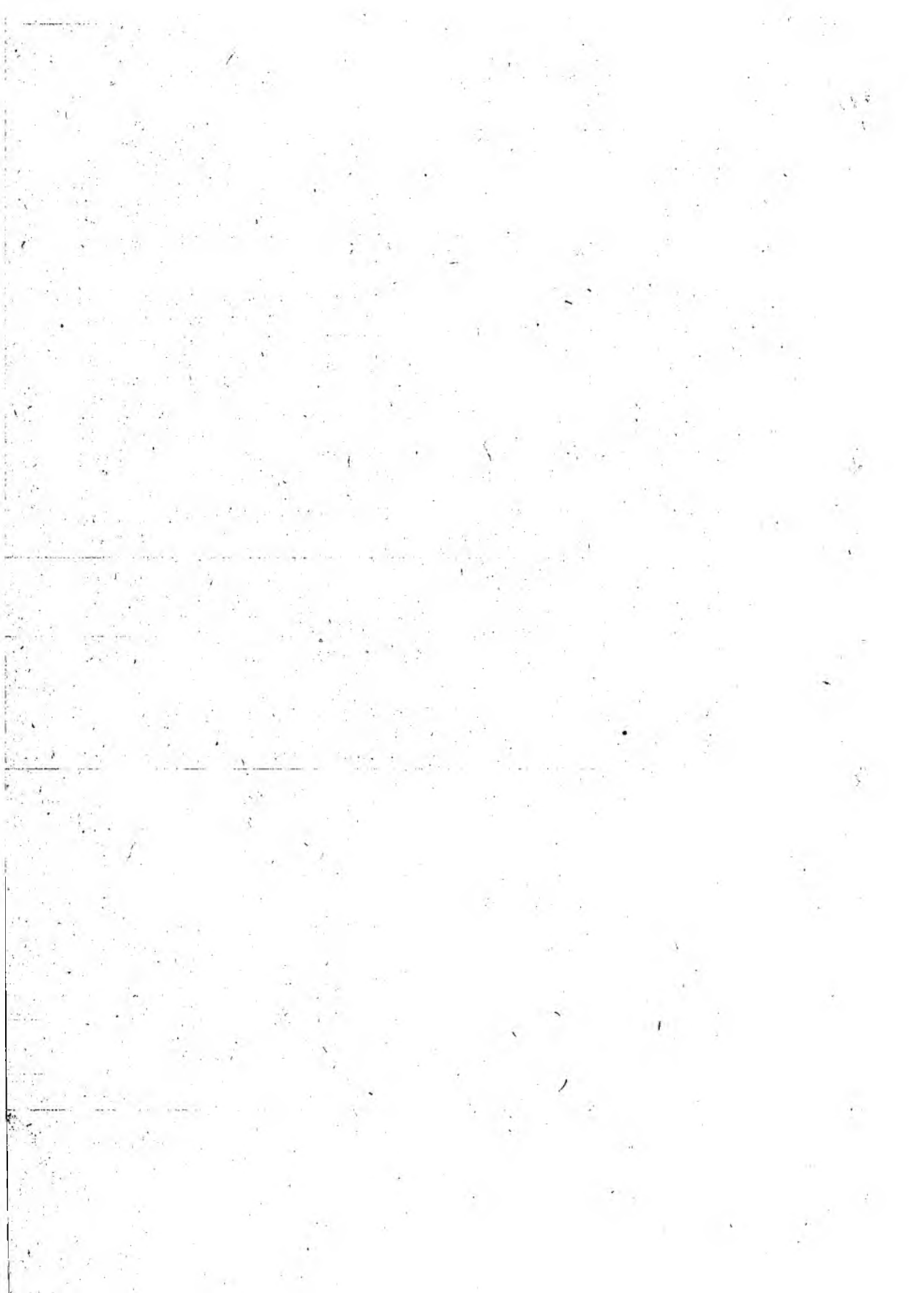
Dice el artículo 187 de la Constitución Nacional que corresponde a las Asambleas Departamentales, "5º La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos". Si el Gobernador del Departamento por medio de un decreto, como el 204 acusado, fija sueldos a los empleados departamentales, indudablemente está ejercitando funciones que no son propias de su cargo, sino que por el contrario corresponden de manera privativa a las corporaciones departamentales en cuestión. Por esta razón, donde se observe un quebrantamiento de la Constitución por parte del Decreto, sin necesidad de hacer cosa distinta a su simple comparación, prospera, en tratándose de una acción pública de nulidad como la presente, la suspensión provisional.

Por tanto, siendo procedente la suspensión del artículo primero del Decreto 204, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en vista de que el Tribunal no tomó esta determinación, resuelve *revocar* el auto de veintiocho de septiembre de mil novecientos sesenta y siete, dictado dentro de las presentes diligencias, por el Tribunal Contencioso Administrativo del Chocó, y en su lugar decretar la *suspensión provisional* del artículo primero del Decreto 204 de 9 de septiembre de 1967, dictado por el señor Gobernador del Chocó y "por el cual se reajustan los sueldos a varios empleados de la Administración".

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

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

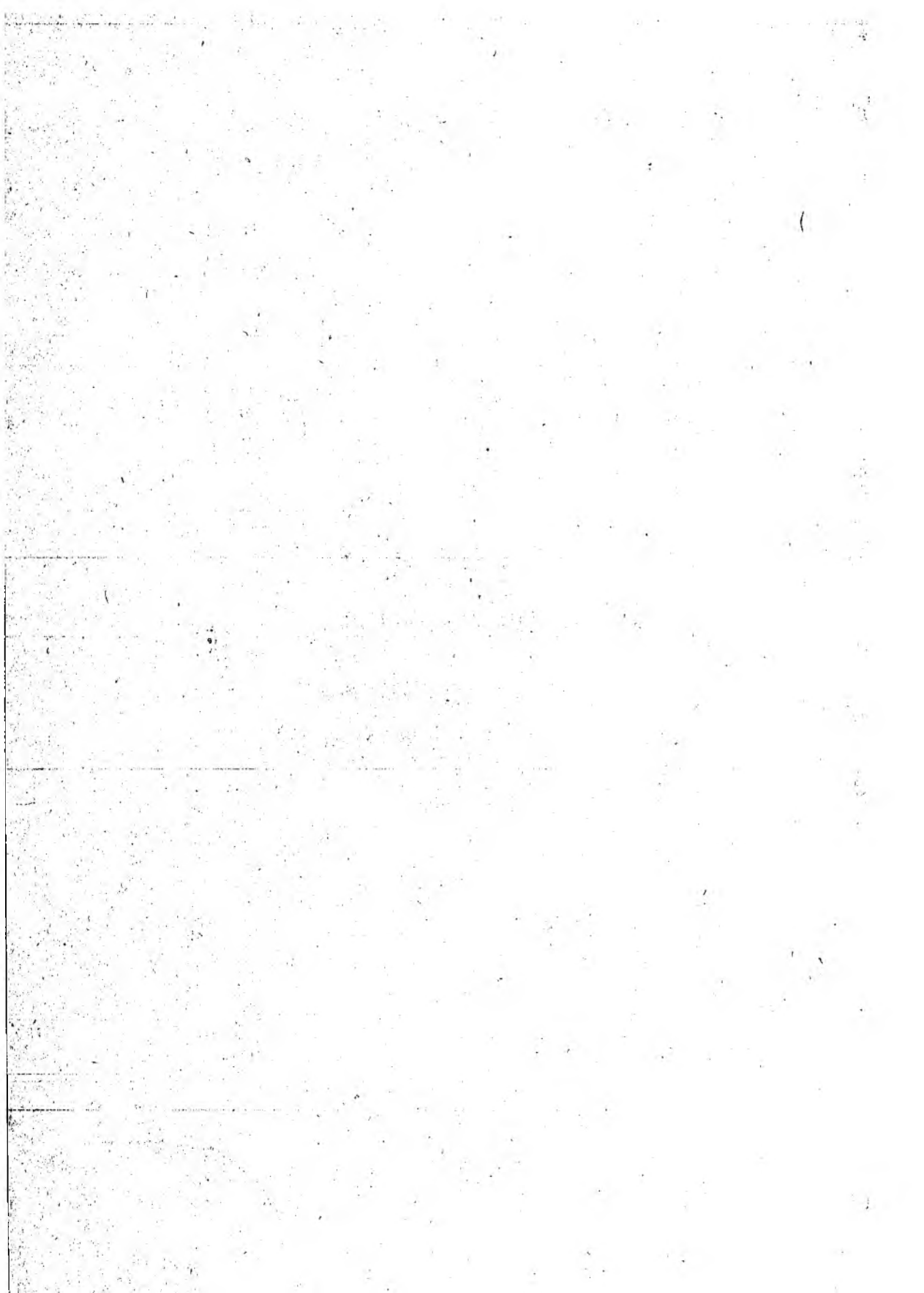


TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO PRIMERO

ACUERDOS DE LOS CONCEJOS



I. IMPUESTO Y TASA. — Servicio de aseo y recolección de basura. — Lo que se cobre por este servicio es una simple tasa, porque con ello se está prestando un servicio a la ciudadanía para mantener la higiene de sus habitantes y establecimientos industriales; así como la limpieza de la ciudad. Por lo mismo no puede hablarse de impuesto predial o especial.

II. FACULTAD IMPOSITIVA DE LOS CONCEJOS. — La delegación de esta facultad es abiertamente inconstitucional. — La facultad para imponer contribuciones en cuya acepción se encuentran tanto los impuestos como las tasas, es privativa de los Concejos Municipales, por mandato del artículo 197, numeral 2º de la C. N., lo cual está indicando que la delegación hecha por el Concejo de Medellín a las "Empresas Varias Municipales", es abiertamente inconstitucional.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.
Bogotá, D. E., veintidós de febrero de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Alfonso Meluk*).

El Tribunal Administrativo de Antioquia dictó su fallo de fecha abril 11 de 1967, en que desató la demanda instaurada por el doctor *Jaime Soto Gómez*, pidiendo la nulidad del Acuerdo 30 de 1956, Acuerdo 51 de 1962 en sus artículos 341 y 342 proferidos por el Concejo Municipal de Medellín, y de la Resolución número 11 de 8 de marzo de 1965, emanada de la Junta Directiva de las "Empresas Varias Municipales", habiendo el *a quo* declarado la nulidad de esta última providencia y negado la de los demás actos acusados. Contra dicha providencia interpusieron recurso de apelación, tanto el demandante como el Personero Municipal de Medellín, por medio de su apoderado, doctor *Jorge Osorio Gil*, y las "Empresas Varias Municipales" del mismo lugar, por medio de su Procurador judicial, doctor *Agustín Montes Herrera*, por lo cual corresponde a esta Sala decidir el recurso interpuesto.

El negocio entró para fallo del Magistrado Sustanciador, el 30 de enero de 1968 (Fl. 143).

HECHOS

Por medio del Acuerdo número 30 de 1956, el Concejo Municipal de Medellín señaló una tasa mensual por servicio de Aseo y Recolección de Basuras, fijado sobre el valor catastral de los inmuebles dotados de instalaciones eléctricas, cuyas tarifas fluctuaban entre 10 y 16 centavos por cada mil pesos de avalúo catastral. Por los artículos 341 y 342 del Acuerdo número 51 de 1962, se

elevaron las tarifas anteriores sobre una tasa variable de 10 y 20 centavos por cada mil pesos, y un cargo fijo de \$ 0.50 para toda propiedad. Y por Acuerdo número 59 de 1964, se creó la entidad "Empresas Varias Municipales de Medellín", para atender los servicios municipales, la cual elevó nuevamente las tasas antedichas, en virtud de la facultad otorgada por el Concejo.

Sostiene el demandante que el Concejo Municipal de Medellín, en el Acuerdo 30 de 1956, artículo 19, creyendo establecer una tasa, sin consideración a una prestación real del servicio, tuvo solamente en cuenta el valor del inmueble, o sea, "un impuesto predial adicional o especial", lo que repitieron los artículos 341 y siguientes del Acuerdo número 51 de 1962, así como la Resolución 11 de 1965 acusada. Con tales providencias, no sólo no se consideró el costo real del servicio, sino que se gravó fuertemente a quienes menos lo usan o no lo usan absolutamente, como los lotes sin edificar, o los edificios comerciales más valiosos que tienen sus propios servicios de aseo, como hornos crematorios, etc. Que el Acuerdo número 51 de 1962, si hubiera tenido en consideración el servicio efectivo "habría puesto como base determinada medida, de peso o de volumen, etc., como a tanto el kilogramo de basura que se bote, o el decímetro cúbico, etc.", estableciendo así un impuesto de acción urbana, "tan disimulado que es distinto del legal, o sea ilegal".

Como disposiciones violadas, cita: artículos 197 y 20 de la Constitución Nacional; 169 de la Ley 4ª de 1913, 1º de la Ley 97 de 1913, 1º de la Ley 89 de 1936, 94 y 95 de la Ley 81 de 1960 y 10, aparte 8º, del Acuerdo 59 de 1964.

El *a quo*, en la sentencia apelada, hace un análisis de los recursos destinados al servicio de la colectividad, provenientes unos de la llamada "economía pública", y otros de la "economía privada", perteneciendo los primeros a los impuestos y contribuciones, en virtud de la potestad soberana del Estado, y los segundos, a las tasas que se originan en la prestación de servicios por las entidades estatales, correspondiendo a estas últimas las establecidas por el Municipio de Medellín, por el servicio de aseo y recolección de basuras, en las providencias acusadas, por lo cual el Concejo obró en virtud de una facultad legal. Pero, a la vez sostiene que tal atribución no puede ser delegada, como lo hizo, en las "Empresas Varias Municipales de Medellín", por carecer de competencia, de conformidad con el artículo 197 de la Constitución Nacional y 169, numeral 2º del Código de Régimen Político y Municipal, con cuyo fundamento declaró nula la Resolución número 11 de 8 de marzo de 1965, expedida por dicha entidad, y negó la de los Acuerdos acusados.

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, en su vista de fondo, hace un concienzudo estudio del negocio, para llegar a la conclusión de que debe revocarse el fallo, en cuanto decretó la nulidad de la Resolución número 11 de 8 de marzo de 1965, y confirmarse en todo lo demás.

LA SALA CONSIDERA

Para decidir el problema planteado, se hace necesario como primera medida, fijar las nociones de Impuesto y de Tasa, en relación con el servicio de aseo y recolección de basuras que cobra el Municipio de Medellín, en las providencias acusadas.

Impuesto, ha dicho Seligman, es "el tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos para atender a las necesidades del servicio público sin

tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales", a cuya definición corresponde lo que debe entenderse como tal, en lo cual se encuentran acordes los demás tratadistas de la materia. En cambio, *Tasa* es el valor cobrado por el Estado, llámese Nación, Departamento o Municipio, por la prestación de un servicio. Es decir, el impuesto tiene carácter impositivo, sin contraprestación alguna, fundamentado en la soberanía del Estado, con el fin de allegar recursos para atender a los gastos públicos que exige la organización estatal. En cambio, el cobro de la Tasa requiere una compensación consistente en la prestación de un servicio, sin cuya retribución a quien lo recibe no puede serle exigible. Tales nociones son también las sostenidas por esta Corporación, en reiterada jurisprudencia.

De aquí se concluye, como primera premisa, que el servicio de aseo y recolección de basura, establecido por el Municipio de Medellín, es una simple tasa, por lo mismo que con ello le está prestando un servicio a la ciudadanía, para mantener la higiene de sus habitaciones y establecimientos industriales, así como la limpieza de la ciudad. Por lo mismo, no puede hablarse de "impuesto predial adicional o especial", como se sostiene en la demanda.

De otra parte, para hacer efectivo dicho cobro, tenía que adoptarse un sistema, como fue el 10 a 16 centavos por cada mil pesos de avalúo catastral, del Acuerdo número 30 de 1956, aumentado a la tasa variable de 10 a 20 centavos por el Acuerdo 51 de 1962, y elevado nuevamente por la Resolución número 11 de 8 de marzo de 1965 de las "Empresas Varias Municipales de Medellín", creada por el Acuerdo número 59 de 1964, en razón del aumento de los costos del servicio prestado. Cobrar por el sistema del avalúo catastral es lo técnico, no sólo porque es de presumir que el mayor valor de la propiedad exige también un mayor servicio de aseo, sino porque lo equitativo es que ese avalúo deba traducirse en una tasa más elevada, como se cobran todos los servicios públicos, no resultando lógico, por ejemplo, que el propietario de una casa modesta pagase lo mismo que el de un edificio de varios pisos. Ni tampoco podría pensarse en que la tasa por el servicio prestado, se cobrase por el peso o volumen de la basura, como lo sugiere el demandante, ya que ello sería impracticable. Así como es lógico que dentro del servicio de aseo, haga parte la recolección de las basuras.

El fundamento legal del cobro de tal servicio, se encuentra en la Ley 97 de 1913, cuando autorizó al Concejo Municipal de Bogotá para establecer el "impuesto sobre el barrido y limpieza de las calles", que la Ley 84 de 1915 hizo extensiva a los demás municipios, en su artículo 1º.

Por lo tanto, al negar el *a quo* la nulidad de los Acuerdos acusados, no hizo otra cosa que ajustarse a las disposiciones legales sobre la materia.

En cuanto a la Resolución número 11 de 8 de marzo de 1965, expedida por "Empresas Varias Municipales de Medellín", en que señaló nuevas tarifas por el servicio de aseo y recolección de basuras, si ciertamente el Acuerdo número 59 de 11 de septiembre de 1964, que creó dicha entidad, la autorizó en el artículo 10 para "Fijar las tarifas y tasas que deban regir para la prestación de los servicios", también lo es que la facultad para imponer contribuciones, en cuya acepción se encuentran tanto los impuestos como las tasas, es privativa de los concejos municipales, por mandato del artículo 197, numeral 2º, de la Constitución Nacional, y del artículo 169 del Código de Régimen Político y Municipal, lo cual está indicando que la delegación hecha por el Concejo a las "Empresas Varias Municipales de Medellín" para fijar esas tarifas, es abiertamente incons-

titucional, y consecuencialmente, la providencia que las decretó. Por lo tanto, el *a quo* estuvo ajustado a derecho, al declarar la nulidad de la Resolución mencionada.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en desacuerdo en parte con la vista fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirma* en todas sus partes la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Enrique Acero Pimentel, Alfonso Meluk, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

IMPUESTOS DE INDUSTRIA Y COMERCIO. — No puede ser utilizado como pretexto para la creación de monopolios. Ciertamente en el sistema impositivo municipal colombiano no existe norma que limite la cuantía del Impuesto de Industria y Comercio, pero jamás puede de ello deducirse que los Concejos gocen de facultades arbitrarias y caprichosas para señalarla hasta el punto de que absorbiendo la casi totalidad de utilidades, limite o destruya la libertad de industria y de contera choque con la garantía al derecho de propiedad. Además, llegar por el camino del arbitrio rentístico al linde del monopolio con el pretexto de combatir la especulación y el acaparamiento de productos esenciales para la vida comunitaria, choca contra el precepto de la norma del artículo 31 de la Carta.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., abril treinta de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Enrique Acero Pimentel*).

El Tribunal Administrativo del Valle en sentencia de 7 de julio de 1967, desató desfavorablemente la controversia que el doctor Uladislao Domínguez propuso en su propio nombre y como Procurador de algunos vecinos del Municipio de Buga, para que se declarara la nulidad de los artículos 67 y 69 del Acuerdo número 21 de 1965 expedido por el Concejo Municipal de esa ciudad.

Inconforme con la decisión, el actor apeló de ella y concedido el recurso, se está dentro de la oportunidad procesal para resolver sobre su mérito.

Este Acuerdo "por el cual se fijan los impuestos, contribuciones, servicios municipales y se dictan otras disposiciones para la vigencia fiscal de 1966" contiene los ordenamientos demandados, a saber: Artículo 67 por el cual las famas o expendios de carnes que funcionen en la ciudad en locales distintos a los destinados para ello por las Empresas Municipales y ubicados dentro de la zona de la ciudad que allí se delimita, pagarán un impuesto mensual de \$ 300.00. Y artículo 69 que dispone que quien adquiera en propiedad, en arrendamiento o a cualquier título una cualquiera de las famas existentes, queda obligado a pagar por derecho de matrícula, una suma igual a la establecida en los artículos anteriores, según el caso, y a cumplir con los requisitos establecidos para la instalación de nuevas famas. La suma es de \$ 15.000.00 para las comprendidas dentro del sector señalado por el artículo 67 y de \$ 5.000.00 para las otras.

La síntesis de la tacha que se hace a las disposiciones demandadas se traduce en que, por la primera de ellas se arrebató a los comerciantes particulares en carnes una parte tan grande de sus posibles utilidades líquidas, que se le quita a esa actividad lícita todo aliciente económico; el impuesto copa casi todas esas utilidades, resulta prohibitivo y su finalidad no es otra sino la de imposibilitar, haciéndola económicamente insostenible, una actividad comercial lícita.

Y por la segunda, se disfraza con el nombre de derecho de matrícula un impuesto que grava la tradición o traspaso a cualquier título, de los establecimientos comerciales denominados famas, con lo que se muestra protuberante el propósito de consolidar un monopolio de hecho establecido por las Empresas Municipales. Viene este impuesto a gravar contratos de carácter civil.

Las normas superiores que la demanda considera quebrantadas, son inciso 2º artículo 197 y artículos 30, 39, 34 de la Codificación Constitucional y el 169 ordinal 2º de la Ley 4ª de 1913; además, los artículos 6º de la Ley 72 de 1926 y 669 del Código Civil.

El Tribunal para desoir las súplicas impetradas, se fundamentó en que no comparte los argumentos de carácter cuantitativo expresados por el actor y por el Agente del Ministerio Público porque para el caso de autos lo que debió probarse es que los ordenamientos demandados son violatorios de la Constitución o que existe alguna disposición legal que impida a los municipios establecer la contribución materia de la demanda; que no debe perderse de vista que en desarrollo de lo dispuesto en las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, los municipios pueden establecer libremente los gravámenes que no recaigan sobre objetos ya gravados por la Nación o el Departamento; y que el hecho de que el impuesto sea excesivo en su cuantía no altera su legalidad; tampoco encontró el Tribunal, por cuanto hace al artículo 69 del Acuerdo que su colaborador fiscal pidió que se anulara, la existencia o posibilidad de una doble tributación, circunstancia, dice no planteada en la demanda y que tampoco se encuentra acreditada en los autos.

La vista de fondo del señor Fiscal Segundo del Consejo de Estado comparte la tesis del demandante y del Agente del Ministerio Público ante el Tribunal, por cuanto hace a la tacha del artículo 69 que crea evidentemente un doble gravamen ya que de una parte estaba establecido el impuesto sobre la matrícula de todo nuevo expendio y, de otra, crea bajo la denominación de impuesto de matrícula, un nuevo tributo a las transacciones u operaciones civiles realizadas sobre expendios ya matriculados. Pero no comparte los razonamientos de la demanda ni de la vista fiscal del *a quo* en cuanto a la nulidad del artículo 67. Al contrario, prohija la tesis del Tribunal porque admitiendo que la cuantía del impuesto fijada por él resulta elevada en relación al ingreso mensual que cada una de las dichas famas percibe, no puede tomarse tal criterio para determinar la violación toda vez que no existe disposición que determine los factores que deben tenerse en cuenta al fijar el gravamen, ni límite legal al mismo.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA

El acopio probatorio que este expediente contiene, ninguna de cuyas piezas ha sido redargüida, integrado por copias de los Acuerdos números 44 de 1960, 2º de 1961, 24 de 1962, 2º de 1962, por el Oficio número 338 dirigido al Tribunal Administrativo del Valle por las Empresas Municipales de Buga en respuesta al Despacho número 089 del Magistrado Sustanciador y al cual se acompañó el Boletín Informativo número 1; por el dictamen pericial producido y por las declaraciones que con las ritualidades del caso fueron recibidas, permite establecer algo así como una síntesis histórica de lo ocurrido hasta la expedición del acto demandado, que puede resumirse de la siguiente manera:

Construidas las instalaciones del Matadero Público Municipal y de la Plaza de Mercado, dotada de locales destinados al expendio de carnes las Empresas Municipales de Buga crearon el Departamento de Abastecimientos que se encar-

gó del sacrificio de ganado y venta del producto y que asumió la totalidad del abastecimiento y reglamentó la distribución de carnes. Esta misma entidad da en arrendamiento los locales que administra y destinados a las comúnmente llamadas famas. Sus arrendatarios gozan de las prerrogativas inherentes a esa calidad en cuanto a suministro de carnes para la venta al público, reducción o rebaja de impuestos de industria y comercio y matrícula, etc. En suma, el Municipio a través de las Empresas Municipales, desarrolla el negocio de sacrificar ganado y vender su producto.

Con anterioridad a la creación del ya mencionado Departamento, el sacrificio de ganado y la venta de su carne era negocio de particulares dedicados a él con el lleno de requisitos exigidos por disposiciones municipales sobre higiene, etc., negocio que dentro de tales marcos era libre y podía abrazarse por quienes así lo desearan.

Con el propósito de evitar el acaparamiento por un pequeño número de intermediarios a quienes debían acudir los propietarios de ganado para conseguir que les fueran compradas las reses destinadas al sacrificio, puesto que sólo ellos podían hacer uso del Matadero, ya que económicamente dominaban al gremio de expendedores, como lo relata el oficio 338 de las Empresas (F. 29 Cuaderno N° 3) fue como el Departamento de Abastecimientos, asumió la totalidad del abasto y reglamentó la distribución de carnes, de acuerdo con el Sindicato como lo afirma el oficio aludido. Se pretendió, por este medio, poner coto a una especulación que el boletín califica como hecha a niveles de escándalo.

Tlénese, pues, que el Departamento citado al asumir el abastecimiento y distribución del producto de que se viene hablando, creó un cierto privilegio para los afiliados o amparados por el ocupante de sus locales de expendio y consagró un trato discriminatorio y pudiera decirse que excluyente para los que quedaron por fuera.

Así las cosas, se expidió el Acuerdo número 21 de 1965 cuyos artículos 67 y 69 son objeto de la presente litis. Y aunque tal acto fija los impuestos y contribuciones municipales para la vigencia fiscal de 1966, obviamente las regulaciones que contiene, el monto de los impuestos, por ejemplo, subsisten y continúan cobrándose las sumas allí establecidas mientras las tarifas no sufran modificación o derogatoria.

Resalta el hecho de que a partir del Acuerdo número 44 de 1960 la imposición por Industria y comercio para las famas permaneció en el mismo nivel hasta la fecha del acto impugnado, es decir, por espacio de cinco años más o menos durante los cuales repetidos acuerdos a que se aludió anteriormente conservaron exacta su cuantía.

El alza decretada por el artículo 67, que tanto el Tribunal como los señores Fiscales de las dos instancias han calificado de excesiva, persigue a las claras la eliminación por vía arbitrista de una actividad comercial lícita y no la obtención de mayores fuentes de ingreso fiscal. Eliminación, diría la Sala, con el propósito de consolidar un disimulado monopolio de las Empresas Municipales las cuales según propia declaración de su gerente "entraron a solucionar los conflictos encontrados asumiendo la totalidad del abastecimiento y reglamentando la distribución de acuerdo con las aspiraciones del Sindicato" (Fl. 29 C. N° 3).

Ciertamente en el sistema impositivo municipal colombiano no existe norma que limite la cuantía del Impuesto de Industria y Comercio, pero jamás pue-

de de ello deducirse que los Concejos gocen de facultades arbitrarias y caprichosas para señalarla hasta el punto de que, absorbiendo la casi totalidad de utilidades, limite, o destruya la libertad de industria y de contera choque con la garantía al derecho de propiedad. Porque tal cosa configura sin duda desviación y abuso de poder, que consiste, como lo ha dicho la doctrina, en el hecho de que la administración, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo ejecuta no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos.

Los loables propósitos de combatir la especulación, de garantizar a la comunidad contra abusos de intermediarios, pueden alcanzarse por medios ajustados a derecho y dentro de cauces legalmente preestablecidos; mas no bordeando peligrosamente límites vedados por preceptos constitucionales que garantizan no solamente la libertad de industria, sino la de escoger actividades lícitas de trabajo. Con el lleno de formalidades legales puede establecerse un monopolio previa indemnización y como arbitrio rentístico. Lo que no puede hacerse sin incurrir en desviación de poder es conseguir por medios arbitristas los mismos fines del verdadero y autorizado monopolio.

Desde el siglo pasado se ha venido diciendo que la creación de la jurisdicción administrativa ha tenido por fin que el poder contenga al poder y se ha instituido para que la administración se detenga a examinar sus propios actos. Es lo que se hace ahora, a propósito de esta demanda de nulidad, para desentrañar si son o no valederos los argumentos de la sentencia recurrida en el sentido de que no habiendo norma expresa que prohíba a los municipios elevar sus impuestos, pueden hacerlo discrecionalmente y a su amañío, o al contrario, violan con ello preceptos de la Carta entre los cuales están algunos que la demanda invoca.

Tratadistas de la Hacienda Pública concuerdan en el concepto de que la relación tributaria del Estado con los contribuyentes debe mantenerse en cauces de derecho desde los mismos presupuestos o condiciones que constituyen el motivo del tributo, y traen como antecedentes históricos los de pueblos que abrumados por el peso de cargas antieconómicas e injustas, han promovido trascendentales movimientos, fuente de las transformaciones que la humanidad ha alcanzado en este campo. Cierto es que las divergencias doctrinarias y filosóficas acerca de la justificación del tributo han dificultado la estructuración conceptual de una teoría que haya llegado hasta los propios textos legales. Mas verdad es, sin embargo, que el fin del Estado es esencialmente jurídico y su actividad no puede manifestarse sino conforme a derecho. Añádase, además, que en materia tributaria el concepto de Estado tiene aplicación igual en tratándose de Estado, Departamento o Municipio.

Nuestra Carta (Art. 31) no admite la existencia de monopolio sino como arbitrio rentístico, en virtud de ley y previa indemnización; y consagra (Art. 32) la intervención del Estado en las empresas públicas y privadas, pero solamente para obtener los fines indicados en la misma, es decir, la racionalización de la producción, distribución y consumo de las riquezas o la justa protección a que el trabajador tiene derecho. Un hacendista ha dicho que siendo innegable que todo acto encaminado a aplicarse a la comunidad debe estar precedido de consideraciones sobre la dignidad humana, lógico resulta que hechos que tan directamente la afectan como los que se desprenden de exigirle tributos, tenga en mira ante todo los efectos que mediante tales actos se puedan ocasionar a la sociedad.

La trascendental encíclica *Mater et Magistra* expresó: "No existe duda alguna sobre el deber del ciudadano de soportar una parte de los gastos públicos. Pero el Estado, en tanto que es el encargado de proteger y de promover el bien común de los ciudadanos, tiene la obligación de no repartir entre aquéllos otras cargas que las necesarias, proporcionadas a sus recursos. El impuesto no puede jamás convertirse para los poderes públicos en cómodo medio de saldar el déficit provocado por una administración imprudente, de favorecer una industria o una rama del comercio a expensas de otra igualmente útil..." "Frecuentemente las imposiciones muy duras oprimen la iniciativa privada, frenan el desarrollo de la industria y el comercio y desalientan las buenas voluntades".

Por su parte, el eminente tratadista colombiano Esteban Jaramillo, ya decía que el principio fundamental en el sistema tributario conforme a la justicia y a la equidad, es que las cargas sean proporcionadas a la capacidad contributiva de los ciudadanos. En su *Tratado de Hacienda Pública*, primera edición, páginas 226, 245, 249, 253 y 261, consignó principios y conceptos de permanente vigencia, como estos:

La justicia de los impuestos no debe entenderse, pues, en el sentido de que todos paguen sino que paguen según sus capacidades. La única medida del impuesto, según los principios de la ciencia fiscal moderna inspirada en las sabias enseñanzas de Adam Smith, es la capacidad o habilidad económica de cada contribuyente. En proporción a dicha capacidad debe cada uno contribuir a las cargas del Estado.

Este principio consulta la justicia, la igualdad verdadera, la universalidad y la elasticidad de los impuestos, y es la base sobre la cual reposa todo el edificio de la Ciencia de la Hacienda Pública.

El Tributo impuesto a cada ciudadano debe ser cierto y no arbitrario. El tiempo, el modo, la cantidad del pago, todo debe ser claro y neto para el contribuyente, así como para toda otra persona.

Los impuestos no deben desalentar la industria ni estorbar el movimiento comercial del país. Lo primero ocurre con aquellos gravámenes que absorben la totalidad o la mayor parte de los rendimientos industriales. Cuando el contribuyente adquiere la convicción de que está trabajando para el Fisco, abandona la industria y entonces el Estado no se beneficia con el impuesto y el desarrollo económico nacional padece grave quebranto. El impuesto perturba el comercio cuando grava de modo exagerado las transacciones, que tienden a paralizarse por el temor al gravamen excesivo. En ambos casos, lo único que puede evitar el perjuicio económico es el fraude o la evasión del impuesto, y entonces el Fisco es el perjudicado. Las repercusiones económicas de los impuestos son materia de atenta observación por parte de legisladores y gobernantes, para evitar los males apuntados.

Los impuestos deben ser constitucionales, es decir, que la disposición legislativa que los establece no debe pugnar con la Carta fundamental del Estado en la que se consignan de ordinario aquellas disposiciones protectoras de los contribuyentes que forman parte de las garantías sociales.

De lo dicho se deduce que el impuesto sólo es recomendable como provechoso para la sociedad, cuando el monto de él guarda perfecta armonía con el estado de riqueza del país y con la capacidad económica de los contribuyentes y

cuando, por otra parte, su producto se invierte en satisfacer verdaderas necesidades colectivas. Si el impuesto es demasiado oneroso por su desproporción con aquellas capacidades, o si su rendimiento se emplea en servicios que no corresponden a las exigencias del orden social, administrativo y político del país, dentro de su peculiar estado de progreso, es evidente que su establecimiento afecta la economía nacional.

Estas sabias enseñanzas del eminente profesor que se dejan transcritas, llevan a buscar en los textos constitucionales vigentes el amparo a los derechos del contribuyente y la condenación al impuesto arbitrario. Tales normas no son otras que las que la demanda ha invocado como infringidas por los artículos del Acuerdo en estudio, y la presencia en este caso de una manifiesta desviación de poder. Abundante es la doctrina de esta Corporación sobre el alcance que tiene el texto del artículo 30 en donde la propiedad se encuentra garantizada así como los derechos a los cuales ampara un justo título. Y si ella no es absoluta y está condicionada al bien común, como no es absoluto ningún derecho, ello no significa que pueda desconocérsela. Además, llegar por el camino del arbitrio rentístico al linde del monopolio con el pretexto del combatir la especulación y el acaparamiento de productos esenciales para la vida comunitaria, choca contra el precepto de la norma del artículo 31. Igualmente la libertad de escoger profesión u oficio y la garantía al trabajo (Art. 39), se ven afectadas por la imposibilidad en que un impuesto exorbitante coloca a quienes afecta para continuar el desarrollo normal de una actividad que venía ejercitándose bajo el amparo de la ley.

Si no se encontrare bastante lo dicho hasta aquí para fundamentar una decisión adversa a la sentencia recurrida, tiénese que la propia doctrina expresada en providencia del Consejo de Estado de 17 de noviembre de 1941 (*Anales*, Tomo XLVII, números 308 a 310, página 1296), consignó lo que sigue: "Los tributos o contribuciones no son medios adecuados legalmente para eliminar industrias que se consideren perjudiciales o no satisfactorias. Un impuesto prohibitivo acaba con el negocio o comercio a que se refiere y, al no producir renta, no llena la finalidad que todo tributo debe llenar". Con la tesis anterior, esa misma providencia del Consejo suspendió los efectos del Acuerdo número 9 de 1941 del Municipio de Medellín cuyo artículo 2º gravó exorbitantemente con impuestos a aparatos de mecanismo automático.

Las anteriores consideraciones han hecho referencia solamente a lo dispuesto por el artículo 67 del Acuerdo 21. Pues, por lo que hace a la otra disposición demandada, la del artículo 69, bastará a la Sala acordarse con las opiniones que en este juicio emitieron los señores Fiscales del Tribunal y del Consejo, para quienes la medida es una clara doble tributación, ya que de una parte estaba establecido el impuesto sobre la matrícula de todo nuevo establecimiento de expendio de carnes y, de otra, bajo la denominación de impuesto de matrícula crea un nuevo tributo a las transacciones u operaciones civiles realizadas sobre expendios ya matriculados.

Evidentemente esta clase de establecimientos para su iniciación han tenido que pagar la cantidad correspondiente al impuesto de matrícula. Si en el decurso el primitivo dueño lo cede, arrienda o vende, el cesionario arrendatario o comprador no tiene por qué volver a pagar impuesto de matrícula ya causado y saldado; exigirlo como lo hace el artículo 69 en comento, viola la prohibición legal que impide la doble imposición. El señor Fiscal Segundo del Consejo agrega: "Es evidente entonces, que habiéndose establecido un impuesto de matrícula para los negocios que se inician no puede gravárseles posteriormente por el mismo concepto

cuando se pretenda hacer una transacción, a cualquier título, sobre dichos negocios ya establecidos. Por otra parte, el mismo Acuerdo en su artículo 66, establece la cuantía del impuesto de matrícula en "el valor correspondiente a una mensualidad", lo que indica claramente que hay un doble impuesto sobre un mismo establecimiento y por el mismo concepto, aun cuando se pague en dos oportunidades distintas, violándose en esta forma la limitación sobre contribuciones que señala el artículo 169 del C. de R. P. y M., citado por el doctor Domínguez en su demanda".

Está, pues, evidente la transgresión de normas superiores con que se acusa los ordenamientos del Acuerdo del Municipio de Buga, por lo cual habrán de anularse.

En mérito de lo anteriormente dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo en parte con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia apelada y en su lugar declara que son nulos los artículos 67 y 69 del Acuerdo número 21 de 1965 originario del Concejo Municipal de Buga.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

CONCEJOS MUNICIPALES. — Facultad impositiva. — La Ley 89 de 1936, facultó a los Concejos de las capitales de Departamento y a las ciudades con presupuesto anual no menor de trescientos mil pesos, para organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental, lo mismo que para crear los impuestos y contribuciones que estimen necesarios, dentro de la Constitución y las leyes.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Gustavo Salazar T.*).

Referencia: Expediente número 860. Actor: Guillermo Pinzón. Juicio de nulidad del Art. 13 del Acuerdo número 66 de 1965, expedido por el Concejo de Bucaramanga.

Agotado el trámite del recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de fecha 26 de octubre de 1966, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, en el juicio de la referencia, entra la Sala a estudiarlo y resolverlo.

El artículo acusado dispone que los aparatos musicales, tales como traganiqueles, radiolas, pianolas y similares, instalados en cabarets, coreográficos, cantinas, cafés y establecimientos semejantes, causarán un impuesto entre los \$ 40.00 y los \$ 80.00 mensuales, según aforo de las autoridades municipales.

El demandante señor Guillermo Pinzón Rivero estima que el Concejo de Bucaramanga, al establecer tal impuesto, violó los artículos 197 de la Constitución Nacional, 169, ordinal 2º, y 171, ordinal 9º, de la Ley 4ª de 1913 y la Ordenanza número 34 de 1945 de Santander, por cuanto se gravó artículos ya gravados por la Nación y porque ninguna ley ni ordenanza autoriza a los Concejos para imponer esa clase de gravámenes.

El Tribunal Administrativo de Santander negó la nulidad solicitada, en atención a lo dispuesto por las Leyes 72 de 1926 y 89 de 1936, según las cuales los Concejos Municipales de capitales de Departamento pueden crear los impuestos y contribuciones que estimen necesarios, dentro de la Constitución y las leyes, sin necesidad de previa autorización de las Asambleas Departamentales. Y porque al gravar el Cabildo el funcionamiento de los aparatos musicales instalados en establecimientos públicos, impuso un gravamen diferente al de industria y comercio diferente también al impuesto de importación que cobra la Nación.

El actor no sustentó el recurso interpuesto, por lo que se desconocen las razones que tuviera para manifestar su inconformidad contra el fallo de primera instancia.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en la vista de fondo, estima que el fallo apelado debe confirmarse, en atención a que las razones expuestas en él son inobjetables.

SE CONSIDERA

La Ley 4ª de 1913 sobre régimen político y municipal, da a los Concejos la atribución de imponer contribuciones para el servicio municipal, dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas, y reglamentar su recaudación e inversión (artículo 169, numeral 2º).

La Ley 84 de 1915 hizo extensivo a todos los Concejos las autorizaciones que la Ley 97 de 1913 dio al Concejo de Bogotá para crear impuestos sobre ciertas y precisas materias, pero siempre que la respectiva Asamblea Departamental concediera dichas atribuciones. Entre los impuestos autorizados no está, ciertamente, el que es materia de acusación por el demandante.

Sin embargo, posteriormente, la Ley 89 de 1936, facultó a los Concejos de las capitales de Departamento y a las ciudades con presupuesto anual no menor de trescientos mil pesos, para organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental, lo mismo que para crear los impuestos y contribuciones que estimen necesarios, dentro de la Constitución y las leyes.

De tal suerte que aunque la Ordenanza número 34 de 1945 de Santander, sobre facultades a los Concejos en materia de impuestos municipales, que el actor estima violada con el artículo 13 del Acuerdo acusado, no contempla el impuesto a los traganíqueles y aparatos similares, tal autorización no la requiere el Concejo de Bucaramanga, por virtud de las facultades de que está investido por la Ley 89 citada.

La otra acusación, de que con el impuesto sobre los aparatos musicales que reproducen música de discos, se viola la prohibición de gravar objetos ya gravados por la Nación o los Departamentos, carece igualmente de fundamento, porque lo que es materia de imposición por el Concejo de Bucaramanga es el empleo de tales aparatos en lugares de esparcimiento público, muy diferente del impuesto de aduanas que cobra la Nación y del impuesto de industria y comercio que cobran los Municipios.

Lo que quiere decir que el gravamen contemplado en el artículo 13 del Acuerdo número 66 expedido por el Concejo de Bucaramanga está en conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas.

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

FALLA

Confírmase la sentencia de 26 de octubre de 1966 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en la sesión de esta fecha.

Juan Hernández Sáenz, Gustavo Salazar T., Hernando Gómez Mejía, Alvaro Orejuela Gómez.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

CAPITULO SEGUNDO

**DECRETOS Y RESOLUCIONES DE LOS ALCALDES Y ACTOS
DE OTRAS PERSONAS ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN
MUNICIPAL**

JUNTA DE LICITACIONES MUNICIPALES DE SAN ANDRES (ISLAS)

PERSONEROS MUNICIPALES. — Son los representantes del Municipio y como tales deben ser citados en los litigios contra dicha entidad, para los fines legales consiguientes.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., enero diez y seis de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Enrique Acero Pimentel*).

En el presente negocio que ha venido en consulta de la sentencia de fecha 27 de febrero de 1967 del Tribunal Administrativo de Cartagena y en escrito visible al folio 53, cuaderno principal, el señor Procurador del Personero Municipal de San Andrés (Islas) solicita la nulidad de todo lo actuado en este juicio desde el auto admisorio de la demanda por la causal establecida en el numeral 2º del artículo 113 del C. C. A.

Las razones en que apoya su pedimento se resumen así:

En la demanda no se indicó el nombre del personero municipal de San Andrés (Islas) ni se acreditó cuál era la persona natural que tenía ese cargo en el momento de la demanda. No obstante, se dio traslado de ella al señor Hernando Flórez como Personero y como tal se le tuvo en el curso del juicio. El señor Flórez dio poder al abogado que solicita la nulidad para que actuara ante esta Corporación en la consulta, poder que no fue aceptado porque no se acreditó la calidad de personero del señor Flórez.

Todas las anteriores razones carecen por completo de validez. En efecto: puede leerse en la demanda que el actor pidió que "previos los trámites de la acción de plena jurisdicción y con audiencia del Ministerio Público y citación del Personero Municipal de San Andrés (Islas) se declare lo siguiente..."

Sábase que es el Fiscal quien representa a la administración en los litigios que contra ella se establezcan. Mas como el municipio está representado por su personero, debe citársele para los fines legales consiguientes, y basta pedirlo en los términos en que lo hizo la demanda sin expresar el nombre de quien ejercía en ese momento el cargo porque se cita a la entidad municipio representada por su personero y no a don fulano de tal. Es claro que la citación se hará a quien en ese momento esté en ejercicio de la función y no a un extraño, primeramente porque la diligencia se practica por empleados oficiales y luego porque el extraño rehusaría comparecer siendo completamente ajeno al juicio. Es, cuando el personero se presente a hacerse parte en la litis, donde tiene que acreditar su calidad de tal.

Por otra parte, léese en el numeral 4º del artículo 450 del C. J. que enumera los casos en que no hay nulidad por ilegitimidad de la personería, que "Cuando resulta claramente de los autos que el interesado ha consentido en que la persona que figura en el juicio como apoderado represente sus derechos, aunque carezca de poder o éste no se halle arreglado a la ley". Y nadie, que se sepa, alegó dentro del juicio la ilegitimidad del señor Flórez como personero del municipio; antes bien, su calidad fue reconocida expresamente.

En la consulta, por el contrario, se hace indispensable acreditar que quien confiere el poder, tiene en ese momento la condición en la cual habla por razones que por obvias no escapan al criterio del señor abogado reclamante.

Por último, en cuanto a esta causal de nulidad, la jurisprudencia tiene establecido que no puede ser propuesta ni alegada por quien ha dado lugar a ella, pues si otra cosa se aceptara daríase el caso de que a sabiendas una de las partes incurriera en tal para alegarla posteriormente si así su propia conveniencia lo indicare. Ya los latinos expresaban que *Nemo propriam turpitudinem alegans*.

En otro escrito visible al folio 64 pide el mismo señor apoderado que se decreten varias pruebas en auto para mejor proveer y que con el fin de dilucidar algunos puntos se ordene la verificación de audiencia pública, peticiones a las cuales no es posible acceder. Primeramente porque no estima la Sala pertinente la práctica de esas pruebas que han debido producirse en su oportunidad procesal y luego porque considera que no hay puntos que dilucidar en audiencia cuya celebración es enteramente discrecional de la Sala.

EN CONSECUENCIA, SE RESUELVE:

Niégate la solicitud sobre nulidad de lo actuado.

No es el caso de dictar auto para mejor proveer ni de ordenar la celebración de audiencia pública.

Notifíquese.

Enrique Acero Pimentel.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

JUNTA DE LICITACIONES MUNICIPALES DE SAN ANDRES (ISLAS)

CONTRATO ADMINISTRATIVO. — Momento en el cual nace la convención. — Basta que el pliego de cargos para licitación con las especificaciones y condiciones requeridas tenga aceptación del presunto contratista y se expida la resolución que adjudica el contrato, para que nazca la convención, es decir, el acuerdo de voluntades, con todas las consecuencias jurídicas. Este no puede desconocerse ni invalidarse sin que las partes manifiesten claramente su deseo de no llevarlo a cabo. Pero una de ellas solamente, carece del derecho de invalidar el pacto o contrato por su propia cuenta.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.
Bogotá, D. E., febrero cinco (5) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero Ponente: *Doctor Enrique Acero Pimentel*).

La sentencia con que el Tribunal Administrativo de Bolívar desató la controversia propuesta mediante demanda del doctor Alfonso Borrero Vargas, a quien asistió su apoderado doctor Moisés Spath Merrel, no fue recurrida en apelación, por lo cual, cumpliendo uno de sus ordenamientos, ha venido a esta Corporación en consulta.

El fallo decretó la nulidad del acto proferido el 22 de febrero de 1965 por la Junta de Licitaciones Municipales de San Andrés (Islas) por el cual se desconoció la adjudicación que ella había hecho al demandante "para la elaboración de los planos arquitectónicos del Hospital de San Andrés". Además, restableció en su derecho al doctor Alfonso Borrero Vargas, condenando en abstracto al Municipio al pago de los perjuicios causados por el acto anulado cuyo quantum se dispuso fijar "en cumplimiento de la sentencia", de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

Encontró el Tribunal plenamente acreditados los siguientes hechos:

Primero. Que el día siete (7) de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964), el Municipio de San Andrés, Islas, representado por el señor Personero Municipal, abrió la licitación para la adjudicación de "los planos arquitectónicos del nuevo Hospital General de 50 camas". En el pliego de cargos se dice que "los planos deberán ser ejecutados en un todo de acuerdo al anteproyecto elaborado por el Ministerio de Salud Pública y deberá contener toda la información necesaria para que la construcción pueda ser ejecutada correctamente desde el punto de vista arquitectónico en armonía con las exigencias técnicas" (Fl. 22 del cuaderno principal).

Segundo. Que a esa licitación concurrió el arquitecto Alfonso Borrero Vargas, por medio de propuesta presentada dentro de la oportunidad indicada

en el pliego de cargos. La mencionada propuesta fue dirigida a la Junta del Hospital San Andrés (Islas) (Fls. 24 a 30 del cuaderno principal).

Tercero. Que en San Andrés, Islas, Intendencia Nacional de San Andrés y Providencia, en el Despacho de la Personería Municipal y previa convocatoria escrita que se les hizo, el día veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) se reunieron los señores Alcalde del Distrito, Personero Municipal, Secretario de Gobierno encargado de OO. PP. Intendenciales, y el Auditor Fiscal Nacional "para efectos de constituirse como Junta de Licitación especial y proceder a adjudicar el contrato para la elaboración de los planos arquitectónicos del Nuevo Hospital de San Andrés".

En esa reunión, según reza el acta que recogió sus incidencias, se cumplió lo que en seguida se transcribe al pie de la letra:

"La Junta requirió los servicios del arquitecto Jefe de construcciones de la Secretaría de Obras Públicas Intendenciales doctor Guillermo Ospina Jiménez, para que hiciera una asesoría desde el punto de vista técnico. Una vez integrada y asesorada la Junta de esta manera, se procedió a enumerar las propuestas y a establecer comparaciones entre las mismas de la siguiente forma:

"Para efectos de escoger al adjudicatario entre los dos restantes, se sometió a votación secreta por los miembros de la Junta, siendo adjudicado el contrato al Proponente número nueve (9), arquitecto Alfonso Borrero Vargas, por la suma de \$ 244.466.70".

"En esta forma se declaró legalmente terminada la licitación para la elaboración de los planos arquitectónicos del Nuevo Hospital General de San Andrés, y se comisionó por la Junta al señor Secretario de Obras Públicas Intendenciales, para que hiciera la comunicación oficial del resultado".

Este funcionario, de nombre Walter Corpus Jones, cumplió tal comisión por medio del mensaje vía Telecom, del 25 de noviembre de 1964, que dice:

"San Andrés, Islas, noviembre 5 de 1964. Alfonso Borrero, carrera doce número 15-95, oficina 408, Bogotá. Pláceme comunicarle Junta Licitaciones adjudica su firma contrato elaboración planos Hospital. Urge su presencia portando póliza garantía fin formalizar negociación antes vencimiento plazo quince días a partir de la fecha. Atte., Walter Corpus Jones, Secreobras encargado". (Fls. 33, 20, 21, 36 y 37 del cuaderno principal).

Cuarto. Que el doctor Alfonso Borrero Vargas, dentro del plazo indicado en el mensaje transcrito, "compareció al Despacho de la Personería Municipal" con el objeto, "de firmar el contrato para la elaboración de los planos arquitectónicos del Hospital General de esta ciudad, de conformidad con la licitación que para tal efecto le fue adjudicada". (Fl. 20 del cuaderno principal).

Quinto. Se dice en este punto, resumidamente, que el 20 de febrero de 1965 se reunió la Junta "con el objeto de estudiar y decidir el problema suscitado con relación a la adjudicación con presencia del doctor Borrero, quien puso de presente que en varias oportunidades y dentro de los términos legales, se ha presentado con el objeto de firmar el contrato, que ha llenado todos los requisitos y que en vista de la adjudicación ha adquirido compromisos con profesionales. El

señor Hernando Flórez manifestó que si bien es cierto que los planos fueron debidamente adjudicados al doctor Borrero, existen determinados hechos que en su sentir dan base para afirmar que la adjudicación no ha conferido derecho alguno al favorecido, etc.

De lo relatado desprende el Tribunal que con la apertura de la licitación, la presentación de la propuesta y la decisión de la adjudicación, nació una relación jurídica favorable al doctor Borrero Vargas; y el desconocimiento de la adjudicación implica el desconocimiento del derecho que adquirió el doctor Borrero para celebrar el contrato, sin que valga el argumento esgrimido de que el Ministerio de Salud Pública ofreció posteriormente la elaboración de esos planos.

Con apoyo en doctrina del Consejo de Estado y de la Corte Suprema, el Tribunal encuentra que las súplicas impetradas deben prosperar.

El análisis y las conclusiones del Tribunal son acertados y encuentran total acogimiento en esta Sala. En efecto: Basta que el pliego de cargos para licitación con las especificaciones y condiciones requeridas tenga aceptación del presunto contratista y se expida la resolución que adjudica el contrato, para que nazca la convención, es decir, el acuerdo de voluntades, con todas las consecuencias jurídicas. Este no puede desconocerse ni invalidarse sin que las partes manifiesten claramente su deseo de no llevarlo a cabo. Pero una de ellas solamente carece del derecho de invalidar el pacto o contrato por su propia cuenta.

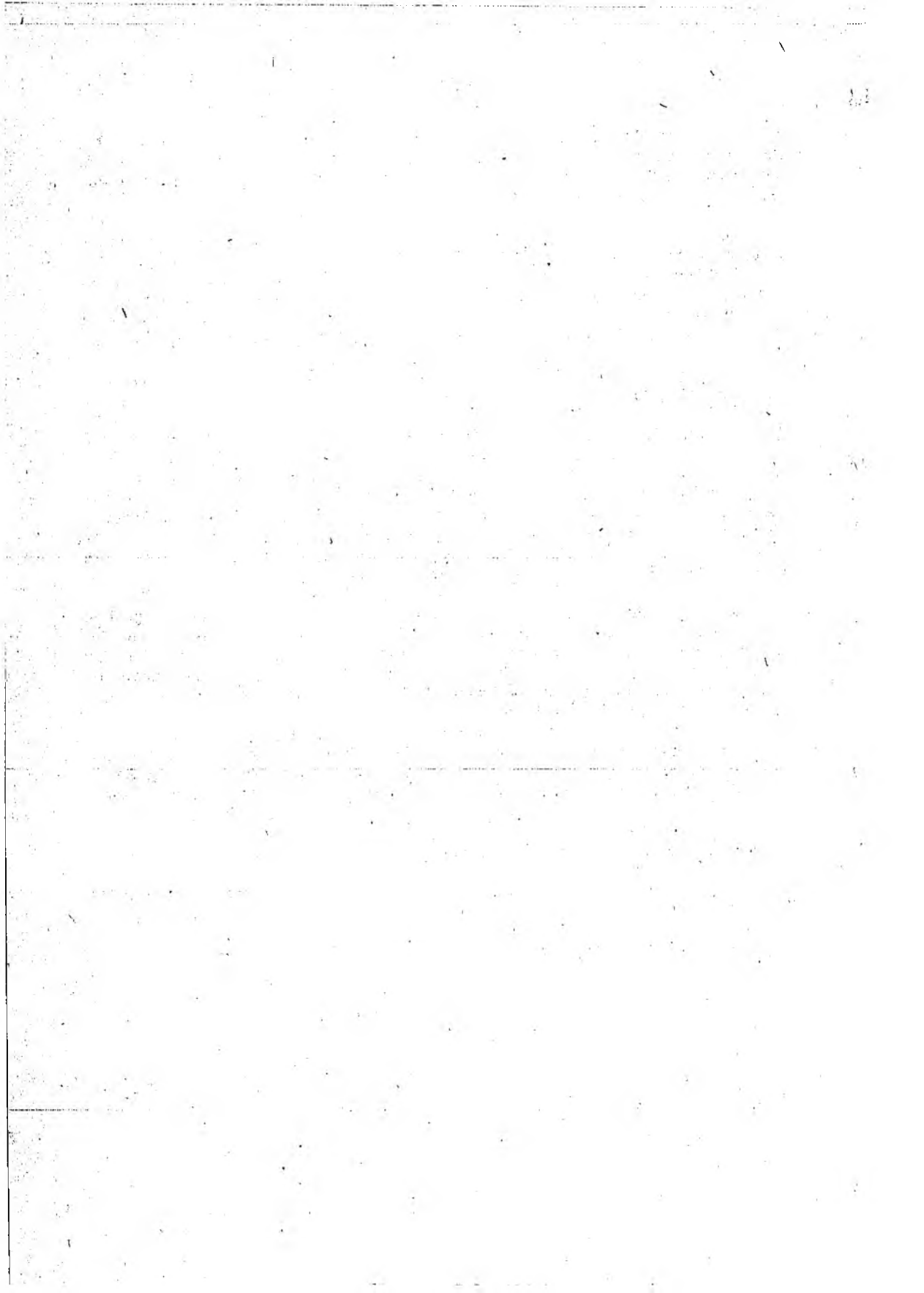
Sobre la solicitud de que se condene al Municipio al pago de los perjuicios estimados por el demandante en \$ 318.000.00 a título de indemnización, ha hecho bien el Tribunal en determinar, a la vista de las dificultades para calcular la indemnización y del rechazo de los contratos que con otros profesionales celebró el actor, que esos perjuicios deben regularse en cumplimiento de la sentencia, como lo prevé el artículo 553 del C. J.

Lo expuesto basta para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, *confirme la sentencia consultada.*

Cóplese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Alfonso Meluk, Enrique Acero Pimentel, Alfonso Arango Henao, Jorge de Velasco Alvarez.

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.



TITULO IV

INDEMNIZACIONES

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR PERDIDA DE MERCANCIA EXTRANJERA EN LAS ADUANAS. — La desaparición de parte de lo depositado por culpa del depositario — la Nación en este caso — la obliga a indemnizar el daño, o sea a pagar el bien desaparecido valor que no es otro, si la mercancía es foránea, que lo que se pagó por ella. O lo que es lo mismo los dólares que costó al precio a como se pagaron.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.
Bogotá, D. E., febrero quince de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Samuel de Sola Roncallo*).

Ref.: Exp. N° 871. Apelación del auto de 10 de agosto de 1967 del Tribunal Administrativo del Atlántico.

El señor doctor Enrique Arrázola Arrázola, en su carácter de apoderado de "Manufacturas Sedeco S. A.", por sustitución que le hizo el doctor Diego de la Peña, en la debida oportunidad pidió reposición de la providencia de 23 de noviembre de 1967, por la cual se resolvió el recurso de alzada interpuesto contra el auto de 10 de agosto del año citado, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el incidente de regulación de perjuicios que tuvo lugar como secuela de la sentencia dictada por la honorable Corte Suprema de Justicia con fecha 27 de julio de 1965, que condenó a la Nación a pagar a la compañía nombrada el valor del daño que se le causó por haberse perdido en la Aduana de Barranquilla 1.242 kilos de lana peinada en mechas que eran parte de un cargamento mayor importado de Australia por la referida empresa.

La inconformidad del reclamante con la providencia reclamada se reduce a que el tipo de cambio de \$ 4.80 por dólar que se adoptó para liquidar los perjuicios en la forma como se hizo en la misma, debe ser, en su sentir, el actual o, en subsidio, el de \$ 5.95 que regía el 21 de septiembre de 1957, fecha en que llegó la mercancía al país.

Para sustanciar el recurso, el doctor Arrázola, después de hacer algunas consideraciones que no vienen al caso, concreta los motivos de su reclamo en las siguientes razones:

Que por culpa del Estado, la pérdida de parte de la mercancía en la Aduana, el contrato de compraventa celebrado entre los exportadores y la firma importadora no quedó perfeccionado, razón por la cual la Nación debe sustituir a los vendedores en los perjuicios causados, y éstos deben pagarse, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 16 de 1936, al tipo de cambio que rija el día del pago de tales perjuicios, los que deben comprender también las ganancias que habría obtenido "Manufacturas Sedeco S. A." si transforma la materia prima extraviada.

da. Y que siendo el paso de las mercancías importadas por las aduanas un depósito necesario engendrado por una operación de importación, también deben pagarse los perjuicios causados por el depositario al tipo de cambio últimamente aludido.

SE CONSIDERA

Si, como se dijo en el auto reclamado, la liquidación de perjuicios hecha en la forma como se hizo no puede modificarse, sean cualesquiera las razones en su contra, porque ello equivaldría a modificar la sentencia ejecutoriada que se cumple, ello bastaría para no considerar los argumentos que ahora presenta el doctor Arrázola para insistir en su punto de vista. Sin embargo, como la Sala estima que debe hacer lo posible por convencer al recurrente de su equivocación, tiene que expresarle con todo respeto que está totalmente en desacuerdo con sus apreciaciones.

En efecto, el contrato de compraventa celebrado entre los exportadores y la importadora nada tiene que ver con la falla del servicio de aduanas que ha dado lugar a la indemnización que se liquida, y mucho menos permite afirmar que aquél ha sido incumplido por haber ocurrido dicha falla. El quedó perfeccionado, como bien lo sabe el doctor Arrázola, cuando las partes se acordaron en la clase de mercancía que debía ser despachada y el precio que por ella debía pagarse, y cumplido desde el momento en que aquéllas se embarcaron consignadas a la importadora. Que la entrega a la Aduana de la carga llegada del exterior y su custodia en sus bodegas, actos indispensables para que, de conformidad con las leyes y reglamentos de aduana, tuviera lugar la operación administrativa de la liquidación de los respectivos derechos, admitiendo, en gracia de discusión, que pudiera asimilarse a un contrato de depósito necesario, lejos de sacar adelante la tesis del reclamante sirve para lo contrario, es decir, para concluir que si hubo un contrato de depósito forzoso celebrado dentro del país, la desaparición de parte de lo depositado por culpa del depositario lo obliga a indemnizar el daño, o sea a pagar el bien desaparecido, valor que no es otro, si la mercancía es foránea, que lo que se pagó por ella. O lo que es lo mismo, los dólares que costó al precio a como se pagaron.

Se repite: En el caso de autos, la Nación causó un daño por deficiencias en el servicio de aduanas y la honorable Corte ordenó indemnizarlo por expresa disposición de la ley. La indemnización no puede ser otra que lo que pagó el importador por la mercancía perdida, es decir, su valor en dólares convertido a moneda colombiana al tipo de cambio a que se los otorgó el Estado, daño emergente, más los intereses legales sobre dicha suma desde que dicha mercancía debió ser entregada hasta que se verifique el pago de aquélla, lucro cesante, porque ese y no otro fue el daño patrimonial inferido. La obligación del Estado proviene de la ley y no del contrato de compraventa que dio origen a la importación de los bienes. Y no importa que el día en que el Banco hizo el reembolso al exterior los dólares hubieran estado a un precio más alto de 4.80, pues, como se dijo en la providencia recurrida, según el régimen de cambios imperante cuando se importó la lana desaparecida, una vez que se otorgaba la licencia de importación se fijaba el tipo de cambio, a que el importador debería pagar la importación, y a ese tipo de cambio le otorgaba los dólares el Banco de la República y autorizaba la remesa bancaria, aunque para entonces la divisa hubiera tenido un alza oficial.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

No se accede a la reposición solicitada de que se ha dado cuenta en la parte motiva de este auto.

Notifíquese y cópiese.

Jorge A. Velásquez D., Samuel de Sola Roncallo, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

ACCION INDEMNIZATORIA. — Personería sustantiva de los herederos para ejercitarla. — No se puede privar a los herederos del derecho de demandar para la sucesión, o lo que es lo mismo, de presentarse en nombre del causante. No se les puede obligar a obrar en nombre personal, o sea como damnificados no más, o víctimas mediatas de un accidente que hizo víctima inmediata a la persona. No se puede prescindir del principio contenido en nuestra legislación, y que es de la más pura cepa romana, de que el heredero continúa la persona del difunto, y que el adquirir mortis causa, se ha adquirido "peruniversitatem".

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.
Bogotá, abril veinticinco de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Gabriel Rojas Arbeláez*).

Rer.: Expediente N° 605.

En demanda presentada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial del Meta, el doctor César R. Niño obrando en su calidad de apoderado de la señora Rosalbiria Forero viuda de Reina y de la señorita Eriscinda Reina Forero, pidió se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera. "Que la Nación colombiana es responsable civilmente de la muerte del señor Eulogio Reina y del señor Raúl Antonio Reina Forero, ocurrida el día 11 de enero de 1965 dentro del Parque de la Glorieta del Barrio La Grama de la ciudad de Villavicencio, bajo las ruedas de Motoniveladora Marca Caterpillar, serie 8T4942, Motor Caterpillar, número interno 12-027 de propiedad del Ministerio de Obras Públicas, Distrito de Carreteras Nacionales del Meta, conducida por los trabajadores de la mencionada entidad, señores Carlos Cétarez Serrano y Ernesto Carvajal".

Segunda. "Que como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, se condena a la Nación colombiana al pago de todos los perjuicios de orden material y moral, provenientes de la muerte de los señores Reina, a favor de la sucesión ilíquida de Eulogio Reina y de Raúl Antonio Reina Forero, quienes tuvieron su último domicilio en la ciudad de Villavicencio".

HECHOS

Como fundamento de las peticiones transcritas anteriormente, en la demanda se relacionaron los siguientes hechos:

"1º El día 11 de enero de 1965, el señor Eulogio Reina en ejercicio de sus quehaceres ordinarios, atravesaba de arriba hacia abajo el parque circular del Barrio La Grama de la ciudad de Villavicencio, llevando de la mano a su hijo Raúl Antonio Reina Forero de seis años y medio de edad, cuando

fueron arrollados por la espalda por la Motoniveladora identificada en el petitum de esta demanda y conducida por los operarios de la Zona de Carreteras Nacionales señores Carlos Cétarez Serrano y Ernesto Carvajal, habiendo perecido bajo las ruedas de dicho vehículo instantáneamente.

"2º El occiso Eulogio Reina y su hijo Raúl Antonio Forero, se encontraban en pleno goce de la salud correspondiente a sus edades.

"3º El occiso Eulogio Reina y su hijo mencionado, como personas precavidas y cuidadosas con el tráfico automotor del sector donde ocurrió su muerte, deambulaban por la zona verde central del parque, donde fueron masacrados por el automotor.

"4º Los occisos Eulogio Reina e hijo, en razón de viajar en la misma dirección descendente del vehículo masacrante, no pudieron evitar físicamente su deceso, pues fueron aplastados por la espalda.

"5º Presenciaron los hechos anteriormente relacionados muchos peatones y vecinos del Barrio La Grama, entre otros, los señores Enrique Ardila, Pedro Villalba, Narciso Tacha, Lucía Pisco e Isabel Velásquez.

"6º El occiso Eulogio Reina se encontraba en el momento de su muerte, casado por los ritos de la Iglesia Católica con mi poderdante señora Rosalbina Forero de Reina, unión conyugal realizada el 26 de diciembre de 1937 en Cáqueza.

"7º Dentro del ejercicio de la sociedad conyugal los esposos Reina Forero, procrearon como hija legítima a la señorita Eriscinda Reina Forero.

"8º Al ocurrir los hechos que han dado motivo a esta demanda, mis patrocinadas, herederas de los causantes, han sido privadas cada cual en su rango, de la tutela moral y material de los occisos.

"9º El vehículo masacrante y sus conductores, laboraban al servicio de la Nación, como queda expresado antes, al tiempo de atropellar y cerceñar la vida de los señores Reina.

"10. La Nación no ha indemnizado aún de los daños y perjuicios materiales y morales, a la sucesión ilíquida de los occisos Eulogio Reina y Raúl Antonio Reina Forero o a mis patrocinadas en persona, como integrantes de la entidad sucesoral.

"11. La Nación con la motoniveladora que masacró a los señores Reina y con sus servidores conductores tenía a su cargo un riesgo creado, que le imponía el máximo de vigilancia y cuidado para evitar causar daños y perjuicios a la sociedad.

"12. La Nación por medio de sus servidores o agentes del Ministerio de Obras Públicas, con un mediano cuidado, como revisar los frenos del automotor, la dirección del mismo, etc., tal como lo hacen todos los ciudadanos responsables que tienen y conducen vehículos automotores por la Avenida que rodea el parque circular de la Grama de Villavicencio, hubieran podido evitar perfectamente la muerte de los señores Reina y el consiguiente daño y perjuicio moral y material para la sucesión de éstos".

DERECHO

Como derecho invocó lo dispuesto en el artículo 2341 y siguientes del Código Civil.

Remisión del expediente al Tribunal Administrativo

Mediante providencia de junio 21 de 1966 el Tribunal Superior dispuso remitir al Administrativo el proceso, por estimar que ya no podía conocer de éste, según lo prescrito en el ordinal e) del numeral 2º del artículo 32 del Decreto-ley 528 de 1964. Cuando ésto ocurrió ya se habían practicado las pruebas y habían alegado las partes:

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo decidió la instancia por sentencia del 9 de septiembre de 1966, en la que se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante.

Esa providencia fue apelada.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

Para declarar fundada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, el Tribunal razonó así:

“Los causantes Reina según declaraciones de los testigos presenciales Mery Cecilia Jara Castañeda (Fl. 5 C. Nº 2) y José María Parrado Pabón (Fl. 7, C. Nº 2), murieron en forma instantánea al ser arrollados por la espalda por la motoniveladora de propiedad de la Nación, conducida por empleados bajo su dependencia. No existe prueba en el proceso que demuestre en forma fehaciente de que fueran titulares del derecho o derechos para reclamar de la Nación la indemnización de perjuicios materiales y morales producidos por el accidente en que perdieron la vida. En sana lógica es lícito deducir que los causantes no adquirieron esos derechos y por consiguiente no estaban en su patrimonio en el momento de fallecer por no tener título legal sobre ellos. No siendo titulares de ese derecho o derechos, es jurídicamente imposible que los transmitieran, mortis causa, a las señoras Rosalbina Forero v. de Reina y Eriscinda Reina Forero. El hecho de no ser los causantes titulares del derecho o derechos en cuestión, produce, procesalmente, el fenómeno jurídico de no tener capacidad para ser parte y por consiguiente carecen de legitimación en la causa. Se configura nítidamente la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva en la sucesión demandante, por no ser titular del derecho o derechos reclamados. Faltan los presupuestos procesales de capacidad para ser parte y la legitimación en causa”.

Efectivamente, como lo dice el Tribunal, y como consta de las súplicas formuladas por las actoras, la demanda se encamina a que se condene a la Nación a pagar a favor de las sucesiones ilíquidas de Eulogio Reina y Raúl Antonio Reina Forero los perjuicios de orden material y moral provenientes de la muerte de estas personas. Lo que no es cierto es que no exista prueba en el proceso tendiente a demostrar el título para demandar de la Nación la indemnización de perjuicios. Ese título está constituido de una parte por las partidas

de defunción de los Reina, partidas que obviamente prueban la vida de que gozaban; y de otra, por las partidas mediante las cuales se establecen los vínculos familiares que unían a aquellos con las actoras. La muerte se comprobó con las partidas de defunción expedidas por el Notario de Villavicencio. Con partidas del mismo origen se acreditó el nacimiento de Raúl Antonio Reina Forero, y con las expedidas por el señor Cura Párroco y Notario de Cáqueza, se demostraron, en su orden, el matrimonio de Eulogio Reina con Rosalbina Forero, y el nacimiento de María Eriscinda o Hericinda Reina Forero. Constan, pues, las calidades de padre legítimo y cónyuge que tenía el causante Eulogio Reina; la de la madre legítima y cónyuge supérstite que tiene Rosalbina Forero, y la de hijos legítimos de Raúl Antonio y Eriscinda Reina Forero, muerto aquél, y viva la última. Resulta así que los documentos mencionados son suficientes para demostrar la existencia de una sucesión o herencia, quienes son los representantes de ella, y a quienes asiste la vocación para suceder en los derechos y obligaciones de los *de cujus*.

Son conocidos principios del derecho sucesorio los siguientes: a) Que no hay solución de continuidad entre el causante y el heredero, porque deben reputarse como una sola persona éste y aquél; b) Que la herencia se defiende en el momento de la muerte; c) Que el heredero sucede en todos los derechos y acciones del difunto: *In omnia jura*. A la luz de los principios mencionados se impone la conclusión de que en el caso de los accidentes mortales los herederos de la víctima son titulares de los derechos que ella tenía; y como toda persona tiene un derecho elemental pero grande, que es el derecho a la vida que ha recibido, éste es un título que ella ostenta, y un elemento patrimonial transmisible. El primer derecho de una persona es el derecho a conservar su existencia, y por eso quienes la continúen o sucedan pueden accionar con el título que les proviene de ese haber básico y primordial del causante. Muerta una persona en las condiciones de riesgo o culpa con causa en un tercero, ese derecho se resuelve en una indemnización; indemnización que obviamente no podrá solicitar el causante, pero que sí pueden perseguir sus causahabientes. De la calidad de herederos nace pues, la personería sustantiva para ejercitar la acción. Esto es lo que el causante transmite, y en ningún caso la indemnización misma que es apenas una perspectiva tanto en él como en los que lo suceden.

No se puede privar a los herederos del derecho de demandar para la sucesión, o lo que es lo mismo, de presentarse en nombre del causante. No se les puede obligar a obrar en nombre personal o sea como damnificados no más, o víctimas mediatas de un accidente que hizo víctima inmediata a la persona. No se puede prescindir del principio contenido en nuestra legislación, y que es de la más pura cepa romana, de que en el heredero continúa la persona del difunto, y que al adquirir *mortis causa*, se ha adquirido "*peruniversitatem*".

En el caso de accidente mortal es libre el heredero para demandar a nombre personal, como simple perjudicado con la muerte de la persona que lo sostenía o le ayudaba, o para actuar en su calidad de causahabiente, y por lo mismo en representación del causante. Pero ni en la jurisprudencia más pretoriana es dado sostener que cuando se pretenda indemnización por muerte causada en accidente, no puede el actor hablar en su calidad de heredero, y por lo mismo en representación de la víctima, sino que necesariamente debe obrar a nombre personal, como un tercero perjudicado. Esto sería nada menos que un desheredamiento por jurisprudencia.

Expresa la providencia que se revisa, que en sana lógica debe deducirse que los causantes Reina y Reina Forero no adquirieron derechos que reclamar de la

Nación, que esos derechos no estaban en su patrimonio en el momento de fallecer, por no tener título legal sobre ellos, y que por lo mismo es jurídicamente imposible que los transmitieran mortis causa a Rosalbina Forero vda. de Reina y a Eriscinda Reina Forero. Lo que desajusta la lógica de ese planteamiento es el olvido de que el causante sin solución de continuidad se continúa en sus derechos, que por eso reciben el nombre de "sucesores"; y la idea correspondiente de que se trata de dos personas. En realidad, conforme a la figura jurídica de la herencia nada es tan lógico como que el heredero ejercite las acciones que hubiera ejercitado su causante.

Por lo demás el punto ha sido considerado a espacio, entre otros tratadistas, por los Hermanos Mazeaud y por René Savatier, que coinciden en las siguientes afirmaciones:

"El que demanda como causahabiente se presenta en nombre de su causante; reclama la reparación del perjuicio padecido por éste. Cuando demanda en su nombre personal, invoca el perjuicio personal que le ha causado el daño inicial.

"El causahabiente debe probar el perjuicio sufrido por su causante, si demanda como causahabiente.

"El causahabiente debe demostrar su carácter para litigar. La víctima no. A ésta le basta con ser víctima. El ejercicio de la acción personal puede ser más ventajosa.

"Son diferentes los perjuicios del heredero como tal, y del mero damnificado.

"La acción del heredero tiene por objeto obtener la reparación del perjuicio sufrido por la víctima inicial. La acción de quien no obra como heredero busca la reparación del perjuicio sufrido personalmente.

"Quien demanda como heredero encuentra la acción en la sucesión del difunto.

"Transcurre siempre al menos un instante de razón entre el accidente y la muerte de la víctima. Un tal instante es suficiente a ésta para adquirir un derecho a reparación, y en la medida en que este derecho exista, transmitirlo a sus herederos. Carece de importancia que el tiempo transcurrido entre el accidente y la muerte sea de una millonésima de segundo o de varios años".

En el asunto *sub judice* las demandantes Rosalbina Forero vda. de Reina y Eriscinda Reina Forero comparecen en su calidad de herederas; heredera aquélla de su hijo Raúl Antonio, y heredera la última de su padre Eulogio. La calidad en que actúan está probada suficientemente, y como herederas que son han podido demandar para las sucesiones ilíquidas. Carece en consecuencia de fundamento la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva que se declaró en la sentencia apelada.

En lo que respecta al fondo del asunto es innegable que se configura la responsabilidad administrativa, pues en el proceso se demostró la ocurrencia de un hecho dañoso, la existencia de un perjuicio cierto y el nexo de causalidad

entre éste y el primero. Es superfluo hacer consideraciones hoy sobre la responsabilidad del Estado, tratándose, como se trata, de un postulado jurídico casi de reconocimiento universal, y cuando en nuestro derecho positivo se encuentra esa responsabilidad consagrada. Esas consideraciones se explicaban cuando la jurisprudencia hacia el esfuerzo por configurar la responsabilidad estatal con diseños del derecho privado; con materiales tomados del Código Civil. Pero hecho el Estado responsable en el derecho positivo, es de suponer que el legislador discurió lo bastante sobre ese particular, para que no necesite el juez agregar un adarme a ese discurso.

Obran en autos como elementos probatorios, además de las partidas sobre estado civil de que se habló anteriormente, los que se enuncian a continuación:

1º La certificación de origen oficial presentada con la demanda.

2º Las declaraciones de Néstor Hugo Aguilera, Pedro Villalba, Mery Cecilia Jara Castañeda, Lucía Pisco Sánchez, Carlos Torres Pabón, José María Parrado Pabón y Luis A. Herrera Cuintaco.

En la certificación de que se habla, consta que los señores Carlos Cétarez Serrano y Ernesto Carvajal B. estaban al servicio de la Nación en el Distrito de Carreteras Nacionales del Departamento del Meta el día 11 de enero de 1965. Y que la motoniveladora "accidentada" (sic) en tal fecha, estaba manejada por ellos y era identificable así: Motoniveladora Marca "Caterpillar", serie 8T4942, con motor Caterpillar número 12027.

De los declarantes mencionados presenciaron los hechos Néstor Hugo Aguilera, Mery Cecilia Castañeda y José María Parrado Pabón. De lo dicho por ellos queda en claro:

a) Que el día 11 de enero de 1965, a eso de las 3 p. m. Eulogio Reina, llevando de la mano a su hijo Raúl Antonio, de edad de seis años y medio, bajaba por la parte central del parque circular del barrio "La Grama" de la ciudad de Villavicencio;

b) Que en la misma dirección bajaba la Motoniveladora de la Zona de Carreteras Nacionales, marca Caterpillar número 12027;

c) Que de pronto los arrolló por la espalda, matándolos instantáneamente;

d) Que la motoniveladora fue a incrustarse en la casa del frente, de propiedad del señor Pedro José Molano.

Parrado Pabón agrega que la culpa fue del conductor, porque los Reina transitaban por la zona verde, que no es paso obligado de vehículos.

Lucía Pisco Sánchez no presenció el accidente, pero dice haber visto como a las 4 de la tarde el traslado de los cadáveres. Luego vio la motoniveladora incrustada en la casa de Pedro José Molano.

Carlos Torres Pabón y Luis A. Herrera Cuintaco afirman que Eulogio Reina era un hombre trabajador, de cuya actividad dependía su familia, que era dueño de una casa de habitación en la cual vivía con su familia, casa que adquirió con su trabajo mejorándola notablemente; que era una persona inde-

pendiente dedicada al negocio en pequeña escala de la ganadería y la agricultura, comprando y vendiendo; que no estaba sujeto a jornal; que tenía un negocio o tienda de víveres, y que con el producto de su actividad atendía a la subsistencia de su familia y a la educación de sus hijos.

Quedó así demostrado que una máquina, instrumento constitutivo de riesgos, perteneciente al Estado, y accionada por agentes del mismo, causó la muerte de Eulogio Reina y de su hijo Raúl Antonio Reina Forero, arrollándolos por la espalda. Este hecho origina responsabilidad administrativa, responsabilidad que no se ha tratado de desvirtuar con prueba alguna, ni alegando siquiera como causas exculpativas la fuerza mayor, el caso fortuito o el comportamiento de la víctima.

Se está, por consiguiente, ante un hecho administrativo que impone el resarcimiento de los daños, conforme al derecho que se confiere a quienes han recibido perjuicios, según lo dispuesto en el artículo 68 del Código de lo Contencioso Administrativo.

Pero ocurre que si bien puede darse por probado que Eulogio Reina era hombre productivo no se aportó prueba ninguna para fijar el *quantum* de esa productividad ni el del perjuicio total sobrevenido con la muerte.

Será preciso, por lo mismo, fijar ese "quantum" mediante el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial, incidente durante el cual se traerán al proceso las últimas declaraciones de renta del señor Reina, o sus libros de contabilidad o de ingresos y egresos, si los llevaba; o cualesquiera otra clase de apuntes o documentos privados relacionados con sus negocios; su partida de nacimiento, certificaciones médicas atinentes a la clase de salud de que gozaba; las pruebas que demuestren el medio económico en que trabajaba y vivía, etc., para que con base en los hechos que arrojen tales probanzas y las que figuran en el juicio, y teniendo también en consideración la probable vida útil que le quedaba a la víctima si hubiera muerto naturalmente, según los promedios de vida que para estos lugares tienen establecidos las compañías de seguros, así como también las Tablas de Garuffa, los peritos que para el efecto se nombren puedan valorar la productividad económica que tenía el causante al morir y la del resto de su probable vida, y, consiguientemente, la indemnización a que tiene derecho su sucesión por el daño que se le ocasionó.

En cuanto a los perjuicios reclamados para la sucesión de Raúl Antonio Reina se manifiesta que no hay lugar a ordenar su valoración por inexistentes, por ser ellos inciertos e indeterminables, a diferencia de los de su padre que son ciertos y determinables, por cuanto cuando aquél falleció nada producía, ni estaba en capacidad de hacerlo.

En lo que se refiere al daño moral cuya indemnización también se pide en la demanda, la Sala lo fija en la suma de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00) teniendo en cuenta que son dos los causantes. Es claro que no se trata del daño moral sufrido personalmente por las demandantes, sino del daño que sufrieron padre e hijo fallecidos. Sobre la realidad de este daño en un caso como el que registra el proceso, no es unánime la opinión de los doctrinantes. La Sala se inclina a la que sí lo reconoce, por las siguientes consideraciones: La primera, porque si se acepta que al menos un instante de conciencia asistió al causante para apreciar su situación de víctima, ese mismo instante le depará el sentimiento de su extinción y de su separación de los seres queridos; y la segunda,

por ser lo más racional de conformidad con el principio de que no hay solución de continuidad entre el causante y los herederos. Si "la persona de la víctima sobrevive en sus herederos", y si "la acción del heredero tiende a la reparación del perjuicio sufrido por la víctima inicial", lo indicado es que la indemnización sea total.

DECISION

Por lo expuesto anteriormente, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1º Revócase la sentencia recurrida, y en su lugar se dispone:

La Nación es responsable de la muerte de los señores Eulogio Reina y Raúl Antonio Reina Forero, ocurrida en Villavicencio, el 11 de enero de 1965 en las circunstancias determinadas en la parte motiva de esta providencia.

En consecuencia, condénase a la Nación a pagar a las sucesiones ilíquidas de los referidos señores, los perjuicios morales subjetivos de que se habló en otro lugar, los cuales se fijan en la cantidad de dos mil pesos (\$ 2.000.00) moneda legal, para cada una de dichas sucesiones; y a la del primero, o sea a la del señor Eulogio Reina, además, los perjuicios materiales que se le causaron, los que se regularán mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J. y teniendo en cuenta lo expuesto en otra parte de esta sentencia.

2º Absuélvese a la Nación de los demás cargos de la demanda.

3º Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen. Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Gabriel Rojas Arbeláez, Carlos Portocarrero Mutis, Samuel de Sola Roncallo, Jorge A. Velásquez.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. — Excepción perentoria temporal o del juicio. — Con relación a los perjuicios materiales dependientes de la destrucción de un bien perteneciente a la sociedad conyugal en liquidación, no puede uno de los cónyuges demandar para sí la indemnización correspondiente, cuando en realidad de verdad se debe pedir para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.
Bogotá, D. E., diez de junio de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Jorge A. Velásquez D.*)

Con poder conferido por la señora *Mariana Becerra Vda. de Parra* el doctor *Joaquín Navia Belalcázar*, con fecha 18 de julio de 1967, presentó demanda ante el Consejo de Estado en la cual solicita que, con citación y audiencia del señor Fiscal de la Corporación y previos los trámites propios del juicio ordinario administrativo, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Nación colombiana es civilmente responsable de los daños y perjuicios que ocasionó la explosión ocurrida en Cali en la madrugada del día 7 de agosto de 1956.

"Segunda. Que mi poderdante señora *Mariana Becerra Vda. de Parra*, fue damnificada por la premencionada explosión.

"Tercera. Que la Nación colombiana está obligada a pagar a mi representada señora *Mariana Becerra viuda de Parra*, una indemnización plena y completa de todos los perjuicios, tanto por daño emergente como por lucro cesante, sufridos por ella con motivo de la explosión en referencia, ocurrida en Cali el 7 de agosto de 1956.

"Cuarta. Que por concepto de perjuicios la Nación colombiana debe pagar a mi representada, en su calidad de damnificada, las siguientes cantidades de dinero: a) La suma de cien mil pesos moneda corriente como perjuicios materiales, por daño emergente, por la destrucción total de las existencias de la droguería denominada 'Droguería J. P. Uribe', que funcionaba en Cali en el local señalado con los números 2-30 y 2-34 de la calle 25 de Cali, droguería que fue totalmente destruida por la explosión; b) La suma correspondiente a los intereses a la rata legal del seis por ciento anual, liquidados sobre la antedicha suma de cien mil pesos moneda corriente, en el lapso comprendido entre el día de la explosión (7 de agosto de 1956) en que la droguería fue destruida, y el día en que la Nación verifique el pago de la indemnización, como lucro cesante por este concepto; c) La suma de doscientos diez y seis mil pesos moneda corriente, en que estimo los perjuicios materiales ocasionados a mi poderdante por la muerte de su esposo, señor José de Jesús Parra Uribe, estimados dichos perjuicios en la suma de dos mil pesos mensuales, como promedio, que hubiera podido

producir el señor Parra Uribe para beneficio de su esposa legítima, señora *Mariana Becerra de Parra*, y teniendo en cuenta que el señor Parra Uribe murió a los 56 años de edad, encontrándose en buen estado de salud y en plena actividad para el trabajo, y que el promedio de la vida del hombre en la época actual es de 65 años; de tal manera que el señor Parra Uribe hubiera podido producir para su legítima mujer un promedio de dos mil pesos mensuales durante nueve (9) años; ch) La suma de noventa mil pesos (\$ 90.000.00) moneda corriente, en que estimo los perjuicios materiales sufridos por mi poderdante por razón de la muerte de su hijo legítimo llamado *Dante Parra Becerra*, perjuicios equivalentes a la suma de quinientos pesos (\$ 500.00) mensuales que el prenombrado *Dante* hubiera podido suministrar a la madre, señora *Mariana Becerra de Parra*, a partir del día de la explosión, 7 de agosto de 1956, en que murió, y durante un lapso de quince (15) años; d) La suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) moneda corriente, en que estimo los perjuicios morales sufridos por la señora *Mariana Becerra viuda de Parra*, por razón de la muerte de su marido, señor *José Jesús Parra*; e) La suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) moneda corriente, en que estimo los perjuicios morales sufridos por la señora *Mariana Becerra viuda de Parra*, a consecuencia de la muerte de su hijo legítimo *Dante Parra Becerra*.

"Quinta. Que, en caso de no aceptarse la fijación que hago de los perjuicios en la petición cuarta de esta demanda, se condene a la Nación colombiana a pagar a mi poderdante, señora *Mariana Becerra viuda de Parra*, por concepto de perjuicios, en su calidad de damnificada por la explosión ocurrida en Cali el 7 de agosto de 1956, la suma que se fije como valor de dichos perjuicios durante el término probatorio del presente juicio; o, en último lugar, si no se aceptan ni la una ni la otra fijación del monto de los perjuicios, que se condene a la Nación al pago de la suma que se señale como valor de los referidos perjuicios, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial".

En el libelo se afirman los siguientes hechos que se resumen así:

1º El 7 de agosto de 1956, estallaron en la ciudad de Cali varios camiones cargados de explosivos pertenecientes a la Nación colombiana, y con la explosión hubo muertos y destrucción en dicha ciudad, y fue un hecho afamado y notorio que adquirió categoría de evidencia en todo el mundo y el mismo legislador colombiano deploró tal hecho a nombre de la Nación y reconoció la obligación de ésta de pagar a los damnificados los perjuicios respectivos, al tenor de la Ley 179 de 1959.

2º La demandante Becerra vda. de Parra era propietaria, con anterioridad a la fecha de la explosión, de una droguería que se denominaba "Droguería J. P. Uribe" administrada, por su marido José Parra Uribe y su hijo Dante Parra Becerra. Esta droguería funcionaba en un local con frente a la calle 25, distinguido con los números 2-30 y 2-34 de la ciudad de Cali.

3º La citada droguería quedó arrasada totalmente y murieron José Parra Uribe y Dante Parra Becerra, que administraban el negocio y dormían en el mismo local, que quedaba frente al sitio donde estallaron los camiones cargados de explosivos.

4º Con declaraciones recibidas extrajuicio, certificado del Jefe de la Sección de Impuestos de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, certificación

de la Compañía Suramericana de Seguros y con fichas censales expedidas por la Junta Informadora de Daños y Perjuicios, se acredita que la demandante, señora Becerra vda. de Parra fue damnificada por la explosión ya memorada, tanto porque se destruyó totalmente su farmacia como porque la explosión causó la muerte de su marido José Parra Uribe y de su hijo Dante Parra Becerra.

5º Que el citado marido, murió a la edad de 56 años y el joven Parra Becerra a la edad de 15 años y que éstos se encontraban en perfecto estado de salud y en la plenitud de su capacidad de trabajo al ocurrir la explosión del 7 de agosto de 1956; que el señor Parra Uribe fue muy trabajador y muy buen marido, "y dedicaba todo su esfuerzo y toda su capacidad de trabajo al servicio de su legítima esposa, administrando la droguería perteneciente a ella" y que el hijo Parra Becerra era también un muchacho juicioso "entusiasta, trabajador que ayudaba a su padre en el manejo de la Droguería J. P. Uribe", muy buen hijo, muy cariñoso, generoso y servicial con su señora madre la demandante.

6º Que el dinero que el señor José Parra Uribe obtenía con el producto de su trabajo personal lo destinaba para su esposa Mariana Becerra de Parra y que puede estimarse en promedio de \$ 2.000.00 mensuales, y que dado el promedio de su vida, en nueve años que hubiera podido restarle de vida, habría suministrado a su mujer no menos de \$ 216.000.00; que el joven Dante Parra Becerra, durante por lo menos 15 años, habría auxiliado a su madre mientras él permaneciera soltero, o sin fuertes gastos originados por el sustento de su propia familia, o sea con no menos de \$ 500.00 mensuales, en un lapso de 15 años, lo que daría un total de \$ 90.000.00.

7º Que las existencias de mercancías en la droguería citada valían no menos de \$ 100.000.00, según varias declaraciones extrajuicio o y que el minimum de utilidad líquida de tal droguería "tenía que producir para su dueña una utilidad líquida no inferior a un seis por ciento (6%) anual liquidado sobre el valor de las existencias del negocio o sea, una cantidad no menor de quinientos pesos mensuales (\$ 500.00).

8º La Junta Informadora de Daños y Perjuicios, creada por el Decreto número 1932 de 1956, empadronó a la señora Mariana Becerra vda. de Parra como damnificada, al tenor de las fichas censales números 6339 y 1886, expedidas por la Fundación Ciudad de Cali, y que dicha señora ha quedado reducida a una gran pobreza como consecuencia de los daños materiales y morales que le ocasionó la explosión.

9º Que los perjuicios recibidos por la demandante son: a) \$ 100.000.00 por la destrucción total de las existencias en la citada droguería; b) Por lucro cesante \$ 500.00 mensuales desde la fecha de la explosión hasta cuando la Nación verifique el pago; c) Por daños materiales ocasionados por la muerte del señor José Parra Uribe \$ 216.000.00 calculando la pérdida en \$ 2.000.00 mensuales durante 9 años; d) Perjuicios morales por la muerte del citado Parra Uribe \$ 2.000.00; e) Por perjuicios materiales por la muerte del menor Dante Parra Becerra, a razón de \$ 500.00 mensuales durante 15 años, \$ 90.000.00, y f) Perjuicios morales por la muerte del citado menor \$ 2.000.00.

Como disposiciones de derecho se citaron las siguientes: artículos 2341, 2347, 2349, 2356 y ss., 2539, 1613, 1614, 1494 y concordantes del Código Civil, Ley 179 de 1959, artículo 30 del Decreto 528 de 1964; artículo 84 y siguientes, 124 y 125 y siguientes, y 136 y concordantes de la Ley 167 de 1941 y los artículos 724 y siguientes del C. J.

La demanda fue admitida y el trámite correspondiente se surtió hasta citar a las partes para sentencia y no se observan causales de nulidad que puedan afectar la actuación.

PARA RESOLVER, LA SALA CONSIDERA

El señor Fiscal Segundo de la Corporación, en su vista de fondo es de parecer que se acceda a las súplicas de la demanda.

Considera la Sala que no es procedente entrar parcialmente al estudio de fondo de la litis planteada como quiera que al respecto se configura la excepción denominada por la jurisprudencia y por los procesalistas *excepción perentoria temporal o del juicio*, que no impide recurrir de nuevo a un proceso para obtener el pronunciamiento de fondo si entonces la legitimación en la causa está correctamente establecida y siempre que no se esté en presencia del fenómeno de la prescripción de la acción para lo cual podría tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887.

AL RESPECTO SE TIENE

Al folio 6 aparece copia de la partida de matrimonio, celebrado por José de Jesús Parra y María de Jesús Becerra, celebrado en la Parroquia de Santa Ana, arquidiócesis de Popayán, el 25 de junio de 1923.

En el hecho 4º de la demanda se afirma que con anterioridad a la fecha de la explosión, la señora Mariana Becerra vda. de Parra tenía de su propiedad la mencionada droguería; que era administrada por su marido legítimo, señor José Parra Uribe y por su hijo Dante Parra Becerra.

Al folio 2 vuelto del cuaderno principal se lee la certificación expedida por el Jefe de la Sección de Impuestos de la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali en que se dice: que revisados los libros de Industria y Comercio aparece inscrito un negocio a nombre de la señora *Mariana Becerra de Parra* que funcionó en la calle 25 número 2-30 de dicha ciudad, y amparado con la placa de Industria y Comercio número 10836, y que dicho negocio canceló los impuestos hasta el 30 de junio de 1956 y que en 3 de marzo de 1960 se le dio de baja "con deuda pendiente hasta el 31 de diciembre de 1959". Tal certificación lleva fecha 30 de julio de 1966.

Aparece también al folio 3 un certificado de la Compañía Suramericana de Seguros en que se dice que la citada señora Mariana Becerra de Parra tuvo vigente la Póliza de Incendio número 27903, por la cual aseguraba mercancías por la suma de cuarenta y cinco mil pesos (\$ 45.000.00) situadas en la calle 25 números 2-30/34, que tal póliza tuvo vigencia desde el 23 de septiembre de 1955 a 23 de marzo de 1956.

De conformidad con el numeral 4º del artículo 1781, del C. C., la droguería en mención por ser mueble, pertenecía a la sociedad conyugal formada entre los cónyuges *Parra-Becerra*, lo que significa que el día en que desapareció y aunque estuviera registrada a nombre de la cónyuge citada, era también de la sociedad conyugal, que quedó disuelta por la muerte del cónyuge Parra Uribe.

Ahora bien: en la petición 4ª de la demanda se pide que la Nación colombiana pague a la cónyuge sobreviviente, señora *Mariana Becerra vda. de Parra*,

"en su calidad de damnificada, las siguientes cantidades de dinero: a) La suma de cien mil pesos moneda corriente como perjuicios materiales, por daño emergente, por la destrucción total de las existencias de la droguería denominada 'Droguería J. P. Uribe', que funcionaba en Cali en el local señalado con los números dos-treinta y dos-treinta y cuatro de la calle veinticinco de Cali, droguería que fue totalmente destruida por la explosión; b) La suma correspondiente a los intereses a la rata legal del seis por ciento anual, liquidados sobre la antedicha suma de cien mil pesos moneda corriente, en el lapso comprendido entre el día de la explosión (7 de agosto de 1956) en que la droguería fue destruida, y el día en que la Nación verifique el pago de la indemnización, como lucro cesante por este concepto".

Según lo anterior, la señora Becerra vda. de Parra actúa como tercero, directamente perjudicada por la destrucción de la mencionada droguería, pero nada solicita para la sociedad conyugal disuelta que era la propietaria de la droguería según ha dejado establecido atrás. Es decir, que la demandante se presenta como un tercero obrando *per se* que busca indemnización por los perjuicios recibidos por la destrucción de la droguería.

Se recuerda a este particular que la sociedad conyugal disuelta e ilíquida por fallecimiento de uno de los cónyuges, entra en liquidación, convirtiéndose en cuanto a los bienes en una mera comunidad, y que es precisamente dentro del juicio de sucesión del cónyuge fallecido dentro del cual se procede en primer término a liquidar tal sociedad, delimitando así qué patrimonio corresponde al cónyuge muerto y cuál al superviviente e incorporando como elemento constitutivo del haber sucesoral del cónyuge muerto lo que por concepto de gananciales hubiere de corresponderle en la liquidación del haber social.

La jurisprudencia nacional ha sostenido reiteradamente que "la masa de bienes de una sociedad conyugal disuelta, pertenece a ésta, no exclusivamente a uno de los cónyuges, esto, antes y después de la vigencia de la Ley 28 de 1932, porque esa exclusividad no se realiza sino por el acto de la liquidación y adjudicación correspondientes. Igual fenómeno acontece con las sucesiones ilíquidas, en que ningún heredero puede considerarse como dueño exclusivo y único de un bien sucesoral". (G. J. Nos. 2171-2172, Pág. 501). La misma jurisprudencia ha dicho que "la sociedad conyugal, una vez disuelta, degenera en una comunidad a la cual representan, en caso de muerte de uno de los cónyuges o de ambos, el sobreviviente o los herederos del otro, o los herederos de ambos, según el caso" (G. J., Tomo XXIX, Pág. 57), y que "disuelta la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges (el marido era el caso), mientras la comunidad esté ilíquida, los representantes de ella son dos, los herederos universales del finado, si los hubiera, y la cónyuge sobreviviente. Por tanto, para ejercitar una acción indivisible que compete a dicha entidad, es preciso que obren todos de consuno, pues no podría promoverla uno solo, sin el concurso del otro y otros, mientras no se le hubiera adjudicado ese derecho". (G. J., Tomo 35, Pág. 322).

De manera pues, que con relación a los perjuicios materiales dependientes de la destrucción de la droguería referida, la demandante Becerra vda. de Parra se presenta como tercero demandando para sí la indemnización correspondiente, cuando en realidad de verdad ha debido pedir para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida.

Con relación al aparte distinguido con la letra C), de la petición cuarta de la demanda que dice relación a que se debe pagar por la Nación a la deman-

dante la suma de \$ 216.000.00 por concepto de perjuicios materiales ocasionados por la muerte del cónyuge José de Jesús Parra Uribe,

SE TIENE:

El señor Parra Uribe era el administrador de la droguería según lo acreditan varios testimonios allegados al proceso. La productividad del citado señor, resultado de la administración, se incorpora al lucro cesante de la droguería, o sea, que la productividad de ésta, comprendía también la productividad de su administrador, lo cual quiere decir que ese lucro cesante corresponde a la sociedad conyugal ilíquida y tiene ésta la acción pertinente. Lo anterior significa que con respecto a la petición que se estudia también se configura la excepción perentoria a que se ha aludido.

En el aparte distinguido con la letra ch) de la citada petición cuarta del libelo en que se estiman los perjuicios materiales sufridos por la demandante con motivo de la muerte de su hijo legítimo *Dante Parra Becerra*, que en la demanda se aprecian en \$ 500.00 mensuales a partir del día de la explosión en que murió dicho Parra Becerra, durante un lapso de 15 años, se pide se condene a la Nación a pagar la suma de \$ 90.000.00 en que se estiman los perjuicios materiales sufridos por la demandante por razón de la muerte de su hijo legítimo *Dante Parra Becerra* y que se aprecian en \$ 500.00 mensuales a partir del día de la explosión, en que murió dicho *Parra Becerra* y durante un lapso de quince (15) años se tiene: El citado *Dante Parra Becerra* nació el 20 de noviembre de 1941, según la partida de bautizo que obra al folio 8 del expediente, lo que vale decir que a la fecha de la explosión —7 de agosto de 1956— tenía 14 años y 8 y medio meses.

Con relación a los perjuicios económicos dependientes de la muerte del citado menor Parra Becerra, los peritos dicen que como tal menor se encontraba bajo la patria potestad de sus padres hasta los 21 años en que cumplía su mayor edad, han tenido en cuenta "la edad probable productiva de ayuda económica de éste a su señora madre, señora *Mariana Becerra de Parra...* y que es preciso calcular la vida probable durante la cual hubiera podido cumplir con la obligación natural de darle asistencia y apoyo económico a su señora madre, ya que en el caso como el que tratamos, si *Dante Parra Becerra* no hubiera muerto, aquélla hubiera obtenido de éste una asistencia económica adecuada de acuerdo con sus normas de vida, sociales y familiares:

A este particular el dictamen de los peritos no aparece fundado, y menos debidamente fundado, por lo cual debe ser rechazado. La razón de lo anterior, radica en que por la muerte del citado menor no se puede obtener una base seria y cierta de donde pueda desprenderse el perjuicio patrimonial que hubiera podido causarle a su progenitora, la demandante, con el insuceso, pues siendo la víctima un joven de corta edad, no estaba en capacidad de desenvolverse económicamente en forma tal que le permitiera reportar, dentro del juego de las actividades de la vida positiva, una utilidad apreciable de la cual hubiera podido aprovecharse su madre, si no se hubiera malogrado ese suministro económico y pecuniario, con motivo del deceso del citado menor. A este particular la jurisprudencia de la Corte Suprema, aludiendo a un tópico semejante al que ahora se cuestiona, ha dicho y esto lo ha ratificado el Consejo de Estado en distintos fallos:

"Todo esto está diciendo que los familiares de la víctima no tenían en ello sino expectativas para el futuro, el cual era por lo mismo incierto y ya

se sabe que sobre el futuro incierto o hipotético no puede fundamentarse jurídicamente ningún perjuicio económico o material que sea fuente de derecho en pro de los que se dicen perjudicados con el fallecimiento de la menor, ocurrido por obra de un hecho culposos ejecutado por vía indirecta, hecho sensible por el dolor que él entraña y por lo mismo digno de lamentar. Ahora bien: el perjuicio material siendo futuro pero con bases de certeza, puede indemnizarse a los interesados, titulares del derecho a percibirlo; pero el incierto o hipotético no produce acción ni derecho a reclamarlo, ya que sobre hipótesis nada puede crearse, ni mucho menos concretarse en fórmula alguna generadora de relaciones jurídicas que sean fuente de derechos, los cuales, como es sabido, suponen la existencia de hechos ciertos. Y esto, porque las condiciones físicas de una menor de temprana edad, generalmente no permiten deducir claramente una conclusión racional acerca del rendimiento económico que pueda aportar ese sujeto no sólo para sí sino para sus padres" (G. J. Nos. 2181-2182, Pág. 320).

De manera, pues, que las peticiones de la demanda, que dicen relación a la indemnización de perjuicios materiales dependientes de la muerte del citado menor *Dante Parra Becerra*, no están llamadas a prosperar.

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS

De acuerdo con el artículo 95 del Código Penal, la indemnización de perjuicios morales autorizada por el Legislador en la forma y términos previstos en la norma citada, solamente corresponde al ofendido o a sus herederos.

Está acreditado en autos el matrimonio contraído entre José de Jesús Parra y Mariana de Jesús Becerra, y el nacimiento de *Dante Parra Becerra*, hijo de tal matrimonio y la defunción "por heridas contusas en explosión" del citado *Parra Becerra*.

Si la causa de la indemnización reclamada por la madre del citado *Parra Becerra*, es el daño causado a aquélla, ello quiere decir que se trata de una causa refleja, como lo ha sostenido la jurisprudencia, "nacida exclusivamente de los vínculos de afecto, y si ello es así, es indudable que también a la reparación que se haga a favor del ofendido debe dársele valor suficiente a reparar también de modo reflejo el dolor experimentado..."

El artículo 95 del C. P. determina como máximo de indemnización por concepto de daño moral subjetivo, la suma de dos mil pesos (\$ 2.000.00) a esta indemnización tiene derecho la demandante dada su condición de cónyuge superviviente del señor *José de Jesús Parra Uribe* y madre de su menor hijo *Dante Parra Becerra*, o sea \$ 2.000.00 por cada uno de los citados señores, lo que da un total de \$ 4.000.00, lo cual se justifica ampliamente si se tienen en cuenta los vínculos familiares que unían a la demandante con los aludidos marido e hijo.

Con relación a la responsabilidad de la Nación apenas habrá que advertir que el Consejo de Estado en distintos fallos la ha declarado responsable por los daños producidos por la explosión de Cali el 7 de agosto de 1956, con fundamento no sólo en la Ley 179 de 1959 que reconoció implícitamente tal responsabilidad, sino también con base en la doctrina de la falla del servicio público, doctrina conocida ampliamente porque ha sido transcrita en distintos fallos, circunstancia esta que, en gracia de la brevedad, releva a la Sala de repetirla. Además, en autos está acreditada la relación de causalidad entre la explosión aludida y el daño moral causado a la demandante.

Como la explosión de que se viene hablando fue suceso público y notorio reconocido por la ley anteriormente citada, debe aceptarse como probado tal hecho, teniendo en cuenta además los testimonios recibidos en la diligencia de inspección ocular llevada a cabo el 16 de octubre de 1967, de los señores Egirardo Mafla Reina, Salvador Arturo Romero Atuesta, Eladio Belalcázar Saa, Laureano Quesada Roa, Miguel A. Toro Alonso y otros (Fl. 27 y s. cuaderno principal), como también los certificados de la Fundación Ciudad de Cali que aparecen agregados a los autos.

A mérito de las consideraciones que anteceden, el *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera*, en desacuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1º Declárase probada la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda determinada en la parte motiva de esta providencia, por lo que respecta a las peticiones contenidas en los literales a), b) y c) de la súplica cuarta de dicho libelo y, por consiguiente, inhibida la Sala para conocer del fondo de las mismas.

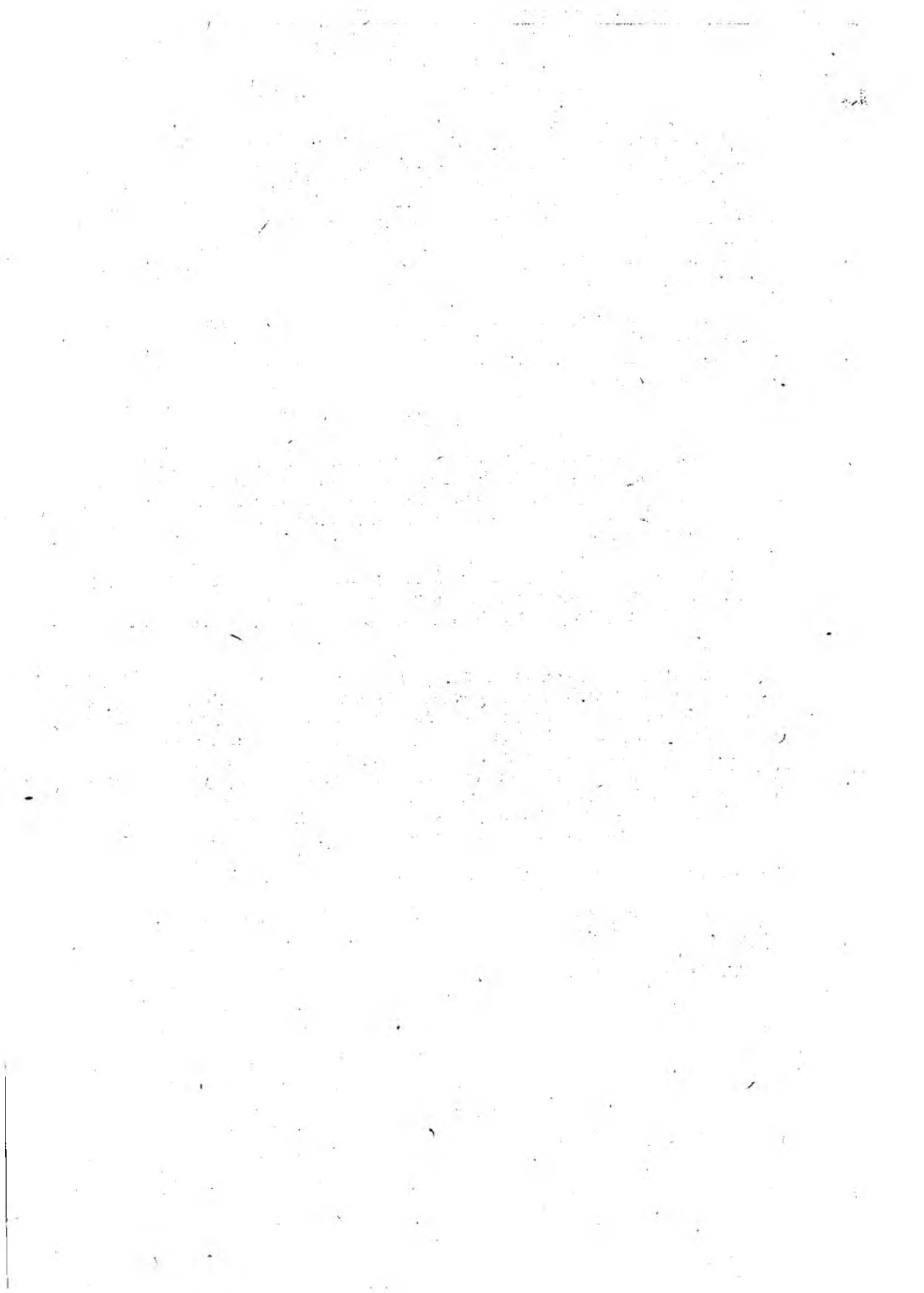
2º Absuélvase a la Nación de los cargos formulados en el aparte distinguido con la letra ch) de la misma petición cuarta de la demanda, o sea en cuanto se relaciona con los perjuicios materiales dependientes de la muerte del menor *Dante Parra Becerra*.

3º La Nación —República de Colombia— es responsable civilmente de los perjuicios morales subjetivos que le causó a la señora *Mariana Becerra vda. de Parra*, con ocasión de la muerte de los señores *José de Jesús Parra Uribe* y *Dante Parra Becerra*, cónyuge e hijo legítimo, respectivamente, de la mencionada señora, decesos ocurridos en Cali por causa de la explosión que tuvo lugar en dicha Ciudad el 7 de agosto de 1956, por culpa de la demandada. En consecuencia, condénase a la Nación a pagar a la señora *Mariana Becerra vda. de Parra*, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la cantidad de cuatro mil pesos (\$ 4.000.00) moneda legal, por concepto de los mentados perjuicios.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

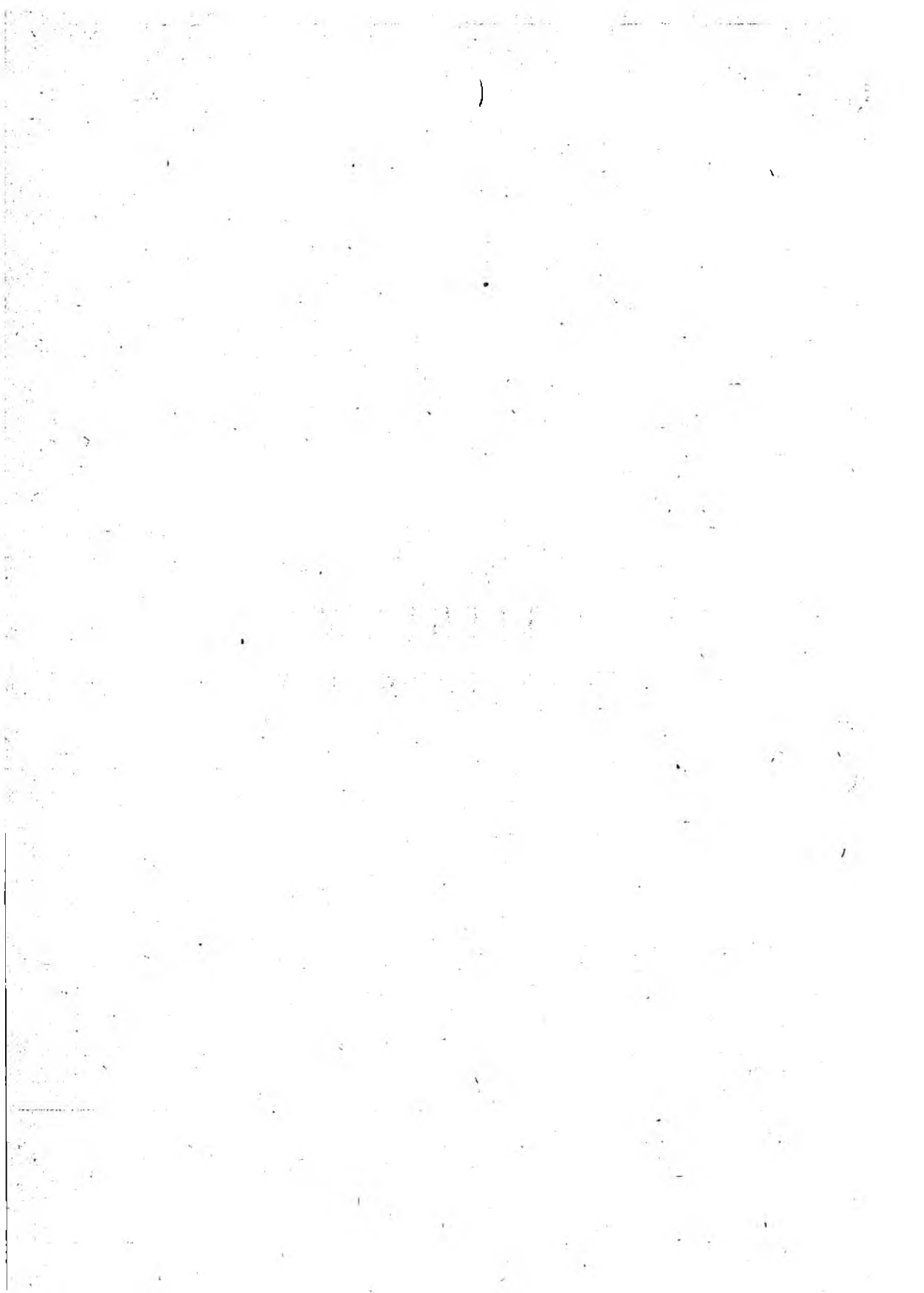
Gabriel Rojas Arbeláez, Jorge A. Velásquez D., Samuel de Sola Roncallo, Carlos Portocarrero Mutis.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.



TITULO V

REVISION DE RECONOCIMIENTOS



ACCION DE REVISION. — El artículo 164 del C. C. A. la ha establecido para que tanto el Consejo de Estado como el respectivo Tribunal Administrativo revisen solamente sus propias sentencias.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.
Bogotá, D. E., abril treinta (30) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero Ponente: *Doctor Belisario Arciniegas*).

El doctor Aníbal Pérez Sotomayor, en escrito presentado personalmente en la Secretaría de la Sala de lo Contencioso Administrativo el 22 de febrero de 1968, ocurre de hecho "a objeto de que se conceda la apelación que me fue denegada, oportuna y debidamente propuesta contra la sentencia de 27 de noviembre de 1967, dictada con motivo de la demanda de revisión de las Resoluciones números 001 de 6 de julio de 1964, y 1770 de 7 de octubre de 1965, proferidas por la Caja Departamental de Previsión Social de Bolívar, por medio de las cuales se impuso al Tesoro Público de dicho Departamento la obligación de cubrir mensualmente al doctor Augusto Tinoco Pérez, Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena la suma de tres mil ochocientos once pesos con trece centavos (\$ 3.811.13) M. C., por concepto de pensión mensual vitalicia de jubilación".

El Tribunal del conocimiento, en providencia de fecha 12 de diciembre de 1967, no accede a conceder la apelación que el doctor Pérez Sotomayor interpuso contra la citada sentencia.

Estima el Tribunal que como la acción que dio lugar a la sentencia recurrida, es la prevista por el artículo 164 de la Ley 167 de 1941, de conformidad con el numeral 5º del artículo 52 del C. C. A.; numeral 10, del artículo 34 del mismo Código y con doctrina del Consejo de Estado contenida en providencia de fecha 6 de junio de 1958, debe reconocer "que el negocio contra cuya sentencia se ha apelado, sólo tiene una instancia".

El Código Contencioso Administrativo no trae normas que regulen lo relativo al recurso de hecho y por ello hay que aplicar las que sobre esta materia consigna el Código de Procedimiento Civil, en razón de lo dispuesto por el artículo 282 de aquella obra.

Para que prospere el recurso de hecho es indispensable, según los términos del artículo 516 del Código de Procedimiento Civil, que la apelación sea procedente conforme a la ley, ya que en el presente caso, dicho recurso tiene por objeto que el Consejo de Estado, posteriormente, pueda conocer del juicio a que puso fin la sentencia recurrida.

La Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, en providencia de fecha agosto 27 de 1958 dijo sobre el recurso de revisión:

"El recurso de revisión consagrado en el artículo 165 del C. C. A., es un recurso extraordinario y constituye una excepción al principio de la cosa juzgada. Porque, precisamente su objeto es el de volver a ver lo que ya se había visto y decidir sobre asuntos en los cuales ya se había decidido, siempre y cuando ocurra alguna de las causales del artículo 165 del Código. Así, pues, el Consejo ha podido fallar sobre un negocio en determinado sentido, y al presentarle posteriormente una demanda de revisión, con hechos nuevos o documentos nuevos de los que trata el artículo 165 citado, debe resolver sobre el particular".

Sobre este punto expresa el doctor Tascón:

"La autoridad de la cosa juzgada consiste en que no haya ningún medio de derecho, bajo la forma de un recurso jurisdiccional directo o indirecto, para poner en discusión lo que se ha decidido: en que el juez no pueda por su propia iniciativa modificar o suprimir el juzgamiento que ha hecho, y en que toda otra autoridad está obligada a tener en cuenta el fallo y a conformar a él sus actos y decisiones, lo que implica especialmente para las autoridades administrativas la obligación de hacer los actos que comporten la ejecución de la sentencia, según lo expresa Roger Bonnard".

"Corolario de que las sentencias definitivas proferidas por el Consejo de Estado y los Tribunales Seccionales causan ejecutoria, es el de que no están sujetas a recursos distintos de los establecidos en este Código. Pero cabe observar que él no establece el recurso de revisión de las sentencias definitivas para rectificar los errores en los casos que enumera el artículo 542 del Código Judicial para las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema o de los Tribunales Superiores: apenas concede la revisión de las sentencias que reconocen el derecho a pensiones, sueldos de retiro, y otras gracias pagaderas del Tesoro Público, en los casos que, taxativamente, enumera el artículo 165, y la revisión de las sentencias recaídas en los juicios de cuentas, en los casos del artículo 186". (Derecho Administrativo, doctor Tascón).

De la copia de la demanda instaurada por el doctor Pérez Sotomayor ante el Tribunal Administrativo de Bolívar aparece que ejercita "la acción consagrada en los artículos 164 y concordantes de la Ley 167 de 1941" y que por ello pide "la revisión de las Resoluciones números 001 de 6 de julio de 1964 y 1770 de 7 de octubre de 1965, por medio de las cuales se impuso al Tesoro Público de Bolívar la obligación de cubrir mensualmente al doctor Tinoco Pérez la suma de dos mil quinientos cuarenta pesos (\$ 2.540.00) M/Cte. a partir del 16 de septiembre de 1957, hasta el día 10 de diciembre de 1963, y de esta última fecha en adelante a cubrir al mismo doctor Augusto Tinoco Pérez mensualmente la suma de tres mil ochocientos once pesos con trece centavos (\$ 3.811.13) por concepto de pensión vitalicia de jubilación señalando como causales de revisión las contenidas en el numeral 6º del artículo 165 del C. C. A.

Ya se ha visto que el recurso de revisión ante el Consejo de Estado o ante el respectivo Tribunal Administrativo, sólo tiene lugar cuando se trata de sentencias sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero, según los términos del artículo 164 del C. C. A., y tiene por objeto modificar o desconocer los efectos que entre las partes haya producido o pueda producir la respectiva sentencia de dichas entidades.

Por eso, teniendo en cuenta la naturaleza de este recurso, se comprende por qué el citado artículo 164 lo ha establecido para que tanto el Consejo de Estado como el respectivo Tribunal Administrativo revisen solamente sus propias sentencias.

Así pues, esa revisión, se lleva a cabo en única instancia, bien ante el Tribunal Administrativo o ya ante el Consejo de Estado, por lo cual esta Corporación no puede entrar a revisar en segunda instancia, sentencias de los Tribunales Administrativos en las cuales se han revisado sentencias de dichas entidades o se ha denegado el respectivo recurso de revisión.

A esa conclusión se llega también cuando el artículo 30 del Decreto 528 de 1964, en el numeral 4º dice que el Consejo de Estado conoce "de la acción de revisión consagrada en los artículos 164 y siguientes de la Ley 167 de 1941".

Esto significa que, la acción de revisión no quedó incluida en la disposición del numeral 2º del citado artículo, que le da competencia al Consejo de Estado para conocer "en segunda instancia, de todos los asuntos atribuidos en primera instancia a los Tribunales Administrativos".

Guarda armonía dicha disposición con el numeral 10 del artículo 34 del C. C. A. que atribuye al Consejo de Estado el conocimiento de manera privativa "de los recursos contencioso administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno (como lo define el artículo 57 de la Constitución, anota la Sala), de los Ministros de cualquiera autoridad, funcionario, persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta".

Conclúyese de lo expuesto, que en el presente caso no existe el requisito exigido por el artículo 516 del Código de Procedimiento Civil de que la apelación sea procedente, desde el momento que no siendo materia de que conozca el Tribunal Administrativo de Bolívar en primera instancia, el Consejo de Estado, no tiene facultad para conocer del recurso interpuesto, pues en ningún momento la tendría tampoco para entrar a decidir del juicio en segundo grado.

Por las anteriores razones, el Consejo de Estado, estima bien denegada la apelación interpuesta por el doctor Pérez Sotomayor contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 1967 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el juicio a que se ha hecho referencia.

Póngase en conocimiento del Tribunal esta decisión.

Cóplese, notifíquese y archívese.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sesión de fecha 25 de abril de 1968.

Belisario Arciniegas, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín.

Marco A. Martínez B., Secretario.

GENERALES. — El Decreto 188 de 1968 reajustó, para el porvenir y desde su vigencia, elevándolos, los sueldos de retiro a quienes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 126 de 1959 y por el Decreto 3220 de 1953, habían estado recibiendo su asignación de retiro en la equivalencia de los haberes correspondientes a un Brigadier General; pero, al mismo tiempo, aquella disposición del Decreto 188 establece que ella no da a los beneficiarios derecho a reclamar ninguna suma por concepto de la diferencia existente, en el pasado, entre las asignaciones recibidas hasta la fecha, como Brigadieres Generales, y las que en adelante les corresponde como Generales.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.
Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Andrés Holguín*).

Conoce el Consejo de Estado de dos juicios acumulados —según providencia del 17 de noviembre de 1966—, uno de ellos promovido por el General en retiro Domingo Espinel García, el otro instaurado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, ambos juicios tendientes a obtener la revisión de la sentencia dictada por el Consejo de Estado con fecha 2 de julio de 1964.

La parte resolutive del fallo cuya revisión se pide, dice:

"1º Declárase la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 7º de la Ley 126 de 1959 y 7º del Decreto 3220 de 1953 en cuanto, para los efectos de este juicio, hicieron equivalentes al grado de General obtenido antes de 1953, al de Brigadier General, por ser tal equivalencia incompatible con el artículo 30 de la Constitución.

"2º Son nulos el Acuerdo número 92 de 5 de marzo de 1963 y la Resolución número 2206 de 10 de mayo de 1963, dictados por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y por el Ministerio de Guerra, respectivamente, en cuanto negaron al General *Domingo Espinel García* el derecho a que su asignación de retiro sea liquidada en todo tiempo de acuerdo con el grado de General, establecido por la Ley 126 de 1959.

"3º El General *Domingo Espinel García* tiene derecho a que su sueldo de retiro se le liquide y pague sobre la remuneración que en todo tiempo corresponda a un General de la República, de los comprendidos en la citada Ley 126 de 1959, a partir del día 26 de octubre de 1959.

"4º Decláranse prescritos los créditos causados con anterioridad a la fecha citada en el punto anterior".

La demanda instaurada por el General (r) Espinel García, por medio de su apoderado doctor José A. Pedraza Picón, pretende la revisión del fallo de 1964 en cuanto se declaró prescrito un periodo de mesadas pensionales (de 1954 a 1959) en el grado de General y que, en consecuencia, se declare que el demandante tiene derecho a que su sueldo de retiro se liquide y pague sobre la remuneración que en todo tiempo corresponda a un General de la República, de los comprendidos en la Ley 126 de 1959, a partir del 26 de octubre de 1954, con cargo a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Por su parte, el libelo introducido por la Caja, por medio de su apoderado, doctor Carlos Osorio Silva, busca que se revise la misma sentencia del Consejo, dictada en 1964, en cuanto por ella se dispone que el General (r) Espinel García tiene derecho a que se le pague su sueldo de retiro en igualdad de condiciones a lo que actualmente devenga un General de la República, de los comprendidos en la Ley 126 de 1959, y desde el día 26 de octubre de 1959; que, en cambio, decretando la revisión, se declare que el General (r) Espinel García tiene derecho a que su sueldo de retiro se le continúe pagando por la Caja de Retiro —como lo venía haciendo esta entidad— sobre la asignación fijada al grado de Brigadier General, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 126 de 1959; que se declare igualmente que los pagos hechos por la Caja al citado Oficial, desde el día de su retiro, han sido correctos y ajustados a derecho; que, por tanto, la Caja de Retiro no está obligada a pagar diferencias de asignación de retiro entre los grados de Brigadier General y de General; y que, si la Caja hubiere hecho pagos, por ese concepto, en cumplimiento de la sentencia de 1964, correspondientes a la asignación de General, se ordene su reintegro por ser un pago indebido, toda vez que el artículo 7º de la Ley 126 siempre fue exequible, pues lo contrario implicaría que esa norma fue inconstitucional durante algún tiempo.

La demanda del General (r) Espinel García se fundó en que la sentencia de 1964, proferida por la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, decretó la prescripción de las mesadas pensionales anteriores al 26 de octubre de 1959, dando así aplicación al artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral. El demandante considera que esa disposición no era la aplicable a su caso y solicita que, al revisar la citada sentencia, se aplique la prescripción especial de ocho años, consagrada para las prestaciones sociales de los militares, según el Decreto 3220 de 1953 y disposiciones concordantes.

Por su parte, la demanda instaurada por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se fundó en que la mencionada sentencia de 1964 declaró la excepción de inconstitucionalidad de los artículos 7º de la Ley 126 de 1959 y 7º del Decreto 3220 de 1953 "en cuanto allí se dispone que el grado de General, obtenido antes de 1953 es equivalente al de Brigadier General, por ser ello incompatible con el artículo 30 de la Constitución"; se fundó en que el Consejo de Estado, en su fallo de 1964, decretó la nulidad del Acuerdo número 92 de 5 de marzo de 1963, proferido por la misma Caja, y de la Resolución número 2206 de 10 de mayo de 1963, emanada del Ministerio de Guerra, por cuanto en dichos actos se negó al General Espinel García el derecho a que su asignación de retiro le fuera liquidada y pagada de acuerdo con el grado de General establecido por la Ley 126 de 1959; se basó también en que, en dicho fallo, se dispuso que el General Espinel García tiene derecho a que se le pague su sueldo de retiro en igualdad de condiciones a lo que actualmente devenga un General de la República, de los comprendidos en la Ley 126 de 1959, y desde el 26 de octubre de tal año, declarando prescritos los créditos causados con anterioridad a esa fecha; y se fundó, especialmente, en que la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, declaró exequi-

ble el citado artículo 7º de la Ley 126 de 1959, de manera que el Consejo de Estado dejó erróneamente de aplicar una disposición exequible.

Sobre tales bases, la Caja ha formulado las peticiones atrás relacionadas.

La demanda del General (r) Espinel García, invocó como causal de revisión la 6ª, in fine, del artículo 165 del C. C. A., mientras que el libelo de la Caja de Retiro invocó como causales de revisión las señaladas por los numerales 2º, 3º y 6º de la misma disposición del C. C. A. Más adelante se analizarán los fundamentos de las causales de revisión invocadas por ambas partes.

En el litigio promovido por la Caja emitió concepto, con fecha 29 de noviembre de 1966, el señor Fiscal Tercero, doctor Carlos Arturo Acosta. Estimó la Fiscalía, acogiendo los puntos de vista de la Caja actora, que la sentencia del Consejo del 2 de julio de 1964, debe ser revisada —por cualquiera de las tres causales invocadas en la demanda— “con todas las consecuencias derivadas de la revisión y pedidas por el doctor Osorio Silva en su libelo” como apoderado de la citada Caja.

Por otra parte, en el juicio promovido por el doctor Pedraza Picón como apoderado del General (r) Espinel, emitió concepto el 11 de mayo de 1966 el mismo señor Fiscal Tercero, quien, apoyándose en un fallo dictado por el Consejo de Estado, solicitó que fuera negada la revisión pedida por el General Espinel García; en la doctrina citada por el Fiscal se alude precisamente al fallo sobre exequibilidad proferido por la Corte Suprema respecto del artículo 7º de la Ley 126.

Ha llegado la oportunidad de fallar, en una sola sentencia, los dos juicios acumulados, sobre la revisión del fallo proferido por esta Corporación el 2 de julio de 1964, y, no hallando causal de nulidad, la Sala procede a decidir, con base en las siguientes consideraciones:

I

LA ACCION INSTAURADA POR LA CAJA

a) Causales de revisión propuestas por la Caja

En su demanda, el apoderado de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, doctor Carlos Osorio Silva, observa, con razón, que el de revisión es un recurso extraordinario y constituye una excepción al principio de la cosa juzgada, siendo —como dijo el Consejo de Estado— “una puerta siempre abierta, tanto para el Estado como para los ciudadanos, si éstos y aquél se cifien a lo que sobre el particular ordena la Ley 167 de 1941”.

El apoderado de la Caja invoca, como causales de revisión del fallo de 2 de julio de 1964 del Consejo de Estado, como ya se ha dicho, la 2ª, la 3ª y la 6ª de las establecidas por el artículo 165 del C. C. A.

Al proponer la causal segunda, o sea “cuando la persona en cuyo favor se decretó, no reunía al tiempo de reconocimiento, la aptitud legal necesaria...”, observa que el Consejo de Estado, en el fallo cuya revisión se solicita, dejó de aplicar el artículo 7º de la Ley 126, y por lo mismo, asignó al General Espinel García un grado que no le corresponde, “al hacerlo equivalente a General de

tres soles del nuevo estatuto (Ley 126 de 1959), dándole así aptitud legal sobre un grado que no ostenta de acuerdo con las leyes militares". En casos similares al del demandante Espinel García, el Consejo de Estado ha observado, para desecharse esta causal segunda, que el reconocimiento primario, que fue el que se hizo al General retirado antes de 1953, no se ha discutido ni puesto en duda; mucho tiempo antes de ser expedida la Ley 126 de 1959, se hizo al demandante el reconocimiento respectivo, consistente en el derecho a recibir su sueldo de retiro con base en los haberes de un General; y es claro que, para esa época, el oficial Espinel García ostentaba el grado de General. Tenía, pues, la aptitud legal necesaria para que se le hiciera, como se le hizo, ese reconocimiento. Por tales razones, el Consejo ha llegado a la conclusión, en otros juicios, virtualmente idénticos al presente, de que no es procedente la citada causal.

La causal tercera, invocada también por la Caja demandante es procedente "cuando después de conferido o denegado (el reconocimiento) se recobren piezas decisivas con las cuales hubiere podido pronunciarse una decisión distinta". Tampoco esta causal ha prosperado, en los juicios promovidos por la Caja contra otros generales, esto es, en casos jurídicamente iguales al del General (r) Espinel García, porque es claro que la sentencia de la Corte Suprema, de 27 de noviembre de 1964, no es propiamente una pieza decisiva que se haya "recobrado". Esa expresión del artículo 165 del C. C. A. se refiere, sin duda, a pruebas que hayan sido encontradas o recobradas, es decir, piezas que existieron con anterioridad al fallo que se revisa y que, por uno u otro motivo, no pudieron ser allegadas al juicio. Cuando aparecen esas pruebas decisivas, que no se presentaron oportunamente al fallador, el recurso de revisión es viable. Ese no es, pues, el caso que aquí se contempla en relación con el fallo de la Sala Plena de la Corte Suprema.

El Consejo de Estado ha desestimado también la causal sexta, en otros juicios promovidos por la Caja, en casos similares al presente. Sin embargo, estudiando nuevamente la cuestión, la Sala piensa que esa causal resulta procedente. Dice el artículo 165 del C. C. A. que puede solicitarse la revisión "cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuida por disposición posterior al reconocimiento, o cuando la (disposición) que sirvió de fundamento a éste fue mal aplicada o interpretada". Esta parte final de la causal sexta, que se ha subrayado, es aplicable al caso de la sentencia del Consejo, dictada el 2 de julio de 1964, porque la Sala de Negocios Generales del Consejo no aplicó en el fallo que se pide revisar el artículo 7º de la Ley 126 de 1959, por considerarlo inconstitucional y la Corte Suprema, posteriormente, en sentencia del 27 de noviembre de 1964, declaró que es una disposición exequible. Además, al dejar de aplicar el citado artículo 7º, el Consejo aplicó, disposiciones que no eran las pertinentes, ya que habían sido sustituidas por la norma que la Corte declaró exequible. Hay, pues, razón suficiente para estimar que la acción intentada por la Caja queda comprendida dentro de la causal sexta—in fine— del artículo 165 del C. C. A., como que la Corte Suprema de Justicia tiene, por mandato del constituyente, la guarda de la Constitución y la facultad de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de las leyes y decretos de jerarquía legislativa (Art. 214); y, en efecto, después de la sentencia de la Corte, el Consejo de Estado, acatándola, aplicó la norma que aquella declaró exequible y en consecuencia falló denegando las peticiones de la demanda en juicios de plena jurisdicción virtualmente idénticos al promovido por el General Espinel García sobre el cual recayó la sentencia que ahora se pide revisar.

Lo dicho es suficiente para que prosperen las peticiones que en este juicio ha formulado la Caja en el sentido de revisar el fallo del 2 de julio de 1964,

declarando que se ajustaban a derecho los pagos hechos por la Caja de Retiro sobre la base del sueldo de un Brigadier General y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 126 de 1959.

Debe observarse que esos pagos fueron correctos, en la forma indicada, hasta el 1º de febrero de 1968. Se señala esta fecha, porque desde ella empezó a regir el Decreto 188 de 1968, dictado por el Gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias, cuyo artículo 5º, dice: "A partir de la vigencia del presente Decreto, y para efecto de prestaciones sociales, los grados de General y Teniente General, conferidos por el Gobierno, con anterioridad al año de 1953, corresponden al de General, previsto en la Ley 126 de 1959, siendo entendido que esta disposición no da a los beneficiados derecho a reclamar ninguna suma por concepto de la diferencia entre las asignaciones por ellos recibidas hasta la fecha y las que de ahora en adelante les corresponden".

Esta norma expresa claramente que un General, en el caso del demandante Espinel García, tiene derecho a que sus prestaciones sociales —por tanto su sueldo de retiro— se le liquide del primero de febrero en adelante, con base en los haberes de un General de la República (Ley 126 de 1959), pero que carece de derecho para reclamar suma alguna por la diferencia entre la asignación recibida hasta la fecha del decreto y la señalada en él para el porvenir.

Como ya se ha indicado, en opinión de la Sala, la acción revisoria intentada por la Caja, debe prosperar —por aplicación de la causal sexta, in fine, del artículo 165 del C. C. A.—, modificándose así lo dispuesto en el fallo del Consejo de Estado de 2 de julio de 1964; así el Consejo deberá declarar, en la parte resolutive de la presente sentencia, que los pagos hechos por la Caja al General (r) Espinel García liquidando su sueldo de retiro con base en los haberes de un Brigadier General, fueron correctos y ajustados a derecho, como la demanda de la Caja en su petición tercera solicita que se declare. Pero debe observarse que la efectividad práctica de esta declaración dependerá de los pagos que, en realidad, haya hecho la Caja al General (r) Espinel García desde la fecha de su retiro hasta el 1º de febrero de 1968.

b) Los reintegros solicitados por la Caja

La petición cuarta de la demanda formulada por la Caja, dice:

"4º Y por lo tanto, que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no está obligada a pagar diferencias de asignación de retiro, entre los grados de Brigadier General y de General de las Fuerzas Militares. En el evento de que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares haya pagado para la fecha de la presente revisión, sumas de dinero en acatamiento a la sentencia de 2 de julio de 1964, cuya revisión se solicita, se ordene su reintegro por considerarse como pago indebido, toda vez que el artículo 7º de la Ley 126 de 1959, siempre fue *exequible*. Lo contrario implicaría que la norma fue inconstitucional durante algún tiempo".

La primera parte de la súplica transcrita resulta enteramente inoficiosa, pues la Caja ha venido cubriendo al demandante su sueldo de retiro liquidado, con base en la asignación de un General y, además, ya la Caja pagó al actor Espinel García la diferencia del sueldo de retiro existente entre un Brigadier General y un General.

Considera la Sala, por otra parte, que el General (r) Espinel García no está obligado a reintegrar a la Caja la diferencia de asignación entre un Brigadier General y un General que se le hubiera pagado antes del 1º de febrero de 1968.

Es cierto que, a folio 35 del expediente que corresponde al libelo de la Caja, obra una certificación según la cual el demandante recibió la suma de \$ 28.952.05 "por concepto de las diferencias de asignación entre el grado de General y Brigadier General, en cumplimiento de la sentencia del honorable Consejo de Estado". Y es lo más probable que la Caja, en cumplimiento del fallo de 2 julio de 1964, haya seguido pagando al General Espinel García su sueldo de retiro como a un General de tres soles.

Sin embargo, esa cantidad no debe ser reintegrada por el General Espinel García, porque los pagos los hizo la Caja en cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado y, sobre todo, porque esas sumas fueron recibidas por él de buena fe y con apoyo en un fallo jurisdiccional. No se trata, pues, de un pago indebido. Sobre este punto hay abundante jurisprudencia del Consejo de Estado.

II

LA ACCION INSTAURADA POR EL GENERAL (r) ESPINEL GARCIA

a) Fundamento de la acción

Esta acción tiende a obtener que se revise el fallo del Consejo de Estado de 1964, en cuanto declaró prescrito "un periodo de mesadas pensionales en el grado de General" y que, como consecuencia, se reconozca el derecho del demandante a que su sueldo de retiro se le liquide y pague sobre la asignación que en todo tiempo corresponda a un General de la República, a partir del 26 de octubre de 1954.

La demanda respectiva fue instaurada el 17 de septiembre de 1964, es decir, antes de que la honorable Corte Suprema, en su fallo del 27 de noviembre del mismo año, declarara en Sala Plena que el artículo 7º de la Ley 126 de 1959 es exequible. De este modo, la acción estaba fundamentada —para pedir que se reconocieran al demandante las mesadas pensionales con el grado de General, desde el 26 de octubre de 1954— en que no se le aplicó el término de prescripción especial para los militares según el Decreto 3220 de 1953, que era de ocho años, sino el de tres establecido en el Código de Procedimiento Laboral.

Pero, declarada por la Corte la exequibilidad del artículo 7º de la Ley 126 de 1959, es esa la norma aplicable y si el General Espinel no tenía derecho a la diferencia de asignación que el fallo del 2 de julio de 1964 le reconoció erróneamente, como se ha visto, menos podrá tenerlo a que la prescripción de las mesadas se le cuente con mayor anterioridad. La recta interpretación de las normas vigentes a tiempo de expedirse la sentencia de 1964, obliga a la Sala a dar estricta aplicación al artículo 7º de la Ley 126 de 1959, con sus lógicas consecuencias.

Es innecesario, en casos como el de autos, estudiar si la prescripción aplicable a las mesadas pensionales es la de tres años del Código de Procedimiento Laboral, la de cuatro establecida en la Ley 126 de 1959 o la de ocho fijada por el Decreto 3220 de 1953; e igualmente innecesario estudiar si, por tener carácter

especial y ser más favorables, y posteriores al Código de Procedimiento Laboral, deben aplicarse las normas sobre prescripción del citado Decreto 3220 o las de la Ley 126 de 1959. Resulta innecesario todo ello porque de ninguna manera la acción instaurada por el General Espinel García puede prosperar, ya que si, por vía de hipótesis, se aceptara que la prescripción aplicable es la de cuatro o la de ocho años, y no la de tres, tampoco por ese lapso superior a los tres años (que fue la prescripción aplicada en el fallo de 1964) podría declarar la Sala que el demandante tiene derecho a su sueldo de retiro con base en la asignación de un General —que es lo que pide el libelo—, pues ello significaría, respecto del año o de los cinco años de exceso, volver a alegar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 7º de la Ley 126 de 1959 para no darle aplicación.

CONSIDERACIONES COMUNES A LAS DOS DEMANDAS ACUMULADAS

La disposición citada del Decreto extraordinario 188 de 1968 reajusta, para el porvenir y desde su vigencia (1º de febrero de 1968), elevándolos, los sueldos de retiro a quienes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 126 de 1959 y por el Decreto 3220 de 1953, habían estado recibiendo su asignación de retiro en la equivalencia de los haberes correspondientes a un Brigadier General; pero, al mismo tiempo, aquella disposición del Decreto 188 establece que ella no da a los beneficiarios derecho a reclamar ninguna suma por concepto de la diferencia existente, en el pasado, entre las asignaciones recibidas hasta la fecha, como Brigadieres Generales, y las que en adelante les corresponde, como Generales. Esta norma nueva reafirma, pues, respecto del tiempo anterior, lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 126 de 1959, que la Corte Suprema de Justicia declaró exequible en su sentencia del 27 de noviembre de 1964.

De esta manera, la norma nueva —artículo 5º, Decreto 188 de 1968—, que es, respecto del tiempo pasado, una reproducción de lo establecido por la disposición que la Corte Suprema declaró exequible, prohíbe al juzgador ordenar reconocimientos y pagos por las diferencias de asignaciones entre un Brigadier General y un General. En virtud de ese mandato, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares puede abstenerse de cubrir sumas que pudieran estar pendientes de pago en cumplimiento de la sentencia que se ha pedido revisar en este juicio.

Por otra parte, esa norma nueva da derecho al demandante para que, a partir del 1º de febrero de 1968, su asignación de retiro le sea cubierta por la Caja con base en los haberes de un General de la República; pero como ese derecho deriva de esa nueva disposición y no de la demanda aquí instaurada por el actor Espinel García, no es el caso de que el Consejo haga al respecto ninguna declaración en la parte resolutive de este fallo.

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

FALLA

1º Niéganse las súplicas contenidas en la demanda instaurada por el General (r) Domingo Espinel García.

2º Revisase la sentencia dictada por el Consejo de Estado, en el caso del General (r) Domingo Espinel García, el 2 de julio de 1964 y, de acuerdo con lo

solicitado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares en el presente negocio, declárase que los pagos que dicha Caja hubiere hecho al General (r) Espinel García, liquidando su sueldo de retiro con base en los haberes de un Brigadier General, fueron correctos y ajustados a derecho en el lapso comprendido entre la fecha de retiro del mencionado oficial y el 1º de febrero de 1968.

3º Niéganse las demás peticiones formuladas en el libelo presentado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

Se hace constar que este fallo fue aprobado por la Sala en su sesión del día 10 de mayo de 1968.

Publíquese, cópiese, notifíquese, cúmplase, archívense los expedientes tramitados en esta Corporación y devuélvase el expediente administrativo a la oficina de origen.

Belisario Arciniegas, Andrés Holguín, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Nemesto Camacho Rodríguez.

Marco A. Martínez Bernal, Secretario.

POLICIA NACIONAL. — Pensión de invalidez. — Artículo 11 de la Ley 72 de 1947. — El inciso del artículo 11 de la Ley 72 de 1947, relativo al desaparecimiento de la incapacidad cuando el individuo estuviere entre los cincuenta y los sesenta años de edad, para el efecto del derecho a seguir percibiendo un 50% de la pensión de que venía disfrutando quiere decir que la incapacidad total desaparezca en esa edad y no antes de llegar a ella, como aquí ha ocurrido. Se considera entonces que está nuevamente capacitado para alguna clase de trabajo y la pensión, reducida a la mitad, tiende sólo a compensar el deterioro físico producido por la edad. Por eso el inciso siguiente estatuye que si la incapacidad permanente y total desaparece cuando ya el sujeto ha cumplido sesenta años se le siga pagando la totalidad de la pensión. En este caso, son ya innecesarios los exámenes médicos periódicos para comprobar si la incapacidad permanente y total subsiste. La edad es bastante para determinarla según la voluntad de la ley. Los casos de invalidez relativa por enfermedad adquirida en el servicio, pero no de carácter profesional, tendrán que remitirse al artículo 3º de la Ley 74 de 1945 que les da derecho "a la indemnización que determina la ley". Y parece lógico que lo mismo ocurra con quienes pasaron de una incapacidad absoluta y permanente a una invalidez relativa aun cuando sea permanente.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.
Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez*).

Ref.: Exp. Nº 987. Pensiones y Recompensas. Actor: Justo Albañil Guerrero. Revisión de las Res. Nº 1776 de noviembre 26/48; Nº 46 de enero 17/51; 178 de febrero 22/54 de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional; auto de junio 20/51 de la misma Caja. Res. 26 de enero 28/48 del Ministerio de Gobierno. Sentencias del Consejo de Estado de julio 8/48; 25 de mayo de 1951; noviembre 3 o diciembre/53 y julio 18/48.

ANTECEDENTES

El señor Justo Albañil Guerrero, vecino de Bogotá, por medio de apoderado presentó ante la Sala de Negocios Generales del Consejo de Estado, demanda para obtener la revisión de las siguientes providencias:

"Resoluciones de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional distingu'as con los números 1776 de 26 de noviembre de 1947, 46 de 17 de enero de 1951, 178 de 22 de febrero de 1954 y auto de 20 de junio de 1951 de la misma Caja; Resolución número 26 de 28 de enero de 1948 del Ministerio de Gobierno; sentencias del Consejo de Estado de fechas 8 de julio

de 1948, 25 de mayo de 1951, 3 de noviembre o diciembre de 1953 y 18 de julio de 1957, providencias todas relacionadas con la pensión de invalidez de Justo Albañil Guerrero, a fin de que el Consejo de Estado, previos los trámites del juicio de revisión previsto en los artículos 164, 165 y siguientes del Código Contencioso Administrativo haga las siguientes declaraciones:

"Primera. Que Justo Albañil tiene derecho a continuar percibiendo de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, hoy del Tesoro Nacional, presupuesto de la Fuerza de Policía, la pensión por invalidez cuyo pago le fue suspendido por el Consejo de Estado en sentencia de 3 de noviembre o diciembre de 1953, y que dicha pensión debe serle pagada desde la fecha de tal suspensión en adelante, con las primas, bonificaciones, aumentos y reajustes correspondientes".

"Segunda. Subsidiariamente, que el Consejo de Estado declare que Justo Albañil Guerrero tiene derecho a seguir percibiendo del Tesoro Nacional, del Presupuesto de Policía, el cincuenta por ciento (50%) de la mencionada pensión de invalidez a partir del primero (1º) de octubre de 1963, fecha en que cumplió cincuenta años de edad".

Los hechos expuestos en la demanda pueden resumirse así:

Justo Albañil Guerrero, Agente de la Policía Nacional, solicitó a la respectiva Caja, pensión de invalidez, y le fue negada por ésta en Resolución 1776 de 26 de noviembre de 1947 y por el Ministerio de Gobierno, ante quien apeló, por Resolución 26 del 28 de enero de 1948. Pero el Consejo de Estado revocó aquellos actos administrativos y reconoció al demandante una pensión por invalidez a cargo de la Caja de Protección de la Policía, en sentencia del 8 de julio de 1948, aclarada el 21 de julio. El Consejo de Estado revisó el 25 de mayo de 1951 su fallo anterior, en el sentido de que la pensión de invalidez fuera equivalente a la totalidad del sueldo que devengara en todo tiempo un Agente de la Policía Nacional. Quedó, por entonces recibiendo \$ 180.00 mensuales.

Pero en virtud de sentencia del 3 de noviembre o diciembre de 1953, revisoria de las anteriores, el Consejo de Estado ordenó suspender el pago de la pensión de invalidez a Albañil Guerrero "por haber perdido la aptitud legal para continuar disfrutando de tal pensión en concepto del fallador". Por Resolución 178 del 22 de febrero de 1954 de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, se ordenó cumplir el fallo anterior. En sentencia del 18 de julio de 1957 el Consejo de Estado no accedió a revisar, la que ordenó suspender la pensión. Justo Albañil Guerrero cumplió la edad de 50 años el primero de octubre de 1963.

DISPOSICIONES VIOLADAS

Dice la demanda que fueron violados por los actos que pide revisar el ordinal 2º in fine del artículo 165 del C. C. A. y el artículo 11 de la Ley 72 de 1947 por mala interpretación; y el 281 del C. S. del T., por indebida aplicación, así como el artículo 30 de la C. N. "porque se desconoció el estado jurídico del reclamante en relación con su derecho a pensión por invalidez, que constituye un derecho adquirido amparado por el mencionado precepto constitucional".

En un capítulo denominado "Concepto de la Violación" explica la demanda que la sentencia de noviembre o diciembre de 1953 (en realidad está sentencia

lleva fecha 3 de noviembre, se anota) llegó a la conclusión de que Albañil Guerrero había perdido la aptitud legal para seguir percibiendo la pensión de invalidez y ordenó suspenderla con base en concepto de la Sanidad de la Policía, según el cual su estado físico había mejorado hasta quedar reducida su inhabilidad a un 20%. Y observa la demanda que cuando se pensiona por invalidez a un Agente de la Policía es porque su capacidad para toda ocupación remunerada ha disminuido en un ciento por ciento, de conformidad con la tabla de evaluación de incapacidades. Censura el criterio que informó la sentencia porque dice que según él, hasta una disminución del uno por ciento en la incapacidad total haría perder al pensionado la aptitud legal para seguir devengando la pensión. Y agrega:

“Contra un criterio de interpretación de tal naturaleza opone sus mandatos la ley positiva colombiana, así:

“Para los empleados particulares el artículo 281 del C. S. del T. establece que las pensiones por invalidez, que estén disfrutando, sólo pueden ser canceladas cuando se demuestre que el inválido ha recuperado más de la tercera parte de su primitiva capacidad de ganancia.

“Para los Agentes de la Policía Nacional, el inciso segundo del artículo 11 de la Ley 72 de 1947, establece que ‘en caso de comprobarse el *desaparecimiento de toda la incapacidad* de un pensionado que no haya cumplido cincuenta años de edad, la pensión será suspendida’.

“Por tanto, para suspender el pago de una pensión por invalidez de un Agente de la Policía Nacional no basta que la incapacidad absoluta se transforme en permanente parcial, sino que es esencial el *desaparecimiento de toda la incapacidad* del pensionado producida por la lesión o enfermedad que la causó.

“El contexto mismo de la disposición legal fija el alcance de la expresión ‘*desaparecimiento de la incapacidad del pensionado*’ al ordenar que en tal evento sea reincorporado al servicio si tiene menos de cincuenta años de edad, pues si se tratara sólo de una mejoría y no de una franca, definitiva y absoluta reposición con desaparecimiento total de toda la incapacidad, entonces el pensionado no podría, como es obvio, ser reincorporado al servicio, de conformidad con las exigencias de los reglamentos de Policía. En esta forma, la disposición no podría producir el efecto querido y ordenado, ni ninguno, y bien sabido es que las disposiciones legales hay que entenderlas, al aplicarlas, en el sentido que produzcan los efectos previstos por ellas, o al menos alguno”.

Trae luego a cuento la circunstancia de que cuando se trataba de resolver si se concedía o no la pensión de invalidez al demandante en vista de la enfermedad que le había aparecido, los médicos de la sanidad de la Policía consideraron que la incapacidad de Albañil Guerrero era permanente parcial, mientras que los médicos legistas dictaminaron que era absoluta y prevaleció, el concepto razonado de éstos para que el Consejo de Estado ordenara concederle la pensión de invalidez, que luego se dejó sólo en manos de los médicos de la Sanidad de la Policía el dictamen sobre el estado del demandante y “éstos no iban a variar su actitud primitiva en tal caso, por simple lógica, dados los antecedentes relatados. De esta suerte la desaparición de la incapacidad de Albañil Guerrero no quedó legalmente demostrada al ser proferido el fallo que lo privó del pago de su pres-

tación". Y añade la demanda que "la intervención oficiosa del Instituto de Medicina Legal era imperativa en virtud del principio general que establece que en derecho las cosas se deshacen como se hacen".

Como bases de la petición subsidiaria, expone la demanda:

"...la sustento así: de conformidad con el artículo once (11) de la Ley 72 de 1947 aun en el caso extremo de que la incapacidad del pensionado desaparezca definitivamente (no hay que olvidar que en el caso actual no desapareció totalmente) el pensionado queda con una expectativa hasta cuando cumpla la edad de cincuenta años. Cumplida tal edad, el pensionado completa los presupuestos legales para seguir percibiendo el cincuenta por ciento de la pensión por invalidez. Mi poderdante ha cumplido tal edad, luego tiene el derecho consagrado en la mencionada ley. Por eso la tan traída disposición que habla de *suspensión* de la pensión y no de pérdida del derecho a ella".

Como *causales de revisión*, dice la demanda: "Fundo esta revisión en las causales tercera (3ª) y sexta (6ª) parte in fine del artículo 165 de la Ley 167 de 1941".

Acompañó como pruebas la partida de bautismo del demandante, según la cual nació el 1º de octubre de 1913; unos dictámenes del Instituto de Medicina Legal fechados el 1º de agosto y el 15 de noviembre de 1947 que se refieren al informe dado el 19 de abril del mismo año sobre incapacidad absoluta de Albalillo Guerrero para cualquier trabajo remunerado por su estado psicopático.

Pidió se trajera el expediente de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional que contiene las providencias sobre las cuales versa la revisión y que se ordenara agregar los expedientes que contienen las sentencias del Consejo de Estado relacionadas con la pensión de invalidez, del demandante que son objeto de la demanda de revisión.

Sin concluir el trámite del negocio, en el cual se presentó a oponerse el Ministerio de Guerra por medio de su apoderado doctor Luis E. Cadavid, fue pasado por el señor Consejero sustanciador de la Sala de Negocios Generales a la Sección Segunda de la Sala Contencioso Administrativa el 17 de febrero de 1967 en cumplimiento del Acuerdo número 1 dictado ese mes por el Consejo sobre distribución por materias de los negocios en las Secciones de dicha Sala.

Como faltaba allegar la sentencia del 18 de julio de 1957 se instó a la señorita Bibliotecaria para continuar su búsqueda y llegó a este juicio en copia el 12 de mayo de 1967.

Con fecha 10 de junio del mismo año rindió su concepto de fondo el señor Fiscal Cuarto del Consejo, doctor Salazar Marulanda, al cual se referirá más adelante este fallo.

*Síntesis de los argumentos de la oposición formulada
por el apoderado del Ministerio*

En primer lugar hace notar que la causal 3ª del artículo 165 que invoca el demandante para la revisión se configura cuando se han recobrado con posterioridad al reconocimiento piezas decisivas con las cuales hubiera podido pro-

nunciarse una decisión distinta y en el expediente no aparece ninguna prueba de esa clase, pues con la demanda sólo presentó la partida de bautismo y unos escritos del Instituto de Medicina Legal de 1947 que a juicio del opositor no tienen ningún valor jurídico. En cuanto a la causal 6ª, in fine, "cuando la cuantía que sirvió de base al reconocimiento fue mal aplicada o interpretada", manifiesta que no ve claro este motivo de revisión.

De los hechos expuestos en el libelo sólo admite el de haber llegado el demandante a la edad de 50 años. Niega los demás para que se prueben, "porque de autos nada aparece que permita aceptar su veracidad.

(Debe observarse a este respecto que en la fecha del memorial del señor Apoderado del Ministerio no habían llegado aún al expediente los antecedentes administrativos ni las copias de los fallos sobre los cuales versa la revisión solicitada).

Recuerda el señor opositor doctrinas del Consejo de Estado según las cuales el recurso de revisión de una sentencia no puede tener cabida sino una sola vez; y sobre la necesidad de fundar sobre las causales del artículo 165 "en forma inequívoca el motivo o motivos congruentes y adecuados que tenga el actor para demandar la revisión de la sentencia respectiva".

Sobre la pretendida violación de las disposiciones citadas en la demanda nada puede anticipar, dado el desconocimiento de las sentencias que son objeto del recurso.

Sobre la violación del artículo 30 de la Carta, copia apartes de jurisprudencia de la Corte sobre lo que ha de entenderse por derecho adquirido.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo hace un resumen de los hechos expuestos en la demanda y anota que como consecuencia de los exámenes semestrales ordenados para los individuos pensionados por invalidez, por el artículo 11 de la Ley 72 de 1947, los médicos del Departamento de Sanidad sugirieron que se tramitara la suspensión de la pensión de Albañil Guerrero y que solicitada la revisión de la sentencia anterior, falló el Consejo de Estado el 3 de noviembre de 1953 ordenando la suspensión del pago de la pensión de invalidez de que venía gozando, en vista de la disminución de la invalidez.

Y agrega el señor Fiscal:

"El demandante solicitó la revisión de la sentencia citada anteriormente, la cual se negó por providencia de fecha julio 18 de 1957 por no existir mérito alguno de comprobación de que el señor Albañil G. seguía incapacitado".

"La pérdida de la aptitud legal del pensionado señor Justo Albañil Guerrero de continuar disfrutando de la pensión que se le había reconocido, según el dictamen rendido por el Departamento de Sanidad de la Policía Nacional las condiciones físicas del pensionado habían mejorado hasta reducirse a un 20% la inhabilidad que motivó el otorgamiento de la pensión de invalidez".

"Además, es ante la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional que el señor Albañil Guerrero debe dirigirse para obtener una de las prestaciones de que trata el artículo 11 de la Ley 72 de 1947, desde luego si tiene el tiempo de servicio que se requiere para gozar de dicha prestación".

"Estas consideraciones llevan a este Ministerio a conceptuar que las peticiones hechas por el doctor Díaz son improcedentes".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver sobre la demanda debe, ante todo, advertirse que lo único que puede ser objeto de la revisión impetrada son las *sentencias* proferidas por el Consejo de Estado, como lo establece el artículo 164 del C. C. A. Según aparece del contexto de la demanda, ella se concreta a la que ordenó suspender la pensión de invalidez que por sentencia anterior se ordenó pagar al demandante y a la que no accedió a revisarla.

Ahora se intenta una revisión de la anterior, o sea la de 1957, en la que se agrega a lo alegado antes el hecho nuevo de que Albañil Guerrero cumplió cincuenta años. Por eso, en cuanto a la petición subsidiaria, no viene siendo revisión de revisión y puede estudiarse en el fondo.

Antecedentes comprobados en los documentos traídos al juicio

Al examinar el expediente administrativo número 385 de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional traído a los autos sólo se encuentran los siguientes hechos:

Por resolución del Director de la Policía Nacional de fecha 27 de septiembre de 1947 se concedió licencia hasta por seis meses desde el 1º de octubre por enfermedad al Agente Justo Albañil Guerrero, de conformidad con el artículo 16, ordinal c) del Decreto 981 de 1946, quedando trasladado a la Sección de Personal Enfermo.

Por Resolución del 14 de octubre se le reconocieron \$ 100.00 mensuales a cargo de la Caja por auxilio de enfermedad "previa comprobación de que subsiste la incapacidad que motivó la licencia". Se dice en ella que "Albañil Guerrero fue dado de alta como Agente el 4 de diciembre de 1939 y que para la fecha del informe tiene un tiempo total de servicio de 6 años, 9 meses y 26 días y que la Caja General manifiesta que actualmente devenga un sueldo de cien pesos (\$ 100.00)". Se cita el artículo 16, ordinal c) del Decreto 981 de 1946 sobre el auxilio de enfermedad.

Por Resolución posterior se rectificó un error aritmético. El sueldo es de \$ 120.00 para el efecto del auxilio de enfermedad.

La Resolución 1776 del 26 de noviembre de 1947, emanada de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, negó la solicitud que por medio de apoderado presentó Justo Albañil Guerrero para que se le reconociera y pagara pensión mensual de invalidez. Tal solicitud había sido formulada en memorial del 27 de mayo de 1947. Allí se dice que el solicitante había sido dado de baja "por incapacidad física" el 1º de mayo de 1947 y que devengaba \$ 120.00 mensuales. Se transcribe un informe del Instituto de Medicina Legal fechado el 1º de agosto de 1947 donde se dice que insiste en lo que dijo el 19 de abril: "No es posible

esperar que un individuo mal alimentado, y sin tratamiento médico, pueda mejorar del estado psicopático que está sufriendo hace como diez meses. Se le dio de baja en abril último por estar entonces en incapacidad absoluta de servir cualquier trabajo remunerado, incapacidad que hoy también es absoluta y será permanente por los motivos que hemos expresado". Dice luego la Resolución que "el Departamento de Sanidad, Jefatura 9-47, informa: 'La incapacidad actual no es absoluta y definitiva para todo trabajo remunerado'. Cita luego el artículo 16, ordinal a) del Decreto 981 de 1946 sobre derecho, mientras dure la incapacidad, a una pensión mensual de invalidez, para "los que adquieran en el servicio una invalidez absoluta y permanente o se incapaciten para toda ocupación u oficio". Pero teniendo en cuenta el informe de la Sanidad de la Policía, según el cual la incapacidad del peticionario "no es absoluta y definitiva para todo trabajo remunerado" se resuelve la solicitud negativamente.

La Resolución número 26, expedida por el Ministro de Gobierno el 28 de enero de 1948 resolvió la apelación interpuesta contra la anterior, confirmando-la, porque según el artículo 30 del varias veces citado Decreto 981 de 1946 la prueba para el caso es el dictamen juramentado de dos médicos del Departamento de Sanidad de la Policía. Y en caso de discrepancia entre éstos el asunto será resuelto por los médicos de la Oficina Central de Medicina Legal. Por lo demás, considera innecesario el dictamen de dicha Oficina porque los médicos de la Policía estuvieron de acuerdo.

Las anteriores providencias administrativas fueron apeladas por el señor Albañil Guerrero para ante el Consejo de Estado. La sentencia del 8 de julio de 1948 fue favorable a las pretensiones del recurrente porque se consideró que debía prevalecer el concepto emitido por los letrados y que quedó copiado arriba. Se tuvo en cuenta también que aparecía probado el ingreso de Albañil Guerrero a la Policía en buenas condiciones de salud, de lo cual resultaba que la inhabilidad había sido adquirida en el servicio. Consideró el Consejo pertinente aplicar el artículo 2º de la Ley 74 de 1945, que dice: "El Oficial, Suboficial o Agente que sea retirado por invalidez absoluta y permanente, adquirida en el servicio, cualquiera que sea el tiempo de éste, tendrá derecho a una pensión vitalicia igual al setenta y cinco por ciento del último sueldo devengado". Teniendo en cuenta el último sueldo ordenó la sentencia pagarle una pensión de \$ 90.00 mensuales, a partir del 1º de mayo de 1947.

Por aclaración de la sentencia, hecha el 21 de julio, quedó resuelto que la pensión sería por todo el sueldo devengado o sea por \$ 120.00.

Por Resolución número 46 del 12 de septiembre de 1950, proferida por el Gerente de la Caja, se declaró inhibido para reconocer un reajuste de pensión, solicitado por Albañil Guerrero el 12 de septiembre con fundamento en el artículo 14 de la Ley 72 de 1947, por considerar que sólo al Consejo de Estado compete revisar su propia sentencia.

Por sentencia del 25 de mayo de 1951, el Consejo de Estado dispuso reajustar la pensión de Albañil Guerrero teniendo en cuenta que por Decreto 3036 de 1949 habían sido aumentadas las asignaciones para el personal de la Policía Nacional, y que por el artículo 10 de la Ley 72 de 1947 ordenó liquidar y pagar las pensiones reconocidas al personal uniformado de la Policía Nacional de acuerdo con las oscilaciones o aumentos de los sueldos que se hayan hecho o se hagan al personal en servicio para los respectivos cargos. Así se dispuso que el demandante gozaría a partir del 15 de octubre de 1949 de la totalidad del sueldo que devengue en todo tiempo un Agente de la Policía Nacional.

A folios 22 a 24 del expediente administrativo aparece un extenso informe procedente de la Oficina de Medicina del Trabajo del Departamento de Sanidad de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional fechado el 23 de octubre de 1952. En él se dice que el señor Justo Albañil Guerrero había estado bajo el control de su Departamento de Neuro-Psiquiatría durante mes y medio y se había realizado un completísimo estudio "sobre su personalidad y estado actual". Llega a la conclusión de que tiene antecedentes claros de personalidad psicopática. Que "los ataques que describe pueden corresponder a Histeria o a Epilepsia, clínicamente parecen más histéricos que otra cosa, pero el psicodiagnóstico de Roschach confirma Epilepsia. Se puede considerar el caso, por consiguiente, como una *epilepsia psicomotora* injertada en personalidad Psicopática, sin demencia. El pronóstico es incurable dado lo crónico de los trastornos. La incapacidad laboral es de carácter parcial y permanente y para valorarla se puede tener en cuenta la frecuencia de los ataques que es uno por mes aproximadamente".

Entra luego a examinar el caso, según dice, a la luz de la Medicina del Trabajo y expresa: "Se deduce del examen... realizado por nuestro Departamento de Neuropsiquiatría que la frecuencia de los ataques presentados por el pensionado Justo Albañil G. es de uno por mes. Su gravedad es moderada, siendo las crisis limitadas a grupos musculares en número pequeño... Es norma aceptada por todos los tratadistas de Medicina Laboral que en la Epilepsia no Esencial cuando estas crisis son generalizadas su tasa de incapacidad es la misma que para la crisis de Epilepsia Esencial. No obstante tales incapacidades se valoran exclusivamente de acuerdo con la frecuencia de los accesos (desde una vez por mes, una vez por semana, tres veces por semana) y teniendo en cuenta que si a éstas se acompaña de manifestaciones leves, medianas o graves". Agrega que para la Epilepsia Jacksoniana "se tienen en cuenta los grupos musculares que se encuentren interesados en cada crisis, a saber limitados a grupos pequeños, grupos extendidos y finalmente crisis generalizadas. En igualdad de circunstancias, la frecuencia de tales crisis atrás discriminada entra en juego igualmente para la valoración de la incapacidad definitiva". Luego dice el informe: "En concordancia con lo anterior este Despacho conceptúa que el pensionado Justo Albañil G. ha recobrado *más de un tercio de su capacidad laboral*". Y agrega: "De acuerdo con la frecuencia e intensidad de las crisis que por la epilepsia psicomotora padece el señor de la referencia, el mismo presenta una incapacidad correspondiente a un 20% (crisis ocupando grupos extendidos y cuya frecuencia sea de 10 a 12 por año; 10 a 20% de incapacidad. Gautrelet. París, 1952)".

Y termina el informe aconsejando tramitar la suspensión de la pensión de que goza Justo Albañil G., y que "logrado ello, se pase a indemnizar al mismo con el equivalente a su incapacidad laboral, vale decir *cinco meses* (5) de salario (C. S. del T.)".

A folio 25 aparece la constancia de que los doctores Servio Tulio Acuña y Hernando Ruiz Correal, autores del dictamen, juramentados por el Director de la Policía, manifestaron ratificarse en lo dicho.

Con base en la anterior prueba la Caja de Protección Social de la Policía Nacional acudió al Consejo de Estado en demanda de revisión de sus anteriores sentencias que reconocieron y reajustaron el monto de la pensión de invalidez al Agente Albañil Guerrero, solicitando se declarara que "no tiene derecho alguno a devengar, en lo sucesivo, la pensión de invalidez de que ha venido disfrutando por haber cesado la incapacidad permanente total para el trabajo que

padeciera y que fuera motivo de la prestación, y haberse colocado por lo tanto, en situación de ineptitud legal para el goce de dicha pensión". Y que, "En consecuencia, la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, no está obligada en lo futuro a pago alguno por estos conceptos". Se agregaba otra petición en el sentido de que "El señor Albañil Guerrero debe ser indemnizado, en cambio, por una suma equivalente al valor de cinco meses de salario en razón de la incapacidad permanente parcial de que adolece, de acuerdo con el concepto anteriormente transcrito".

Consta en el expediente que el señor Justo Albañil Guerrero fue notificado personalmente de la demanda el 20 de febrero de 1953.

En la sentencia, que lleva fecha 3 de noviembre de 1953, el Consejo halló configurada la causal segunda de revisión contemplada en el artículo 165 del C. C. A., por cuanto se demostró que había perdido la aptitud legal para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Hace notar que el dictamen que ha servido de prueba a la Caja no fue desvirtuado en el juicio y constituye plena prueba del hecho. Por eso deben prosperar las peticiones primera y segunda de la demanda. En cuanto a la tercera petición, dice el fallo que "es inaceptable aplicar en el presente caso normas que regulan las prestaciones de empleados y obreros *particulares*, con desconocimiento de las de carácter especial que rigen para los miembros de la Policía Nacional, tales como las contenidas en la Ley 72 de 1947, una de las cuales, la del artículo 11 del propio estatuto, dispone: ... 'En caso de comprobarse el desaparecimiento de la incapacidad de un pensionado que no haya cumplido cincuenta años de edad, la pensión será suspendida y el beneficiario será reincorporado inmediatamente al servicio en su antiguo cargo o en otro para el cual sea apto, teniendo en cuenta su idoneidad y buena conducta'. 'Si la incapacidad desaparece y el individuo estuviere entre los cincuenta y los sesenta años de edad, tendrá derecho a seguir percibiendo de la Caja el cincuenta por ciento de la pensión que venía disfrutando'. Si la incapacidad desaparece teniendo el beneficiario sesenta (60) o más años, continuará percibiendo el valor total de su pensión de invalidez'."

Dice luego la sentencia que "A cualesquiera de las normas anteriores podría acogerse el señor Justo Albañil Guerrero, en el supuesto de tener derecho a ello, pero en ningún caso y por ningún motivo puede reconocerse una prestación que ni está consagrada por estatuto alguno aplicable a los miembros de la Policía Nacional, Institución a la cual perteneció aquél, ni ha sido impetrada por aquél en cuyo favor ha sido establecida. Debe, pues, negarse la súplica tercera de la demanda, sin que esto implique el menor desconocimiento del derecho que pueda tener Albañil Guerrero, conforme a las normas legales pertinentes".

Por los motivos expresados el Consejo revisó su propio fallo de fecha 25 de mayo de 1951 "para disponer como en efecto dispone, que a partir de la ejecutoria de esta providencia se suspenda el pago de la pensión de invalidez reconocida al señor Justo Albañil Guerrero, por haber perdido la aptitud legal para continuar disfrutando de esa prestación".

En obediencia de la anterior sentencia, por Resolución 178 del 22 de febrero, proferida por el Gerente de la Caja, se ordenó suspender a partir del 28 de enero de 1954, fecha de la ejecutoria de aquélla, la pensión de invalidez de que estaba disfrutando el señor Albañil Guerrero y pagar las anteriores mesadas que se le estuvieran debiendo.

Por la copia de la sentencia del Consejo de Estado fechada el 18 de julio de 1957 se sabe que el señor Justo Albañil Guerrero, por medio de apoderado, demandó ante él la revisión de la sentencia anteriormente relacionada, invocando las causales 3ª y 6ª del artículo 165 del C. C. A. "a efecto de que se le restablezca en el uso y goce de la prestación, por considerar que aún conserva su incapacidad laboral total".

Para resolver sobre lo pedido, se observa en la motivación de este nuevo fallo que el aspecto jurídico que contempló el Consejo en la sentencia que se pedía revisar "no ha cambiado en forma alguna, pues no se han aportado probanzas decisivas con las cuales hubiera podido pronunciarse una decisión distinta. Por lo mismo no se puede afirmar que las disposiciones en que se apoyó la providencia anterior hubieran sido mal aplicadas o interpretadas, lo cual significa que no se cumplen las exigencias previstas en las causales 3ª y 6ª del artículo 165 de la Ley 167 de 1941, en que el apoderado del interesado apoya su demanda de revisión".

Y agrega la sentencia: "En cuanto hace a la segunda petición, que se ordene el restablecimiento en el servicio activo, la Sala no desconoce el derecho que pueda tener... de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 72 de 1947, artículo 11 que establece que 'en caso de comprobarse el desaparecimiento de la incapacidad de un pensionado *que no haya cumplido cincuenta (50) años de edad*, la pensión deberá ser suspendida y el beneficiario será reincorporado inmediatamente al servicio en su antiguo cargo o en otro para el cual sea apto, teniendo en cuenta su idoneidad y buena conducta'. 'Y si la incapacidad desaparece y el individuo estuviere entre los *cincuenta (50) y los sesenta (60) años de edad*, tendrá derecho a seguir percibiendo de la Caja el cincuenta por ciento (50%) de la pensión que venía disfrutando' etc. "pero resulta francamente imposible aplicar cualquiera de las disposiciones transcritas desconociendo por completo la edad del señor Albañil Guerrero, prueba que no se allegó al expediente". Y concluye el razonamiento así: "Debe pues, negarse la petición susodicha, reconociendo que el demandante pueda gestionar ante la Policía Nacional la aplicación de algunos de los incisos del artículo 11 de la Ley 72 de 1947". En consecuencia, el fallo "Niega la revisión impetrada".

Como puede observarse por lo que resulta de los documentos que se han tenido a la vista en el presente juicio, desde la sentencia del 3 de noviembre de 1953 se hizo notar que el beneficiario de la pensión no había desvirtuado la prueba que entonces se tuvo en cuenta para decretar la suspensión de ella, y que fue el propio Consejo el que indicó al señor Albañil Guerrero las normas atinentes a su caso para que recabara lo que tuviera por conveniente, entre las alternativas que le ofrecía el artículo 11 de la Ley 72 de 1947, de la Dirección o de la Caja de la Policía Nacional, ya que, como es obvio, el restablecimiento en el empleo era de la competencia exclusiva de aquella y las prestaciones pecuniarias deberían ser consideradas primero por ésta. No aparece en parte alguna del informativo que hubiera solicitado de la Dirección de la Policía el reintegro al cuerpo en los diez años transcurridos desde la fecha de la sentencia que le suspendió la pensión por haber recuperado parte de su aptitud para trabajar hasta octubre de 1963, cuando cumplió los cincuenta años de edad. Por el contenido de la sentencia del 18 de julio de 1957 quedó claro que pidió nuevamente al Consejo la restitución en el goce de la pensión de invalidez sin cuidarse de aportar prueba alguna de que su estado de invalidez total para cualquier trabajo lucrativo persistía o había reaparecido o de que había pasado de los cincuenta años, como lo entendió también el Consejo, por la vaguedad de los plan-

teamientos. Tampoco demostró entonces que en la sentencia que pidió revisar se hubieran interpretado mal las disposiciones sobre las cuales se basó, pues resulta evidente, según el ordenamiento citado por el juzgador en tal oportunidad, que ante la prueba de la recuperación parcial de la capacidad de trabajo procedía suspender la pensión quedando el interesado con la facultad de impetrar de la autoridad competente lo que considerara su derecho según las otras hipótesis que aparecen en el artículo 11 de la Ley 72 de 1947.

En la demanda de revisión que considera ahora la Sala invoca las causales 3ª y 6ª, in fine del artículo 165.

Es claro que no se configura aquí la causal tercera. Ninguna prueba se ha recobrado o presentado para desvirtuar los fundamentos de la sentencia del Consejo que en 1953 ordenó suspender el pago de la pensión de invalidez que se le había decretado al demandante. Los dictámenes del Instituto de Medicina Legal fechados en 1947 fueron los que tuvo en cuenta el Consejo para decretar la pensión. Pero como ellos mismos lo dan a entender, la situación de un enfermo como el señor Albañil Guerrero puede variar y es susceptible de mejoría con adecuado tratamiento; por eso la misma ley ordena los exámenes periódicos para constatar el estado de incapacidad para el trabajo del pensionado. Tampoco en 1957, cuando solicitó al Consejo la revisión de la sentencia de 1953, aportó prueba alguna. Y en la sentencia de ese año se le volvieron a indicar los medios que podía emplear, acudiendo directamente a las competentes autoridades administrativas, y como es obvio, hubiera podido accionar, en plena jurisdicción, contra las decisiones que ellas tomaran, si no le parecían ajustadas a derecho.

La otra causal que invoca es la sexta, porque las sentencias de 1953 y 1957 aplicaron o interpretaron mal las disposiciones en que se fundaron. En esas sentencias se interpretó a cabalidad el artículo 11 de la Ley 72 de 1947 para aplicarlo a las circunstancias de hecho que el juzgador tuvo a la vista.

En efecto, la Ley 72 de 1947 modificó algunas disposiciones de la 74 de 1945 "por la cual se reglamenta el retiro de los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, se señalan prestaciones sociales a los mismos y a los empleados civiles y obreros de esa institución". Respecto de los *agentes*, sigue siendo dicha Ley 74 de 1945 la que da normas para su retiro y sus prestaciones sociales. En el artículo 1º de ésta se estableció que ellos deberían ser retirados al cumplir cincuenta años de edad. Y en el artículo 2º se estatuyó la asignación de retiro para quienes completaran más de 15 años de servicios en la Institución. A dicho artículo corresponde el parágrafo que estableció la pensión de invalidez en estos términos: "*El oficial, suboficial, o AGENTE que sea retirado del servicio por invalidez absoluta y permanente adquirida en el servicio, cualquiera que sea el tiempo de éste, tendrá derecho a una pensión vitalicia igual al 75% por ciento del último sueldo devengado*".

También quedó previsto el caso de la invalidez relativa por el artículo 3º de la Ley 74 de 1945, así: "*Los oficiales, suboficiales y agentes que sean afectados de invalidez relativa, adquirida en el servicio, tendrán derecho a la indemnización que determina la ley*".

Por medio del Decreto 981 de 1946 se reglamentó la Ley 74 de 1945 y se dijo lo siguiente sobre prestaciones sociales comunes a los afiliados a la Caja, que siguen siendo las otorgadas a los *Agentes de la Policía Nacional*: "Artículo 16...".

"a) Los que adquieran en el servicio una invalidez absoluta y permanente o se incapaciten para toda ocupación u oficio, cualquiera que sea el tiempo de servicio, tendrán derecho *mientras dure la incapacidad*, a una pensión mensual de invalidez que se liquidará así: Para el personal de oficiales, suboficiales, *agentes*, detectives y dactiloscopistas, la pensión será equivalente al 75% del último sueldo mensual devengado"... "Las pensiones se causarán desde la fecha de la última baja, si la incapacidad existe en esa fecha, o desde la fecha en que estando incapacitado, formule la respectiva reclamación, esto sin perjuicio a las disposiciones sobre prescripción". "Las pensiones se suspenderán a partir del día en que los médicos dictaminen sobre la desaparición de la invalidez o incapacidad, o si se llegare a comprobar que el pensionado devenga sueldo o salario alguno. Los pensionados que hayan servido cinco o más años que acrediten igualmente ser mayores de sesenta años y no disfrutar de otros medios de subsistencia continuarán gozando de la pensión". "Los pensionados están obligados a someterse cada seis meses al respectivo examen médico para acreditar la subsistencia de la invalidez o incapacidad y poder continuar disfrutando de la pensión".

"c) Los que contraigan una enfermedad no profesional, en el desempeño de sus funciones, que los imposibilite o incapacite temporalmente para trabajar, tendrán derecho a un auxilio por enfermedad, hasta por el término de seis meses, equivalente al total de sueldo que les corresponda en el cargo que desempeñan. El auxilio se causará a partir de la fecha en que comiencen a disfrutar de la respectiva licencia por enfermedad, y se pagará por mensualidades vencidas, previa comprobación de que subsiste la imposibilidad o incapacidad".

Respecto a la cuantía de la pensión de invalidez, la Ley 108 de 1946 que modificó algunos artículos de la Ley 74 de 1945, dispuso en su artículo 1º que "*el personal uniformado y los detectives y dactiloscopistas afiliados a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional que sean retirados por invalidez absoluta y permanente, adquirida en el servicio, cualquiera que sea el tiempo de éste, tendrán derecho a una pensión vitalicia igual al último sueldo devengado*". Esta norma explica que el Consejo hubiera aclarado la sentencia de julio de 1948 que había ordenado pagarle a Albañil Guerrero pensión del 75% del sueldo, diciendo que debía ser del 100%.

El artículo 8º de la Ley 108 de 1945 dispuso: "Los pensionados de la Policía Nacional por incapacidad absoluta y permanente quedarán exentos de presentar certificados médicos para el cobro de pensiones".

Sobre los antecedentes legales mencionados, véase lo que dispuso el artículo 11 de la Ley 72 de 1947, que resulta más fácil de interpretar y aplicar al caso concreto conociendo las disposiciones que él modificó y aclaró:

"Artículo 11:

"Derógase el artículo 8º de la Ley 108 de 1946 y, en consecuencia, la Caja podrá ordenar exámenes semestrales para comprobar por medio de certificado de médico oficial si subsiste o no la incapacidad que motivó la pensión por invalidez".

"En caso de comprobarse el desaparecimiento de la incapacidad de un pensionado que no haya cumplido 50 años de edad la pensión será suspen-

dida y el beneficiario será reincorporado inmediatamente al servicio en su antiguo cargo o en otro para el cual sea apto, teniendo en cuenta su idoneidad y buena conducta”.

“Si la incapacidad desaparece y el individuo estuviere entre los 50 y los 60 años de edad, tendrá derecho a seguir percibiendo de la Caja el 50% de la pensión de que venía disfrutando”.

“Si la incapacidad desaparece teniendo el beneficiario 60 años o más, continuará percibiendo el valor total de su pensión de invalidez”.

Por otra parte el artículo 10° de la misma ley consagró la oscilación de las pensiones con relación a lo devengado por el personal en actividad y el artículo 4º estableció para las prestaciones un término de prescripción de cuatro años “contados desde la fecha en que se cause el derecho”.

Cuando se profirió la sentencia del Consejo de Estado que ordenó suspender el pago de la pensión por invalidez al señor Albañil Guerrero, o sea el 3 de noviembre de 1953, éste acababa de cumplir 40 años de edad, según se sabe ahora por la presentación que ha hecho de su partida de bautismo en este juicio, ya que nació el 1º de octubre de 1913. Pero lo que alegó luego para obtener la revisión de esa sentencia fue que continuaba incapacitado total y absolutamente sin allegar ninguna prueba, no obstante habersele dicho en la sentencia de 1953 las alternativas que le quedaban según el artículo 11 de la Ley 72 de 1947. A la sazón ellas no podrían ser otras, de conformidad con dicho artículo, —armonizado con las disposiciones anteriores que quedaron vigentes sobre la materia—, que éstas: a) agravamiento con relación al último dictamen médico, de la enfermedad contraída en el servicio y que había originado el reconocimiento de la pensión de invalidez, de manera que recuperara el derecho a ella. Esto se deduce del tenor del artículo 3º de la Ley 74 de 1945 y del ordinal a) del artículo 16 del Decreto reglamentario 981 de 1946; b) Derecho a ser empleado en la Policía Nacional en el puesto que tenía o en otro de su categoría para el cual fuera apto. Esto, naturalmente, no era del resorte de la Caja sino de la Dirección del Cuerpo de Policía. La solicitud de reincorporación habría colocado a ésta en la alternativa de acceder a ella, si Albañil Guerrero conservaba un 80% de su aptitud para trabajar, o de reconocer que continuaba tan incapacitado para ello qué debería volver o concedérsele la pensión, para lo cual tenía competencia la Caja y la misma Dirección de la Policía según las normas al respecto, sin necesidad de revisar la sentencia del Consejo dictada en 1953.

Todavía en 1957, cuando se dictó la sentencia que por clarísimas razones no accedió a revsar la de 1953, estaba en aptitud jurídica el señor Albañil Guerrero para recabar su reintegro al servicio o el restablecimiento de la pensión, máxime si podía comprobar, además, que no gozaba de sueldo o retribución alguna por su incapacidad para toda clase de ocupaciones, caso este último previsto también en el artículo 16 del Decreto 981 de 1946 y que es de lógica elemental, ya que si la Caja puede suspender la pensión de invalidez al comprobarse que el beneficiario gana con su trabajo algún sueldo o salario, el sujeto a quien se le ha suspendido la pensión también tendría la facultad de pedir se le restablezca en ella, comprobando que no devenga ni puede devengar salario alguno, porque sigue siendo incapaz.

El inciso del artículo 11 relativo al desaparecimiento de la incapacidad cuando el individuo estuviere entre los cincuenta y los sesenta años de edad para

el efecto del derecho a seguir percibiendo un 50% de la pensión de que venía disfrutando quiere decir que la incapacidad total desaparezca en esa edad y no antes de llegar a ella, como aquí ha ocurrido. Se considera entonces que está nuevamente capacitado para alguna clase de trabajo y la pensión, reducida a la mitad, tiende sólo a compensar el deterioro físico producido por la edad. Por eso el inciso siguiente estatuye que si la incapacidad permanente y total desaparece cuando ya el sujeto ha cumplido sesenta años se le siga pagando la totalidad de la pensión. En este caso, son ya innecesarios los exámenes médicos periódicos para comprobar si la incapacidad permanente y total subsiste. La edad es bastante para determinarla según la voluntad de la ley.

Los casos de invalidez relativa por enfermedad adquirida en el servicio, pero no de carácter profesional, tendrán que remitirse al artículo 3º de la Ley 74 de 1945 que les da derecho "a la indemnización que determina la ley".

Y parece lógico que lo mismo ocurra con quienes pasaron de una incapacidad absoluta y permanente a una invalidez relativa, aun cuando sea permanente.

En el C. S. del T., al tratar del auxilio de invalidez por consecuencia de enfermedad no profesional o de lesión distinta de accidente de trabajo, se dice en el artículo 278: ... "b) En caso de invalidez permanente total, tendrá derecho a una pensión mensual de invalidez... hasta por treinta (30) meses y mientras la invalidez subsista".

"c) En caso de gran invalidez, el trabajador tendrá derecho a una pensión mensual de invalidez equivalente a la de jubilación o vejez, durante treinta (30) meses".

"2: Si el trabajador tuviere más de cincuenta y cinco (55) años de edad o los cumpliera durante la invalidez y tuviere más de quince (15) años de servicios continuos o discontinuos en la misma empresa, la pensión de invalidez se convertirá en pensión de jubilación o vejez".

Y el artículo 281 del mismo Código que la demanda dice haber sido indebidamente aplicado en unas sentencias en que para nada se le menciona, serviría más bien para reafirmar la tesis de que la recuperación de una parte importante de su capacidad para trabajar hace perder al pensionado su derecho a la pensión, porque él dice:

"2. Sin embargo, puede cancelarse la pensión en cualquier tiempo en que se demuestre que el inválido ha recuperado más de la tercera parte de su primitiva capacidad de ganancia".

Las indemnizaciones previstas en la Ley 74 de 1945 y su Decreto reglamentario 981 de 1946 que parece ser todavía la norma especial para los Agentes de la Policía Nacional, se refieren a enfermedades profesionales y accidentes de trabajo. Dice el artículo 16 del citado Decreto en su letra b):

"Los que sufran accidentes de trabajo o contraigan enfermedades profesionales causarán las siguientes prestaciones: ... 'La invalidez relativa o la incapacidad permanente parcial será indemnizada de acuerdo con las tablas de valuación de incapacidades que promulgue el Gobierno. La

invalidez o incapacidad permanente total será atendida con la pensión de invalidez contemplada en el ordinal a) del presente artículo."

De lo dicho en este artículo se deduce también que no hay término medio. O la incapacidad es permanente y total y da derecho al disfrute de la pensión, o es permanente y parcial, como parece ser la que le quedó subsistente al Albañil Guerrero según el dictamen no contradicho de los médicos de la Policía en 1953, y como puede deducirse del anterior dictamen del Instituto de Medicina Legal, y entonces, si se tratara de enfermedad profesional, daría lugar a la indemnización que correspondiera.

Según lo razonado, la revisión de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en 1953 y en 1957 tampoco es procedente con base en la causal 6ª, in fine, del artículo 165 del C. C. A., porque si fue bien aplicado el artículo 11 de la Ley 74 de 1945 en las circunstancias de hecho y de derecho contempladas en los correspondientes juicios. Y la pretendida violación de la causal 2ª del artículo 165 que la demanda atribuye a esas sentencias por la circunstancia de haber cumplido el demandante 50 años de edad con posterioridad a ellas es insostenible. Las disposiciones mismas de la Ley 74 de 1945, de su Decreto reglamentario 981 de 1946 y en la Ley 72 de 1947 le dan competencia a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional para atender y resolver las peticiones que le formulen quienes se consideren acreedores a prestaciones que están a cargo de esa institución. El hecho de haber llegado el señor Albañil Guerrero a los 50 años, del cual pretende derivar el derecho a que se le vuelva a pagar la pensión de invalidez porque dice hallarse en las mismas o semejantes condiciones de incapacidad para trabajar que se le reconocieron en 1947 es cuestión ajena a las sentencias cuya revisión solicita ahora. Es hecho nuevo conforme al cual podría acudir a esa entidad quedándole el recurso de demandar en plena jurisdicción los actos administrativos que recayeran sobre su solicitud, pues sólo las sentencias de lo Contencioso Administrativo son revisables por esta jurisdicción de conformidad con el artículo 164 del C. C. A. y según lo ordenado por el artículo 6º del Decreto 1722 de 1956, todo negocio contencioso administrativo sobre prestaciones sociales deberá ser tramitado y fallado por los tribunales administrativos mediante juicio ordinario, en acción de plena jurisdicción.

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

FALLA

No se accede a las peticiones de la demanda.

Este fallo fue discutido y aprobado por la Sala en su sesión verificada el 14 de junio del año en curso.

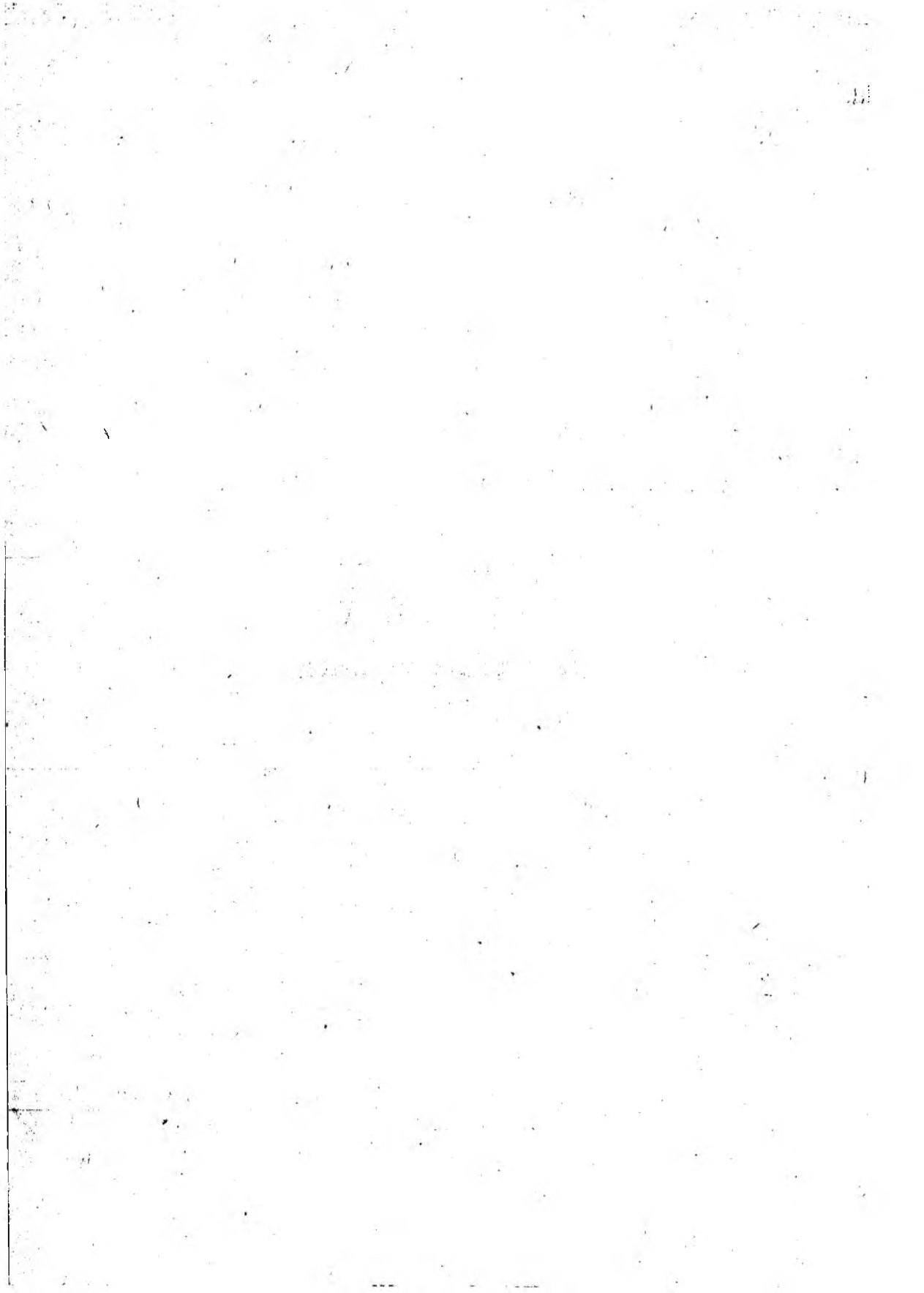
Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Devuélvase el administrativo a la oficina de origen.

Belisario Arciniegas, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín.

Marco A. Martínez B., Secretario.

TITULO VI

REVISION DE IMPUESTOS



COMPETENCIA. — Para conocer de actos de la Corporación Autónoma Regional del Cauca. Impuesto de Valorización. — La C. V. C. es un establecimiento público descentralizado, ya que con tal carácter fue creado por el Decreto 3110 de 1954 y reorganizado mediante el Decreto-ley 1707 de 1960. Es, por consiguiente, una entidad nacional y sus actos administrativos, por lo mismo, tienen carácter nacional. Es decir que la norma del literal g) del numeral 2º del artículo 32 del Decreto 528 de 1964, es aplicable a las controversias que se susciten sobre la materia a que ella se refiere. El artículo 48 del Decreto-ley 1707 no estableció en materia de competencia un fuero especial para definir los conflictos que surjan con motivo de los actos de la C. V. C., ya que la misma disposición, expresa que contra ellos hay recurso ante el Consejo de Estado, pero “de acuerdo con las normas generales señaladas en la Ley 167 de 1941”, y, obviamente, de conformidad con aquellas que la modifiquen o reformen, como es el artículo 32 del Decreto-ley 528 ya citado.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.
Bogotá D. E., febrero cinco (5) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero Ponente: *Doctor Belisario Arciniegas*).

El doctor César Castro Perdomo, obrando como apoderado de la Sociedad Comercial “Marco Trujillo & Cía.”, domiciliada en Cali, en demanda presentada el 7 de octubre de 1966, solicitó la revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de valorización, a cargo de dicha Compañía, efectuada por la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.), causada por las obras de desecación, defensa y recuperación de las tierras de “Agua Blanca”, de Cali, contenida en el Acuerdo número 24 de 1965 (mayo 11 del Consejo Directivo de la citada Corporación).

El Consejero doctor Domínguez Molina, a quien correspondió en reparto el negocio, en auto de fecha 18 de noviembre de 1966 no admitió la demanda porque consideró que el Consejo de Estado es incompetente para conocer de ella pues de acuerdo con el artículo 32 del Decreto ley 528 de 1964 corresponde a los Tribunales Administrativos conocer en única instancia, “de las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales departamentales y municipales cuando la cuantía principal del juicio sea inferior a \$ 10.000.00 (ordinal 1º literal e); y, en primera instancia, de esas mismas controversias cuando la cuantía sea o exceda de \$ 10.000.00 (ordinal 2º, literal g)”.

Contra esta determinación del Consejero Sustanciador, interpuso el doctor Castro Perdomo el recurso de súplica para ante la Sala de Decisión, compuesta entonces por los honorables Consejeros doctores Guillermo González Charry, Enrique Acero Pimentel y Juan Benavides Patrón.

El honorable Consejero doctor Holguín, en providencia de fecha 31 de octubre de 1967 expresó lo siguiente: "al estudiar el presente negocio se observa, por una parte, que no ha sido radicado en la Sección Segunda, a la cual corresponde según el citado Acuerdo número 1 de 1967; por otra, que no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el auto de 7 de febrero de 1967 como lo indica el informe Secretarial; y, además, que ha sido presentado el recurso de súplica ante los Consejeros restantes de la Sala competente (Sección Segunda actualmente), de la cual no hace parte hoy el honorable Consejero que dictó el auto recurrido. En tales circunstancias, teniendo en cuenta que el suscrito Consejero actúa como sustanciador, sustituyendo así a los honorables Consejeros Domínguez y Benavides Patrón, debe disponerse que el negocio pase al honorable Consejero que sigue en turno, doctor Belisario Arciniegas para continuar el trámite del recurso de súplica".

Efectivamente, reintegrada la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Acuerdo número 1 de 1967, se procede a resolver el recurso de súplica, ya tramitado, mediante las siguientes consideraciones: estima el recurrente que de conformidad con el artículo 48 del Decreto extraordinario número 1707 de 1960 (julio 18), el Consejo de Estado es competente para conocer de este negocio, ya que dicha disposición dice: "Contra los actos de la Corporación (la C.V.C., se anota) cabe el recurso ante el Consejo de Estado de acuerdo con las normas generales señaladas en la Ley 167 de 1941". Que como entre las leyes que adicionan y reforman la citada ley "está comprendida la regla especial de competencia que para los actos originales de la Corporación Autónoma Regional del Cauca (C.V.C.) de Cali señaló el artículo 48 y el Decreto extraordinario número 1707 de 1960 es claro que quedó reafirmada la competencia atribuida al Consejo de Estado.

La Sala de Decisión estima a su vez, que entre las normas que adicionan y reforman la Ley 167 de 1941 está el Decreto ley 528 de 1964, que en su artículo 32 numeral 2º, literal g) estableció la primera instancia ante los Tribunales Administrativos en las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales y municipales, cuando la cuantía sea o exceda de \$ 10.000.00.

La C.V.C. es un establecimiento público descentralizado, ya que con tal carácter fue creado por el Decreto 3110 de 1954 y reorganizado mediante el Decreto ley 1707 de 1960. Es, por consiguiente, una entidad nacional y sus actos administrativos, por lo mismo, tienen carácter nacional. Es decir, que la norma del literal g) del numeral 2º del artículo 32 del Decreto 528 es aplicable a las controversias que se susciten sobre la materia a que ella se refiere.

El artículo 48 del Decreto ley 1707 no estableció en materia de competencia un fuero especial para definir los conflictos que surjan con motivo de los actos de la C.V.C., ya que la misma disposición, expresa que contra ellos hay recurso ante el Consejo de Estado, pero "de acuerdo con las normas generales señaladas en la Ley 167 de 1941", y, obviamente, de conformidad con aquellas que la modifiquen o reformen, como es el artículo 32 del Decreto ley 528 ya citado.

Las razones anteriores convencen a la Sala de Decisión de que el auto suplicado tiene fundamento legal, y por ello lo confirma.

Cóplese, notifíquese y vuelva el expediente al señor Consejero sustanciador.

Belisario Arciniegas, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Nemesio Camacho Rodríguez.

Marco A. Martínez B., Secretario.

PRESUPUESTOS PROCESALES. Demanda en forma. Pueden definirse los presupuestos procesales como los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal; sin ellos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso. Por lo que hace al presupuesto procesal de demanda en forma, se refiere al hecho de que el libelo no reúna los requisitos exigidos por las disposiciones de los Códigos de Procedimiento, ya Civil, ya Administrativo, según la clase de juicio. Si la demanda no llena tales requisitos y el juez no ordena su corrección, entonces, en el momento de fallar, debe declararse inhibido para dictar sentencia de mérito. En este caso, las pretensiones del actor son desestimadas por motivos meramente procesales, no por improcedencia sustancial, sino por inconducencia formal.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá D. E., mayo diez de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Hernando Gómez Mejía*).

El doctor Jaime Serrano Rueda, obrando como Procurador Judicial de la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltda., solicitó del Tribunal Administrativo de Santander que, previo los trámites previstos en el Capítulo XV de la Ley 167 de 1941, se hagan las siguientes declaratorias:

1ª Que la liquidación número 008290 de 12 de septiembre de 1961, por medio de la cual se gravó a la Cooperativa Santandereana de Transportes Ltda., por concepto de impuesto de renta, complementarios, recargos y sanciones, con la cantidad de \$ 12.073.18, es violatoria de las normas legales pertinentes y por lo tanto debe ser anulada.

2ª Que habiendo pagado la Cooperativa citada la cantidad de \$ 21.341.47, por concepto de impuestos e intereses con base en la mencionada liquidación, tiene derecho a que se le devuelva esta cantidad.

HISTORIA DE LOS HECHOS

La Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga liquidó a cargo de la indicada cooperativa, por concepto de impuesto de la renta por el año gravable de 1960, la cantidad de \$ 12.073.18; la cooperativa canceló el impuesto liquidado más sus intereses, según comprobante adjunto; contra la liquidación, el doctor Arturo Niño Jaimes recurrió por la vía extraordinaria, recurso que fue fallado por la Resolución número 36 de 18 de febrero de 1964, originaria de la Sección de Recursos Tributarios; el apoderado recurrió en apelación para ante la División de Impuestos Nacionales, la cual confirmó la providencia apelada, mediante Resolución número 00531 de marzo 24 de 1965, notificada el 19 de abril del mismo año.

DISPOSICION VIOLADA Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala como disposición violada el artículo 2º de la Ley 128 de 1936, que exige de pagar el impuesto de renta y complementarios a las cooperativas del país, razón por la cual la entidad demandante no estaba en la obligación de cubrir el impuesto que se le liquidó.

Finalizó la primera instancia con sentencia de 18 de enero de 1967, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander declaró probada la excepción de carencia de acción. Contra esta providencia interpuso la parte interesada recurso de apelación. Durante el trámite ritual de la segunda instancia, rindió su vista el señor Fiscal Primero del Consejo de Estado; procede la Sala a decidir del mérito del recurso por ser el momento pertinente para ello.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Presupuestos procesales

Lo primero que debe examinarse al entrar a decidir sobre el mérito de la demanda, es si se han reunido los presupuestos procesales indispensables para la constitución regular de la acción, porque si tal no sucediere, el juzgador debe declararse inhibido para fallar el problema de fondo; este examen oficioso de los presupuestos procesales se deriva del carácter público que tiene el procedimiento que lo obliga a estudiar, antes que todo, si aquél se ha seguido en la forma prevista por la ley.

Pueden definirse los presupuestos procesales como los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal; sin ellos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso.

Los presupuestos procesales en todos los juicios son los siguientes:

1º Demanda en forma; 2º Competencia del juez; 3º Capacidad para ser parte, y 4º Capacidad para obrar procesalmente (agere o legitimatio ad processum).

Por lo que hace al presupuesto procesal de demanda en forma, que es el que interesa para el caso, de autos, se refiere al hecho de que el libelo no reúna los requisitos exigidos por las disposiciones de los Códigos de Procedimiento, ya Civil, ya Administrativo; según la clase de juicio. Si la demanda no llena tales requisitos y el juez no ordena su corrección, entonces, en el momento de fallar, debe declararse inhibido para dictar sentencia de mérito. En este caso, las pretensiones del actor son desestimadas por motivos meramente procesales, no por improcedencia sustancial, sino por inconducencia formal. En este presupuesto está comprendida también, entre otras irregularidades, la que consiste en que la demanda se adelante por una vía procesal inadecuada, es decir, que no es la señalada por la ley según la clase de juicio de que se trate, como si un proceso que debe seguirse por la vía ordinaria, se sigue por la especial, o al contrario, uno que debe adelantarse por la vía especial se tramite por la ordinaria.

En tales casos no existe propiamente la denominada ineptitud sustantiva de la demanda, o petición de modo indebido, como se le denominaba antiguamente sino, como ya se anotó, un impedimento procesal.

Refiriéndose a los presupuestos procesales dijo el Consejo de Estado en auto publicado en el Tomo LVII números 367-371, página 656: "El artículo 84 del C. C. A. señala los presupuestos procesales o requisitos legales que deben observarse en toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa. El examen de una demanda conduce inexorablemente a examinar los presupuestos procesales. Estos son de tanta trascendencia, que mientras no sean satisfechos no se origina la relación procesal, y si al admitirse la demanda se pasan por alto, la consecuencia es tan funesta que el resultado de la litis es el de que el juzgador no pueda entrar a resolver en el fondo el asunto por no estar cumplidos tales presupuestos procesales, como resulta de la doctrina del artículo 494 del C. P. C. (Sic)".

En el caso que se estudia, se contempla precisamente la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, ya que la acción se instauró por una vía procesal inadecuada. En efecto: el actor encaminó su acción por los trámites del Capítulo XV del C. C. A. que señala el procedimiento ordinario, en vez de orientarla por los del Capítulo XXIII que indica el procedimiento a seguir en los juicios sobre impuestos, como es el que aquí se ha instaurado; como es sabido, bajo la denominación de procedimiento ordinario se comprende el trámite en los juicios para los cuales no se señala en el Código una actuación especial, como se previene para el contencioso electoral, para el de pensiones y recompensas, el de impuestos, etc.

Por esta razón, precisamente, el señor Fiscal Primero del Consejo propuso que se declarara la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, concepto que comparte íntegramente la Sala menos en cuanto a la definición de la excepción, porque, ya se vio que lo que debe decretarse es providencia inhibitoria. Dice al respecto el señor Fiscal:

"En primer lugar observa la Fiscalía que el demandante ha ejercido la acción de nulidad que contempla el Capítulo XV del Código Contencioso Administrativo que trata del procedimiento ordinario en los juicios que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos 'para los cuales no se señala un trámite especial de esta ley'.

Se trata de un impuesto 'definitivamente liquidado' por lo tanto la acción pertinente es la de revisión de impuestos a que se refiere el artículo 271 del Código Contencioso Administrativo y no la de plena jurisdicción que ha sido la escogida por el demandante.

Ya el Consejo de Estado —antigua Sala de Negocios Generales—, en sentencia de 25 de mayo de 1955, en el caso del Banco de la República, sucursal de Ibagué, confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Tolima cuando esta entidad declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por considerar que "la operación administrativa en que se concreta la exigencia de un impuesto definitivamente liquidado por la administración, sólo es apta para que contra ella se proponga la revisión".

En esa oportunidad expresó el Consejo de Estado en la sentencia aludida:

"Ahora bien, la acción que correspondía instaurar a la entidad gravada, era la del juicio especial de revisión de impuestos que contempla el

Capítulo XXIII del Código Contencioso Administrativo, que en su artículo 271 dispone: "Toda persona a quien se exija un impuesto definitivamente liquidado, tiene la 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".

"Ello está indicando que no era procedente para el caso contemplado, la acción de plena jurisdicción a que se refieren los artículos 67 y 68 en que el señor apoderado del Banco fundamentó la acción, por lo cual la ineptitud sustantiva de la demanda declarada por el Tribunal *a quo* estuvo ajustada a derecho..."

La sentencia apelada habrá de revocarse toda vez que declaró una excepción improcedente como es la mal denominada "Carencia de acción", para dictar en cambio fallo inhibitorio, según lo expuesto en esta providencia.

Finalmente se observa que, aunque en el presente juicio hubo sorteo de conjuer, por haberse declarado impedido el honorable Consejero doctor Belisario Arciniegas, por haber dado concepto en el mismo, como el asunto va a decidirlo una nueva Sala de la cual no hace parte el impedido, no se hace necesaria la actuación del conjuer.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo en parte con el señor Fiscal Colaborador,

REVOCA

La sentencia de 18 de enero de 1967, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, en el juicio de que se ha hecho mérito, y en su lugar *se inhibe para decidir a fondo sobre el problema controvertido*.

Cóplese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La presente providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de 9 de mayo de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Alvaro Orefuela Gómez, Gustavo Salazar Tapiero.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

JUICIO DE IMPUESTOS. — Debe dirigirse contra la liquidación misma del tributo. — Cuando quiera que el libelo que promueve un juicio de impuestos no ataque la liquidación misma del tributo, que es la esencia de la inconformidad que el contribuyente busca satisfacer con el juicio, la demanda no se acomoda a la forma propia que la ley y la naturaleza misma del negocio exigen para que la justicia pueda entrar a calificar la procedencia o improcedencia intrínseca de las pretensiones del demandante.

Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Juan Hernández Sáenz*).

Ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, el doctor Ramón Peñaranda Carvajalino demandó la revisión de las Resoluciones R-01784-H del 11 de septiembre de 1964 y R-03627-H del 22 de octubre del mismo año, mediante las cuales la División de Impuestos Nacionales mantuvo firme la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1960, practicada al doctor Peñaranda por la Administración de Impuestos Nacionales del Atlántico.

El motivo de la inconformidad del demandante consiste en que no se le concedió la exención de impuestos consagrada por los Decretos 272 de 1957, 49 y 226 de 1958, a pesar de ser condueño de un hotel de turismo denominado "Playa" y situado en Cartagena, porque, en su sentir, no le es aplicable el requisito de llevar libros de contabilidad que exige el artículo 3º del Decreto 226 para gozar de la exención, pues él no dirige ni administra el hotel, sino que, en virtud de un contrato de arrendamiento, los empresarios del establecimiento le pagan un precio o renta por el uso y disfrute del local y los elementos que componen el hotel, negocio que, para el actor, no le da la calidad de comerciante y, por ende, no lo obliga a cumplir el mandato del mencionado artículo 3º.

El Tribunal del conocimiento, en fallo del 30 de agosto de 1966, no accedió a las súplicas de la demanda, por considerar que el artículo 3º del Decreto 226 de 1958 sí es aplicable al caso del doctor Peñaranda.

Este apeló, y como está cumplido el trámite de la segunda instancia, es la oportunidad de resolver:

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su concepto de fondo, considera que en este caso se halla configurada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto el actor se limitó a acusar las providencias administrativas que decidieron los recursos que interpuso contra la liquidación del impuesto, y no impugnó también esa misma liquidación, o sea que demandó un acto incompleto.

Estima, además, el señor Fiscal que, en el evento de no ser procedente la excepción, debe confirmarse la sentencia apelada por estar de acuerdo con la ley y la realidad procesal.

SE CONSIDERA

La naturaleza misma de la excepción planteada por el señor Fiscal hace imperativo examinarla como cuestión preliminar, ya que en el caso de ser procedente, ello acarrearía que la Sala careciera de base para estudiar las cuestiones de fondo planteadas en la litis.

El artículo 271 del Código Contencioso Administrativo faculta a los contribuyentes para solicitar que se revise la operación administrativa mediante la cual se les haya definitivamente liquidado un impuesto. El ejercicio de esta acción presupone, como es claro, el agotamiento previo de los recursos administrativos que existan para intentar la revisión directa de la liquidación, conforme a las pretensiones del contribuyente.

Es muy claro entonces que el contribuyente debe impugnar en primer término por la vía administrativa la liquidación del impuesto contra la cual se manifieste inconforme, por ser esta liquidación el acto que en definitiva lo conduciría necesariamente a cancelar ese impuesto. Y, del propio modo, resulta muy claro también que la acción judicial que intente con la misma finalidad, al no prosperarle los aludidos recursos administrativos, debe encaminarse fundamentalmente a atacar a la liquidación definitiva del impuesto, y no apenas las providencias administrativas que mantuvieron firme aquella liquidación, porque en este caso, aun en la hipótesis de que sean fundados los reparos hechos contra esas providencias, siempre vendría a quedar en firme la liquidación por no haber sido impugnada, ya que los funcionarios judiciales no pueden extender los alcances de una demanda más allá del querer del actor, pues les está vedado fallar *extra petita*.

En estas circunstancias, cuando quiera que el libelo que promueve un juicio de impuestos no ataque la liquidación misma del tributo, que es la esencia de la inconformidad que el contribuyente busca satisfacer con el juicio, la demanda no se acomoda a la forma propia que la ley y la naturaleza misma del negocio exigen para que la justicia pueda entrar a calificar la procedencia o improcedencia intrínseca de las pretensiones del demandante.

Sin embargo, la circunstancia de que las súplicas del libelo sean incompletas y, por ello, no puedan calificarse a fondo las pretensiones del actor, no puede ser llamada una excepción, y menos todavía perentoria, desde luego que este medio de defensa supone una acción correctamente encaminada, ya que precisamente esa acción es la que pretende desvirtuar la excepción.

Lo que acontece cuando la demanda es incompleta en sus alcances mínimos indispensables para el debido ejercicio de la acción incoada, es que falta un presupuesto procesal, o sea una de las bases absolutamente necesarias para que en un caso determinado pueda ejercerse a plenitud la función esencial de los jueces: administrar justicia.

Y como en el caso *sub judice* el actor se abstuvo de impugnar la liquidación misma del impuesto, móvil fundamental de su inconformidad, resulta evidente, conforme a lo ya expuesto, que no existe base para calificar la proceden-

cia o improcedencia intrínseca de las peticiones del libelo, conforme lo anota el señor Fiscal Primero de la Corporación.

Habrà de modificarse entonces el fallo apelado, en lo que atañe a la decisión de fondo que le dio al presente litigio, la cual no es posible proferir en las circunstancias procesales ya anotadas.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Primero de la Corporación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Modifícase la sentencia apelada, así: No hay lugar a pronunciamiento sobre las súplicas de la demanda por deficiencia en su parte petitoria.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 21 de mayo de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Gustavo Salazar Tapiero, Alvaro Orejuela Gómez.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

IMPUESTO DE CONSUMO. — Este impuesto obviamente recae sobre el consumo del artículo y no sobre su producción; en consecuencia, el sujeto pasivo no es el productor sino el consumidor.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, junio once de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Juan Hernández Sáenz*).

Ante el Tribunal Administrativo del Valle, Bavaria S. A. demandó la revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto de consumo de cervezas que está contenida en las Resoluciones 301 y 399 de 1965, dictadas por el Secretario de Hacienda del Valle, y 4262 del mismo año, proferida por el Gobernador de dicho Departamento. Tales providencias dispusieron que Bavaria S. A. pagara por concepto del aludido impuesto la suma de \$ 338.558.40, cantidad cuya devolución también solicita la demanda.

Tramitado el juicio en la primera instancia, tanto el Departamento del Valle como el Fiscal de la Corporación se opusieron a las pretensiones de la demanda, y el Tribunal del conocimiento, en fallo del 6 de junio de 1966, no accedió a las solicitudes de la empresa.

Esta apeló y como ya se surtió el trámite de ley, es oportuno decidir.

Sostiene la demanda, como tesis fundamental, que el aumento en el impuesto sobre el consumo de cervezas que estableció el artículo 1º de la Ley 4ª de 1963 no le era aplicable a las existencias de dicho producto despachadas por las fábricas de Bavaria S. A. antes del 1º de marzo de 1963, fecha en que entró a regir el alza del impuesto, por cuanto tales existencias ya estaban en poder de Distribuidora Bavaria S. A. en ese día, y sobre ellas Bavaria S. A. había pagado el impuesto a la antigua tarifa en el momento de salir la cerveza de la fábrica, o sea en la oportunidad legal para hacerlo.

Dice entonces que como las providencias acusadas le cobran a la empresa un excedente de impuesto sobre existencias de cerveza que ya no estaban en su poder al entrar a regir el alza del tributo, viene a revivirse en su perjuicio una situación que ya había quedado consolidada al pagar el impuesto conforme a la tarifa antigua, que estaba vigente cuando el producto fue despachado por la fábrica.

El apoderado del Departamento y la Fiscalía del Tribunal se opusieron a la prosperidad de la acción, sosteniendo que el impuesto de que se trata grava el consumo y no la producción de cerveza y, por lo tanto, podía hacerse efectivo con la nueva tarifa desde el 1º de marzo de 1963 sobre toda cerveza que fuera a consumirse en adelante, sin que la fecha de su elaboración tuviera influencia para modificar ese principio. Sostiene también que si el impuesto se cobra al

fabricante en el momento de ser despachada la bebida, es simplemente para facilitar su recaudo, ya que quien resulta en últimas gravado es el consumidor y no el fabricante.

Finalmente, hacen algunas consideraciones jurídicas encaminadas a demostrar que Distribuidora Bavaria S. A. es simple filial de Bavaria S. A., punto que rechaza la demanda, y afirman que la primera de estas sociedades recaudó oportunamente el valor del impuesto de que se trata "y con ello incurrió en un aprovechamiento ilícito que no le puede ser permitido, y por elementales normas de equidad estas sumas deben ingresar al fisco departamental a cuyo favor se creó el impuesto", según palabras textuales de los alegantes.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo, en su concepto de fondo, estuvo de acuerdo con el fallo apelado, y solicitó que fuese mantenido en todas sus partes.

SE CONSIDERA

Estarian ajustadas a derecho las pretensiones de la demanda y sería entonces clara su procedencia, si el impuesto que grava a las cervezas nacionales recayese sobre la producción y no sobre su consumo, que es lo que en realidad acontece de acuerdo con las normas que regulan dicho impuesto.

En efecto, aunque es el industrial cervecero quien deposita en las arcas departamentales el monto del gravamen, ello sólo obedece al simple deseo de lograr una mayor rapidez y facilidad en su recaudo, ya que el industrial cuando vende su producto recarga el precio en el equivalente del valor del impuesto, y lo mismo hacen tanto el distribuidor mayorista como el comerciante al por menor, sin que haya base alguna para objetar ese procedimiento, desde luego que legalmente el sujeto pasivo del tributo no es el industrial ni el comerciante sino el consumidor de la bebida.

Es evidente entonces que cualquier aumento en el monto del aludido impuesto debe recaer sobre las existencias de cerveza no dadas al consumo público en la fecha en que ese aumento haya de comenzar a regir, por cuanto en esa fecha el verdadero sujeto pasivo del tributo obviamente no lo ha satisfecho todavía, sin que la circunstancia de que el fabricante, al despachar la bebida, hubiese consignado en las arcas oficiales la suma equivalente a tal impuesto, pueda entenderse que desinteresa definitivamente al fisco departamental y libera, en consecuencia, al consumidor de pagar un aumento del impuesto decretado entre tanto, desde luego que esa consignación del industrial puede entenderse apenas como un anticipo del impuesto que hace éste a nombre y por cuenta del consumidor, que es el sujeto pasivo del tributo, puesto que contra él repiten, sucesivamente, el fabricante, el distribuidor mayorista y el expendedor minorista, a través del recargo en el precio de venta, ya comentado.

Y es hasta tal punto cierto este razonamiento, que la firma Distribuidora Bavaria S. A., en cuyo poder había existencias de cerveza despachadas por las fábricas de Bavaria S. A. antes del 1º de marzo de 1963, recargó el precio de venta del producto en la cuantía del aumento del impuesto que comenzaba a regir desde esa fecha, según consta en el expediente, valor éste que necesariamente debe ir a poder de su beneficiario legal, o sea el Departamento del Valle, mediante el sistema vigente para el recaudo del impuesto, o sea, pagándolo Bava-

ria S. A. como fabricante de la cerveza, entidad que puede perfectamente repetir contra Distribuidora Bavaria S. A., firma que tuvo la precaución acertada y justa de hacer efectiva el alza del tributo desde el momento mismo en que empezó a regir, según quedó visto.

Lo expuesto hasta aquí permite entender claramente que las resoluciones cuya revisión fue pedida se limitan a proveer lo conducente, dentro del marco de la ley, para que ingrese al tesoro del Valle un remanente del impuesto de consumo de cervezas, establecido en favor de los Departamentos por la Ley 4ª de 1963 y, por lo tanto, la acción incoada no puede prosperar. Habrá de mantenerse entonces el fallo recurrido, que así lo dispuso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal Cuarto de la Corporación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confirmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la Sala consideró y aprobó esta providencia en la sesión del once de junio de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Gustavo Salazar Tapiero, Alvaro Orejuela Gómez.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

IMPUESTOS NACIONALES. — RENTA Y COMPLEMENTARIOS

- I. COMUNIDADES.** — Están exentas del impuesto sobre la renta. — Según el artículo 6º de la Ley 78 de 1935, no se gravarán con impuesto las sociedades colectivas ni en comandita simple, ni las sociedades cooperativas, aunque los socios sí están obligados a pagar el impuesto sobre participación en la renta líquida de la sociedad; y en cuanto a las comunidades de bienes se dio también la exención otorgada a las anteriores, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 132 de 1941.

II. COMUNIDAD Y SOCIEDAD. — Diferencias.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, junio diecisiete de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Hernando Gómez Mejía*).

El doctor Ignacio Mejía Velásquez obrando como Procurador Judicial de la “*comunidad ley*” presentó demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, para que previos los trámites del Contencioso de Impuestos se revise la operación administrativa de liquidación del impuesto liquidado por concepto de renta a cargo de la comunidad mencionada, liquidación efectuada por la Sección de Recursos Tributarios de Antioquia, confirmada por la Resolución número 1086 de 31 de octubre de 1962 emanada de dicha Sección y a la vez por la Resolución número R-03592 del 17 de diciembre de 1963 de la División de Impuestos Nacionales. Solicita entonces que se verifique una nueva liquidación con revisión de la operación administrativa correspondiente y se ordene el reintegro de la suma que resulte a su favor, con los intereses previstos en la parte final del inciso 3º del artículo 14 de la Ley 81 de 1931.

HECHOS

Los señores Alfonso Henao, Alfredo Saldarriaga del Valle y otros, son dueños en proindivisión de un conjunto de derechos de propiedad industrial y con el fin de administrarlos adoptaron un reglamento de comunidad que incluye el nombramiento de administrador, todo según escritura número 8432 de 24 de diciembre de 1959, reformada por la escritura 6914 de 5 de diciembre de 1963 de la Notaria Tercera de Medellín y por la número 2782 de 17 de junio de 1964 en la cual se designó al señor Humberto Upegui O., como nuevo administrador de la comunidad.

En cumplimiento del artículo 10 del Decreto 270 de 1953 que obliga a las comunidades no sujetas a gravamen a declarar renta y patrimonio con el objeto de determinar el impuesto que deba corresponder a sus comuneros, la comunidad

presentó el 29 de febrero de 1960 la declaración correspondiente al año de 1959; por medio de la liquidación número 2206 del 27 de junio de 1960, la Sección de Recursos Tributarios de Antioquia gravó la comunidad con un impuesto del 3% establecido por el artículo 10 del Decreto 2615 de 1963 en la cual también se tomó como renta líquida, sumas que no constituyeron ingreso para la comunidad y que por tanto fueron declaradas como deducción para el volumen bruto contable.

Oportunamente la comunidad reclamó contra dicha liquidación, pero fue confirmada por las Resoluciones a que antes se hizo alusión.

DISPOSICIONES VIOLADAS

El actor señaló como disposiciones violadas el artículo 2º del Decreto 3033 de 1953. El artículo 10 del Decreto 270 de 1953; el artículo 6º de la Ley 78 de 1935; el artículo 1º de la Ley 132 de 1941; el artículo 67 del Decreto 1715 de 1960; los artículos 2322 y 2328 del C. C.; el artículo 34 de la Ley 57 de 1887 y el 17 de la Ley 95 de 1890, además de los artículos 472, 473, y 475 del Código del Comercio, por los conceptos que luego se analizarán.

Finalizó la primera instancia con sentencia de 28 de junio de 1965 por medio de la cual se accedió a las súplicas de la demanda y por lo tanto se ordenó que el Tesoro Nacional, por conducto de sus oficinas en Medellín, devuelva a la entidad actora la cantidad de diez mil quinientos veinte pesos con cuarenta y seis centavos (\$ 10.520.46) en el tiempo indicado en el artículo 121 del C. C. A.; dispuso también el Tribunal que la anterior suma devengará intereses al 8% anual en los términos del artículo 14 de la Ley 81 de 1931.

Para surtir la consulta ordenada por la ley en estos casos se envió el negocio al Consejo de Estado que procede a decidir previa las siguientes

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

El punto clave en la solución del presente diferendo consiste en definir si la denominada "comunidad ley" tiene en realidad las características de una verdadera comunidad no sujeta a impuestos como tal antes de la Ley 81 de 1960, porque al paso que las autoridades de impuestos en las resoluciones atacadas sostuvieron que se trata de una sociedad de hecho, gravable como tal, el demandante sostiene que en realidad es una comunidad, tesis que fue aceptada por el Tribunal para despachar favorablemente las súplicas de la demanda.

Precisa entonces hacer unas consideraciones sobre las diferencias que existen entre la comunidad y la sociedad regular o de hecho para sacar las consecuencias pertinentes.

El artículo 2322 del C. C. dice que: "La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad, o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato".

Y a su turno el artículo 2060 ibidem dice que "La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.

La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

La formación del fondo social constituido por la suma de los aportes de los distintos socios y especialmente el origen de las primeras manifestaciones de la asociación, han traído cierta oscuridad para establecer la diferencia entre sociedad y comunidad por lo cual es conveniente fijar algunas de las características que distinguen el contrato de sociedad como colaboración consciente y activa, de la situación pasiva de simple indivisión:

1º Por el origen, se distingue la comunidad de la sociedad; al paso que aquélla aparece como situación ocasional de copropiedad en una cosa universal o singular, sin que se haya contratado sociedad, que puede dar origen a una colaboración entre los comuneros y a una explotación conjunta de la cosa común, la sociedad, en cambio, no se forma ocasionalmente, sino mediante un pacto en que se manifiesta la intención de los socios en el aporte de un capital para la explotación de un negocio, contrato en el cual se manifiesta claramente el llamado "Animus Societatis" que es característico de la sociedad y es por eso por lo que en la comunidad la colaboración de los comuneros en la explotación de la cosa común es un simple efecto de la indivisión, mientras que en la sociedad la colaboración es el antecedente de la formación del fondo social.

2º La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. En cambio, la comunidad carece de esa autonomía o existencia jurídica separada de los mismos comuneros, porque son éstos los dueños de la cosa común y los que se obligan y adquieren derechos en relación con ella; cada uno sigue siendo dueño exclusivo de la cuota que le corresponda en la cosa común y subsiste entonces una pluralidad de intereses jurídicamente distintos que no pueden ser representados sino por los comuneros como tales.

3º El derecho real del comunero sobre la cosa común no lo tiene el socio sobre las cosas llevadas al fondo social, ya que por razón del contrato, entran al dominio de la persona jurídica que surge, y el asociado adquiere simplemente ciertos derechos personales contra la sociedad; tal sustitución del derecho real del socio sobre la cosa aportada por simples derechos personales contra la sociedad, es consecuencia directa de la personalidad jurídica que la ley le reconoce a aquélla. Por eso precisamente los acreedores personales del socio no pueden perseguir una cuota de los bienes sociales, sino que su derecho se limita a embargar el interés social o derecho personal del socio contra la persona jurídica y por tal razón no es muy exacto, como lo dice el artículo 2323 del C. C. que "El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social".

4º Ninguno de los comuneros está obligado a permanecer en la indivisión, aunque puede pactarse entre ellos estado de comunidad hasta por cinco años, prorrogables desde luego por iguales lapsos sucesivos. Los socios, por el contrario, no sólo contraen la obligación de llevar un aporte al fondo social, sino la de mantener o conservar sus aportes en dicho fondo, esto es, en el patrimonio de la persona jurídica, hasta cuando se verifique la liquidación del patrimonio social; es decir, deben conservar el aporte hasta que venza el término de duración de la compañía.

Pero indudablemente la nota diferencial más importante entre comunidad y sociedad es el origen de una y otra: a la comunidad no se llega por un contrato, sino por circunstancias muy a menudo ajenas a la voluntad de los comuneros. Así, por ejemplo, en la comunidad herencial los herederos se convierten en comuneros como consecuencia de la muerte de su causante que les transmite

todos sus derechos y obligaciones apreciables en dinero y muchas veces aparecen como tales en virtud del acto partitivo que les transforma su antiguo derecho en una universalidad abstracta por derechos en una comunidad a título singular. En cambio, el socio llega a la sociedad como consecuencia del contrato social por medio del cual transmite sus aportes al ente jurídico que surge de dicho contrato.

Por lo que hace relación a la sociedad de hecho que, como es sabido, no tiene personalidad jurídica y en eso se distingue de la sociedad legalmente constituida, bien puede decirse que los mismos elementos diferenciales ya anotados pueden establecerse entre la simple comunidad y la sociedad de hecho. En ésta siempre existe el *animus societatis*, la colaboración paralela y simultánea de los socios y su actividad igualitaria en cuanto a derechos y obligaciones, tanto respecto de la sociedad como respecto de terceros; claro está, que, como no es lógico tratar legalmente de igual modo la sociedad regular y la de hecho, ésta no constituye una persona jurídica distinta de los socios y se produce entonces una situación semejante, pero no idéntica a la de la comunidad por cuanto los derechos se adquieren y las obligaciones se contraen en favor y en contra de todos los socios de hecho, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad regular, en la que el sujeto de tales derechos y obligaciones es la persona jurídica, pero es cosa evidente que la sociedad de hecho supera el simple estado de copropiedad porque el *animus societatis* o voluntad de colaboración coloca a los socios en una situación de solidaridad por las operaciones celebradas en interés de la empresa social, solidaridad que no opera en el caso de la simple comunidad, en la que cada comunero responde ante terceros por las deudas contraídas por él en pro de la comunidad y en la que, aun en el caso de que se contraigan colectivamente obligaciones por todos los comuneros, sin expresión de cuotas, éstos responden por partes iguales.

Veamos entonces a la luz de los principios diferenciales que se dejan expuestos y de las pruebas aportadas por el actor si la llamada "comunidad ley" lo es en realidad o si es una sociedad de hecho como lo afirmaron los funcionarios de impuestos.

A folios 29 a 40 del Cuaderno número 1, obra copia, debidamente registrada de la escritura 8432 de 24 de diciembre de 1959, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Medellín en la cual los comparecientes Jesús Mora C., Manuel J. de Bedout y otros dijeron, entre otras cosas, "Que han convenido en organizar una comunidad bajo el régimen que se expresa a continuación *preámbulo*: a) Los que intervienen en este contrato en su nombre y las personas representadas por los restantes intervinientes son dueños en proindivisión de un conjunto de derechos de propiedad industrial integrado en la forma que se detallará adelante; b) Han convenido mantener ese estado de indivisión y organizar la comunidad de acuerdo con el régimen y durante el plazo que se consigna en el presente documento, con el fin de asegurar mediante la explotación comunitaria el goce de tales derechos..." sigue luego una serie de estipulaciones sobre la forma de explotación de los bienes comunes, el pacto de comunidad por cinco años, prorrogables de cinco en cinco hasta cuarenta y cinco, la forma en que los comuneros pueden vender sus derechos, etc. Este documento fue modificado por la escritura 6914 (folios 41 a 51 del mismo cuaderno), pero siempre conservando el estado de comunidad. Se hizo también el nombramiento de una junta directiva de la comunidad y de un administrador de la misma.

De la lectura atenta de estos convenios se deduce que la comunidad no surgió en virtud de ellos, sino que ya existía, que el estado de la indivisión era

preexistente y que tan sólo los comuneros convinieron en una forma de administración de la misma, dándose una junta directiva y designando un administrador encargado de la gestión como agente de la misma junta; esa preexistencia de la comunidad al contrato aludido, aparece demostrada con el certificado del Ministerio de Fomento, visible a folios 57 del Cuaderno número 2 en el cual se dice que se aceptó el traspaso de las marcas allí relacionadas a la sociedad Almacenes Ley. Y según reza la misma escritura 8432 antes citada, los derechos de propiedad industrial que constituyen el objeto de la comunidad los adquirieron algunos de los otorgantes por adjudicación que les fue hecha en la liquidación de "Almacenes Ley Limitada" según consta en documento privado suscrito por ellos con el liquidador de dicha compañía, de fecha veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve (1959).

No aparece, pues, en ese convenio ni el ánimo societatis, ni una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, ni un fondo social que sea de la exclusiva propiedad de esa persona jurídica. El derecho real sobre la cosa común la tienen los socios, que, como reza el mismo convenio, pueden traspasarlo en la forma allí pactada y sólo convinieron en permanecer en la indivisión por cinco años, que es el plazo permitido por la ley para esta clase de pactos, y, en fin, no aparece ninguna de las características esenciales que distinguen el estado de sociedad.

No comparte por ello la Sala las apreciaciones de la Sección de Recursos Tributarios de Medellín que después de hacer unas consideraciones muy jurídicas por cierto sobre las características de la sociedad regular y la sociedad de hecho saca estas consecuencias consignadas en el siguiente aparte de su providencia:

"Que la denominada '*Comunidad Ley*' es una típica sociedad de hecho, toda vez que del espíritu de los contratos celebrados entre los adjudicatarios de los derechos de propiedad industrial de la extinguida Sociedad '*Almacenes Ley Limitada*', y del análisis del conjunto de sus cláusulas, surge en forma evidente e inequívoca el animus contrahendi societatis o afectio societatis. Basta para ello repasar con detenimiento el contenido de las estipulaciones contractuales, especialmente las relativas al pacto de permanecer voluntariamente en la indivisión; de someter los derechos en sí y en su administración a ciertas regulaciones, limitaciones y condiciones; de constituir organismos directivos para encauzar y unificar el criterio de la asociación y así evitar que 'el comunero actúe individualmente fuera del programa que este estatuto consagra'; de facultar, bien al Administrador, bien a la Junta Directiva, para celebrar contratos y convenios relacionados con la explotación de los derechos, la renovación, el traspaso y el registro de nuevas marcas, el nombramiento de empleados, la formación y aprobación de balances, la distribución de utilidades y dividendos. La formación de reservas... etc...; la imposición de causales de terminación del interés social, tal como las que imponen la obligación para los asociados de ceder sus cuotas cuando no posean una inversión importante en las firmas comerciales cesionarias de los derechos de propiedad industrial comunes, facultando a los organismos directivos para declarar su ocurrencia y disponer de su consiguiente enajenación, etc..."

El hecho de que se le haya dado una organización mejor a la comunidad, proveyéndola de Junta Directiva y de un Administrador, que se haya pactado indivisión por el número de años que permite la ley y se hayan impuesto ciertas condiciones a los comuneros, no configura la sociedad de hecho que han querido

deducir las autoridades de impuestos porque ese pacto no conlleva los requisitos que son necesarios para la existencia de una sociedad; sobre todo el origen de la comunidad se produjo por un acto de partición realizado en la liquidación de Almacenes Ley no por un pacto, un convenio voluntario en que los comuneros hubiesen demostrado el ánimo de asociarse; simplemente resolvieron continuar la comunidad bajo ciertas normas jurídicas para la explotación del bien común, autorizadas por la ley. Así es como los artículos 16, y siguientes de la Ley 95 de 1890 determinan la forma de nombramiento de administrador de la comunidad, las funciones de éste y la forma de remuneración y por ello también el artículo 10 de la Ley 81 de 1960, citado en la sentencia, habla de comunidades ordinarias organizadas para someterlas ya al impuesto de renta y patrimonio, cuando dice: "Las comunidades ordinarias organizadas quedan sometidas al mismo régimen de las sociedades colectivas. Se entiende por comunidades organizadas las que implican la utilización de los bienes comunes para el establecimiento y explotación de una empresa comercial, industrial, agrícola o ganadera, y que ordinariamente tienen un administrador nombrado por los comuneros o por un Juez". De manera que la ley permite nombramiento de administrador y organización de las comunidades con miras a la explotación de la cosa común, sin que de esa organización que se pacte pueda deducirse la existencia de una verdadera sociedad.

La Sala encuentra que realmente las autoridades de impuestos violaron las disposiciones citadas como fundamento de la acción, especialmente el artículo 6º de la Ley 78 de 1935 según el cual no se gravarán con impuesto las sociedades colectivas ni en comandita simple, ni las sociedades cooperativas, aunque los socios sí están obligados a pagar el impuesto sobre participación en la renta líquida de la sociedad y en cuanto a las comunidades de bienes se dio también la exención otorgada a las anteriores, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 132 de 1941.

De manera que la sentencia acusada no merece reparo alguno. Se advierte sí que los intereses de la suma que ordena devolverse sólo se devengarán a partir del momento en que la Administración se ponga en mora de cumplir esta providencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 del C. C. A. y 14 de la Ley 81 de 1931.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de 28 de junio de 1965, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, materia de la consulta.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 12 de junio de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Alvaro Orejuela Gómez, Gustavo Salazar Tapiero.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

IMPUESTOS NACIONALES. - AUSENTISMO. — Finalidad de la exención establecida por el artículo 90 de la Ley 81 de 1960. — No es necesario acudir a especiales reglas de hermenéutica para llegar a la conclusión de que la finalidad que con esa norma buscó el legislador fue la de fomentar el aprendizaje universitario fuera del país, la de dar oportunidad a los estudiantes para acrecentar sus conocimientos, aprovechando las corrientes del pensamiento foráneo o la de permitir la realización de carreras en el extranjero, especialmente para aquellos casos en que las universidades de Colombia no tengan un récord de estudios que abarque los avances nuevos del pensamiento científico. Pero a esta intención plausible debe contraponerse una realización sería de esos estudios en forma que se pueda demostrar que el educando realmente persigue aumentar el acervo de conocimientos que puedan más tarde ser aprovechables por el país, cumpliendo así la finalidad social de enriquecer nuestro patrimonio científico en todas las ramas de la técnica y de la ciencia.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, junio veinte (20) de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Hernando Gómez Mejía*).

Con poder que le confirió el señor Celio Villalba Rodríguez, el doctor Santiago Zúñiga B. solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico que, previos los trámites del juicio contencioso de impuestos, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que las liquidaciones del impuesto sobre la renta y complementarios, en cuanto al recargo por ausentismo, referentes al año gravable de 1960, efectuadas por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla y por la División de Impuestos Nacionales, las cuales constan, en su orden, en las Resoluciones números 000132 de 1965 (julio 30) y R-01759-H de 1966 (agosto 31), son violatorias de normas legales y, por tanto, revisables por parte de ese honorable Tribunal.

"Segunda. Que, como consecuencia de la declaración anterior, el señor Celio Villalba Rodríguez no está sujeto al recargo de ausentismo que, por la cantidad de de \$ 467.077.32 le fue determinada en las liquidaciones mencionadas en esa misma declaración, ni, por tanto, de los intereses por mora en su pago que hubo de consignar para el ejercicio de la presente demanda.

"Tercera. Que la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, dentro del plazo que habréis de fijar al respecto, debe devolver al señor Celio Villalba Rodríguez, o a su apoderado, lo que pagó por el recar-

go de ausentismo y los intereses moratorios correspondientes, más los intereses, a la tasa del 8% anual, sobre las devoluciones anteriores, computables a partir del pago efectuado por el señor Villalba".

HECHOS

La síntesis de los hechos en que se fundamenta la acción es la siguiente:

En tiempo oportuno el actor presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, su declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1960. Por cuanto durante dicho año había permanecido por más de diez meses fuera del país, acompañó prueba oficial de que había cursado estudios de Licenciatura Económica en la Universidad de Madrid, que funciona de acuerdo con las leyes españolas, que es reconocida por el Estado y cuyos títulos son válidos para todos los efectos requeridos, lo que le daba derecho a pedir la exención del recargo por ausentismo establecido en el artículo 89 de la Ley 81 de 1960, según las exenciones del artículo 90 de la misma ley. La Administración practicó la liquidación correspondiente, separándose de la liquidación privada en cuanto a utilidades y bienes raíces, participaciones en sociedades y la exención por el recargo de ausentismo. El contribuyente reclamó oportunamente, y la Sección de Recursos Tributarios produjo entonces la Resolución número 000132 de 30 de junio de 1965, por medio de la cual accedió a los dos primeros reparos pero insistió en la determinación del recargo por ausentismo. Apelada esa providencia, recibió confirmación de la División de Impuestos Nacionales según Resolución número R-01759-H del 31 de agosto de 1966.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor señala como disposiciones especialmente violadas, el artículo 90 de la Ley 81 de 1960; el artículo 27 del C. C.; el 8º de la Ley 153 de 1887; y el 7º, numeral 1º, del C. J. por las razones que más adelante se estudiarán.

Oído el concepto del señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Barranquilla, desfavorable a las tesis de la demanda, el Tribunal de instancia decidió en sentencia de 27 de junio de 1967, por medio de la cual hizo las siguientes textuales declaratorias:

"1ª Revisase la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales, que por el año gravable de 1960, practicó la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla, Sección de Recursos Tributarios, por medio de Resolución número 000132 de 30 de julio de 1965, y R-01759-H de 31 de agosto de 1966, de la División de Impuestos Nacionales, confirmatoria de la anterior, al señor Celio Villalba Rodríguez, en cuanto se gravó a éste con el recargo de ausentismo o sea con la suma de \$ 467.077.32 o sea el 15% de la cantidad de \$ 3.113.848.81, recargo que no le es imputable por estar el dicho contribuyente en uno de los casos del artículo 90 de la Ley 81 de 1960.

"2ª Como consecuencia de la revisión *fi*jase en la cantidad de tres millones ciento ochenta y dos mil trescientos setenta y nueve pesos con veintitún centavos (\$ 3.182.379.21) moneda legal el valor del impuesto sobre la renta, complementarios y adicionales que debe pagar Celio Villalba Rodríguez por el año gravable de 1960.

"3º El Tesoro Nacional, por conducto de la Administración de Hacienda del Atlántico devolverá en el término señalado por el artículo 121 de la Ley 167 de 1941, al señor Celio Villalba Rodríguez, o a quien represente sus derechos, la cantidad de cuatrocientos sesenta y siete mil setenta y siete pesos con treinta y dos centavos (\$ 467.077.32) moneda legal, diferencia entre la cuantía fijada en el numeral anterior y la definitivamente liquidada en la citada Resolución número 000132 de julio 30 de 1965 de la Sección de Recursos Tributarios. Si dentro del término fijado no se hiciere la devolución ordenada, se reconocerá sobre dicha suma un interés o rata del ocho por ciento (8%) anual".

Contra esta providencia interpusieron recurso de apelación tanto el señor Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla como el demandante. Durante el trámite de la segunda instancia el recurrente alegó para pedir modificación de la sentencia en la parte que fue desfavorable a su patrocinado. De igual manera se recibió Vista del señor Fiscal Segundo de esta Corporación. Ha llegado el momento de decidir sobre el mérito del recurso, a lo cual se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Importa ante todo estudiar la tesis sostenida tanto por la Sección de Recursos Tributarios de Barranquilla, como por la División de Impuestos Nacionales en las Resoluciones impugnadas, que expresan en el fondo un mismo pensamiento cuya unidad se centra en que las circunstancias de hecho alegadas por el actor para liberarse del impuesto de ausentismo, lo colocan en posición legalmente inaceptable, toda vez que hizo uso abusivo de un derecho reconocido por una norma sustantiva.

Dice así en lo pertinente la Sección de Recursos Tributarios de Barranquilla:

"Cuanto hace a la liquidación del Recargo de ausentismo, contra el cual se pronuncia igualmente el reclamo, este Despacho estima del caso mantenerlo, no porque dude de la autenticidad ni desestime el valor probatorio de los documentos que se han traído a los autos para acreditar una de las circunstancias eximentes de la referida sobretasa, como es la de que el señor *Celio Villalba Rodríguez* ha venido matriculado y recibiendo enseñanza universitaria en establecimientos docentes del extranjero, sino, porque circunstancias que se encuentran del mismo modo acreditadas en el expediente permiten llegar a la conclusión terminante de que la vinculación del señor Villalba Rodríguez a esos centros universitarios no ha obedecido a ningún propósito serio de culminar una carrera de estudios, sino simplemente al de evadir el impuesto de ausentismo que le corresponde sufragar, de acuerdo con la ley, por su permanencia ininterrumpida en el exterior desde el 16 de agosto de 1956.

En efecto, según se lee en el oficio número 304 de 9 de junio de 1962, dirigido al Jefe del Grupo de Liquidación del impuesto sobre la renta por el entonces Jefe Regional de Liquidación de esta Administración, el señor Villalba Rodríguez venía siendo eximido del recargo de ausentismo en los años de 1957 a 1959 (D. L. 1961 de 1948, Art. 5º), con la presentación sucesiva de certificados verdaderamente universitarios y oficiales, expedidos por la Universidad de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, por

los que constaba que se había matriculado tres veces consecutivas en primer año de Licenciatura de Ciencias Económicas, sin que constase en esos mismos documentos que se hubiese recibido la correspondiente enseñanza, sino todo lo contrario por la constante repetición del primer curso referido. Posteriormente, vuelve a solicitar la exención para el año de 1960, con base en certificaciones expedidas por la misma Universidad de Madrid, en las cuales se hace constar una vez más que se encuentra matriculado, por cuarta vez, como alumno del primer curso de Licenciatura Económica.

Acaso porque se hubieran agotado las posibilidades de seguir obteniendo de ese centro docente certificaciones en el sentido expresado, el señor Villalba resuelve trasladar sus inquietudes estudiantiles a la ciudad de Salamanca, y ya para el año de 1961 lo vemos solicitando nuevamente la exención del recargo de ausentismo, esta vez amparado con certificaciones de la *Universidad de Salamanca*, con las que acredita: primero, que se encuentra matriculado como alumno de la Escuela Social, anexa a dicho establecimiento, en el primer curso de Graduado Social, y posteriormente, que también se encuentra matriculado como alumno del primer año en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Llegado a este extremo, el Despacho considera de interés formular los siguientes interrogantes: ¿Cómo era posible que el señor Villalba pudiera cursar en un mismo período lectivo dos carreras diferentes, como las de Derecho y Graduado Social, siendo como es un hombre con importantes negocios, que seguramente requieren su atención y cuidado y por consiguiente la dedicación de una parte considerable de su tiempo? Y teniendo en cuenta los antecedentes de aprovechamiento traídos de la Universidad de Madrid, ¿era lógico, o por lo menos prudente, que el señor Villalba intentara comprometerse en un plan de estudios tan exigente? A todo esto podría argüirse que ello es enteramente posible cuando se tiene una recia disciplina y una voluntad firme de consagrarse por entero al estudio; pero lo cierto es que el señor Villalba decide abandonar los estudios de Graduado Social, precisamente los que por ser de 'grado medio', como lo afirma el propio Ministerio de la Educación de España, y no de grado superior, podían no acomodarse a la exigencia legal de que la enseñanza que se reciba sea universitaria para tener derecho a la exención, y a partir de entonces se dedica en forma exclusiva a la carrera del Derecho. Pero tampoco en las disciplinas jurídicas logra el señor Villalba ningún éxito, y así aparece en los años de 1962 y 1963, solicitando siempre la exención del impuesto de ausentismo, como alumno del primer año de la Facultad de Derecho en la Universidad de Salamanca.

A lo largo de toda esta trashumancia por universidades, escuelas y facultades del exterior, el Despacho ha podido apreciar, con perplejidad, cómo el señor Villalba Rodríguez, ciudadano colombiano de 63 años de edad, aparece siempre en el papel del invariable alumno de primer curso durante siete años consecutivos. Y ante una situación tan clara como ésta no puede menos de preguntarse: ¿Cumple en estas condiciones, la exención del ausentismo el fin primordial que el Legislador se propuso con su establecimiento y que no es otro que el de fomentar la formación de profesionales con miras al mejor servicio de la sociedad? ¿Está realmente el señor Villalba haciendo de esta prerrogativa el uso adecuado a su finalidad, o por el contrario sólo se está valiendo de ella para colocarse en situación de privilegio frente a otros colombianos que, si tienen que pagar el recargo por su ausencia del país? Ante estos interrogantes el Despacho no abriga la menor duda: el señor Villalba no ha pensado en ningún momento culminar una carrera

universitaria, sino tan sólo valerse de este medio para evadir el impuesto de ausentismo, en forma que constituye una clara desviación de su finalidad efectiva y un indiscutible abuso del derecho”.

Y a su turno la División de Impuestos al confirmar la anterior providencia recalca, con argumentos complementarios, la finalidad que se tuvo al establecer las exenciones al impuesto de ausentismo:

“Y es lo cierto que aunque dicho beneficio lo consagra una disposición fiscal, no puede ser menos cierto y desconocible (sic) el alcance de la misma cuando el espíritu del legislador no fue otro distinto al de estimular la formación profesional en el extranjero siempre y cuando se acrediten un mínimo de requisitos que ante todo permitan establecer ‘la asistencia o cumplimiento del educando en el respectivo año’ conforme lo sostiene el oficio número 001802 de febrero 17 de 1964, originario del Jefe de la Subdivisión Técnico-legal de la División de Impuestos ‘Al respecto debe quedar claramente establecido que los términos del documento que allega el interesado, expedido por una universidad extranjera no se desprende con exactitud el hecho de que el estudiante Villalba Rodríguez, de una edad superior a los sesenta años y poseedor de una fortuna que sobrepasa los \$ 40.000.000.00 esté cumpliendo con riguroso celo la disciplina académica y el necesario cumplimiento de los horarios de estudio que si bien dada su avanzada edad y atención de múltiples actividades comerciales que naturalmente se originan en la administración de sus millones de pesos, no le han permitido a través de varios años matricularse en un curso distinto al primero, circunstancia que en sana lógica y elemental razonamiento no permite aceptar que el contribuyente sea cabal intérprete del pensamiento del legislador cuando dictó una disposición con fines eminentemente académicos y culturales”.

El artículo 90 de la Ley 81 de 1960, señalado en forma especial como violado por las Resoluciones aludidas, establece lo siguiente:

“No estarán sujetos al recargo de ausentismo... quienes con matrícula recibieren enseñanza universitaria en establecimientos extranjeros reconocidos en el respectivo Estado...”

Afirma el libelista que de acuerdo con el tenor literal de esa disposición dos son los únicos requisitos exigidos para gozar de la exención del impuesto de ausentismo: a) estar matriculado en un instituto universitario extranjero, debidamente reconocido por el Estado correspondiente, y b) recibir enseñanza universitaria en tales establecimientos. Siendo la disposición clara y precisa, debe aplicarse en su tenor literal, sin tener que recurrir a su espíritu, como lo manda perentoriamente el artículo 27 del C. C.

Manifiesta igualmente que las autoridades de impuestos agregaron requisitos no exigidos en la disposición transcrita, convirtiéndose así en verdaderos legisladores: “Porque la exención del recargo tiene esta otra condición, además: la de ‘la asistencia o cumplimiento del educando en el respectivo año’. Condición que, como lo deduciréis de la simple lectura de la norma, ya transcrita anteriormente no está contenida en ella. De manera que, al establecerla doctrinariamente las entidades administrativas autoras de las providencias demandadas

están legislando. Si los reglamentos dictados por el Gobierno, en ejercicio del artículo 120 de la Carta, no pueden ir más allá de la ley reglamentada, como tan repetidamente lo han dicho la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en sentencias tan conocidas que no vale la pena transcribir para tan respetables juristas como vosotros, mal pueden los funcionarios inferiores extralimitarse".

El problema planteado nos lleva directamente al estudio de la forma como debe hacerse la interpretación de la ley; de las doctrinas que se han expuesto al respecto por la jurisprudencia y por los tratadistas; del campo propio de acción que corresponde al juzgador y en general al intérprete en la tarea importante de escrutar el pensamiento del legislador y de adaptar la norma abstracta de derecho a las situaciones de hecho que van presentándose en el decurso de los años, muy a menudo imprevisibles aun para el más sagaz y clarividente de los legisladores.

Dos escuelas, ambas representadas por juristas eminentes, se han disputado el dominio en el campo de esta materia: la llamada escuela de la exégesis y la llamada científica, ambas con presentaciones diversas pero que confluyen todas a la expresión de esos dos pensamientos antagónicos.

La escuela de la exégesis tiene su origen remoto en los glosadores y post-glosadores de la Edad Media y tuvo auge especial a raíz de la expedición del Código Napoleón; para sus seguidores, la suprema norma de interpretación es el texto mismo de la ley, el sentido y alcance gramatical de la misma, ellos se cifien estrictamente a estos tres principios que vinieron a ser los cánones orientadores de esta escuela: a) Todo el Derecho Civil se encuentra en el Código; b) La ley debe interpretarse estudiando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacción de los artículos; c) Los jueces deben aplicar los Códigos siguiendo rigurosamente su sentido literal en la solución de los casos objeto del litigio. Puede decirse que el pensamiento de esta escuela fue plasmado en el artículo 27 del Código Civil colombiano que da importancia excepcional a la expresión gramatical, al sentido literal de las palabras; "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu". En principio esta es la consagración del método exegético, aunque es bueno anotar desde ahora que la ley habla del *sentido*, no de las palabras, de la interpretación gramatical de las mismas.

Frente a la anterior se presenta la escuela científica de interpretación de la ley cuyo objetivo es el de buscar el pensamiento o voluntad del legislador; como es imposible que éste pueda prever la multiplicidad de casos que se presentan en la práctica, como el derecho es una ciencia de hechos humanos y éstos son múltiples en sus manifestaciones, corresponde al juzgador una labor de adaptación del texto literal a esos mismos hechos para que la justicia cumpla su tarea esencial de encontrar la verdad jurídica en el campo de los hechos "Interpretar la ley —ha dicho la Corte Suprema— es fijar su sentido y alcance. La necesidad de interpretar las leyes no depende sólo de su imperfección, sino también de su naturaleza. Aun suponiendo leyes perfectas, siempre existirá la necesidad de interpretarlas porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran; sólo le es posible dar reglas generales, lo que requiere la interpretación de éstas, para resolver los diferentes casos particulares que puedan presentarse en la práctica". (Casación, Tomo LXII, Pág. 613).

De Ruggiero, citado por Valencia Zea, (Derecho Civil, Tomo I, página 124) desarrollando este criterio se expresa en los siguientes términos: "Es el pen-

samiento y la voluntad de la ley la que debe ser indagada, una voluntad que no es del pasado, ni la de los particulares que concurren a formar la ley, ni siquiera la suma de las voluntades particulares, sino que es presente, como si fuese renovada en cada momento. Para decirlo en otros términos, la voluntad de la ley se separa de la persona de su autor, y objetivándose se erige en entidad autónoma, con vida propia y que expresa todo el pensamiento que encierran sus palabras y su espíritu, capaz, por tanto, no sólo de regular todas las relaciones que el autor había previsto y considerado, sino también aquellas otras nuevas o distintas que sean traídas a su propia órbita".

Y en armonía con este pensamiento se expresa así el filósofo Del Vecchio: "Nada hay de mecánico en esta adaptación, sino que se trata de una nueva elaboración, casi una segunda creación de la regla que debe aplicar; y esto permite observar cómo la ley sirve para resolver aspectos nuevos de la vida social que no habían sido previstos por sus autores primitivos. Sobre la base de una misma fórmula legal, una evolución de concepciones e instituciones jurídicas tienen cabida a su alrededor. Existen leyes que parecen estacionarias en su texto, pero con el tiempo han terminado por tomar un sentido completamente opuesto al que tenían en un principio".

El método exegético ha sido superado para dar paso a la interpretación científica de la ley que ha permitido a nuestra jurisprudencia hacer grandes avances e incorporar a nuestro derecho las corrientes jurídicas más avanzadas y las grandes teorías que como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad extracontractual, el fraude a la ley, etc., han venido a enriquecer el pensamiento jurídico de la era contemporánea; de ahí por qué es principio que ya nadie discute que en la solución de los conflictos, el juez debe no sólo atenerse a lo que dicen las palabras del legislador sino que interpretando su genuina intención, debe encontrar la solución más racional y adecuada al caso controvertido. Precisamente por ello dice el artículo 26 del C. C.: "Lo jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares".

Tomemos al azar un ejemplo para ver cómo opera el método exegético y cómo el científico:

El artículo 905 del C. C. establece lo siguiente: "Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio".

Aplicando en su rigor el método exegético no podría otorgarse servidumbre de tránsito a un predio que ya tiene salida así sea la más estrecha, la más incómoda, la más antieconómica, porque el texto literal de la ley exige que no haya salida alguna; en cambio, invocando el método científico la jurisprudencia ha permitido la imposición de la servidumbre a predios que aun teniendo alguna salida, ella no se compagina con las necesidades de explotación en la época actual, ni con los avances en los sistemas modernos de comunicaciones, con lo cual la ley se hace más práctica, más humana, más maleable.

De acuerdo con este pensamiento veamos entonces cuál es el sentido de la exención establecida por el artículo 90 de la Ley 81 de 1960, en relación con el impuesto complementario de ausentismo. No estarán sujetos a ese recargo, entre otros, "quienes con matrícula recibieren enseñanza universitaria en establecimientos extranjeros reconocidos en el respectivo Estado"; no es necesario acudir a especiales reglas de hermenéutica para llegar a la conclusión de que la finalidad que con esa norma buscó el legislador fue la de fomentar el aprendizaje universitario fuera del país, la de dar oportunidad a los estudiantes para acrecentar sus conocimientos, aprovechando las corrientes del pensamiento foráneo o la de permitir la realización de carreras en el extranjero, especialmente para aquellos casos en que las universidades de Colombia no tengan un récord de estudios que abarque los avances nuevos del pensamiento científico. Pero a esta intención plausible debe contraponerse una realización seria de esos estudios en forma que se pueda demostrar que el educando realmente persigue aumentar el acervo de conocimientos que puedan más tarde ser aprovechables por el país, cumpliendo así la finalidad social de enriquecer nuestro patrimonio científico en todas las ramas de la técnica y de la ciencia. Por eso jamás puede pensarse que realiza esa voluntad legislativa quien sólo de una manera esporádica recibe una enseñanza, quien sólo cumple con un requisito de matrícula sin presentar a la vez un récord aceptable de asistencia en la respectiva Universidad extranjera y lo que es peor quien en forma sistemática aparece matriculándose en un mismo año lectivo que nunca logra superar, con lo cual demuestra o incapacidad evidente, o simple deseo de cumplir un requisito legal para obtener un beneficio que la ley estuvo muy lejos de conceder a quienes no tienen una verdadera conciencia universitaria.

Y no es que en esta forma se esté legislando, se estén exigiendo requisitos que el artículo 90 no reclama, como lo afirma el demandante; de ninguna manera; simplemente se está extractando del sentido literal de las palabras la genuina intención del legislador, su verdadero pensamiento que es lo que pregona el método científico o lógico en estos casos: a la interpretación mecánica de la ley se contraponen el verdadero alcance de una idea, de un pensamiento, de una finalidad. Si la ley es como una regla plástica que debe ir acomodándose a la forma de los hechos, según el conocido ejemplo de Aristóteles, no se cumplen los dictados de la ciencia jurídica cuando se la toma rígida en sus proyecciones en el espacio y en el tiempo. Si el legislador hubiese pensado que se presentarían hechos como los que aquí se evidencian, no hay duda que habría tomado las precauciones necesarias para evitar la evasión, exigiendo requisitos que no consideró oportuno establecer, de una parte, porque la ley debe ser severa en sus expresiones y de otra, porque no podía pensar que se presentarían formas audaces de burlar su verdadera intención. No puede entonces el juzgador ante las circunstancias que se han presentado cerrar los ojos a la realidad de los hechos y aplicando un absurdo mecanismo, hacer caso omiso del proceso científico que le impone el deber de pronunciarse frente a los hechos que el legislador no podía prever y que han venido por ello a destruir, a aniquilar su verdadero pensamiento e intención.

En el caso que nos ocupa se pone de manifiesto la intención del actor de eludir el impuesto de ausentismo sin el cumplimiento serio del verdadero alcance de la exención. En efecto: según los certificados visibles a los folios 39 y 84 del cuaderno número 1, el demandante Celio Villalba Rodríguez ha estado matriculado como alumno oficial en el primer curso de Licenciatura de la Sección de Económicas de la Universidad de Madrid y recibiendo enseñanza durante los cursos académicos de mil novecientos cincuenta y nueve, sesenta y sesenta y uno.

De otra parte afirma la Sección de Recursos Tributarios de Barranquilla, en la Resolución número 000132 de 1965 que el señor Villalba Rodríguez "venía siendo eximido del recargo del ausentismo en los años de 1957 a 1959 (D. L. 1961 de 1948, Art. 5º), con la presentación sucesiva de certificados verdaderamente universitarios y oficiales, expedidos por la Universidad de Madrid, Facultad de Ciencias Políticas y Económicas, por los que constaba que se había matriculado tres veces consecutiva (sic) en primer año de Licenciatura de Ciencias Económicas sin que constase en esos mismos documentos que se hubiere recibido la correspondiente enseñanza, sino todo lo contrario por la constante repetición del primer curso referido". Y que ya por el año de 1961 solicita la exención amparado con certificaciones de la Universidad de Salamanca, como también para los años de 1962 y 1963, con certificados de la misma Universidad. (Folios 9 y 10, cuaderno número 1). Estas afirmaciones están contenidas en un documento público o auténtico y como tal tienen una presunción de verdad que a la hora del pronunciamiento de este fallo no ha sido contradicha por el demandante, como le hubiera sido fácil estableciendo que ha progresado en sus estudios con la aprobación del respectivo curso académico y con el ingreso a otros más avanzados. De ello se deduce entonces que el actor ha permanecido estacionario, que siempre se ha matriculado en el año primero, presumiéndose, como es obvio, que ha fracasado en los exámenes o no ha tenido el récord de asistencia mínima indispensable en toda Universidad seria; no sabemos si en la Universidad de Madrid existe el sistema conocido como "vagancia" en virtud del cual la mayoría de las Universidades colombianas no permiten la repetición indefinida de unos mismos cursos académicos; todo parece decir lo contrario ya que al señor Villalba se le permitió su matrícula en el mismo año desde 1957 hasta 1963.

Repugna a la lógica pensar que el legislador quiso decir en la disposición que se comenta que bastaba una simple matrícula y la demostración de que se había recibido enseñanza, así fuera por una hora, para quedar comprendido en una exención cuyo alcance cultural y finalidad social son claros y evidentes; no se consagraría entonces un medio de fomentar estudios académicos en universidades extranjeras sino una forma fácil, sencilla y expedita para que quienes por poseer recursos económicos suficientes pueden permanecer largo tiempo en el exterior, se libran del impuesto, con evidente contradicción de las finalidades arbitristas del mismo. Todo esto nos está diciendo que la interpretación literal del artículo, que es precisamente la que ha hecho el actor, contraría en forma flagrante el sentido del mismo y crea una situación de privilegio que jamás estuvo en la mente del legislador. Ya anotábamos antes que el artículo 27 del C. C. se refiere no a que sean claras las expresiones literales sino el sentido de la ley y a nuestro modo de ver tal sentido aparece diáfano en el artículo 90 de la Ley 81 que busca ese fomento cultural que anotábamos, por lo cual puede afirmarse que la interpretación dada por la Sección de Recursos Tributarios de Barranquilla y la División de Impuestos Nacionales en ninguna forma viola el artículo 27, sino que por el contrario, lo acomoda en forma muy sensata y racional al pensamiento del legislador.

La Sala encuentra muy exacto el pensamiento del señor Fiscal Tercero del Tribunal Superior de Barranquilla cuando en su Vista se expresa de la siguiente manera: "Los funcionarios de la Hacienda Nacional en las Resoluciones atacadas aceptaron la autenticidad del certificado y la manera legal como fue presentado. Sin embargo, negaron la exención aduciendo que el mismo contribuyente en años precedentes aparece matriculado en el primer curso de Licenciatura de aquella Facultad, como consta en el expediente, lo que implica falta de aprovechamiento, que unida a la avanzada edad y cuantiosa fortuna del contribuyente pone de

manifiesto la finalidad de su propósito, que no es realmente el de adelantar estudios sino el de evadir el pago de impuestos'.

Y no es que el Consejo desconozca a las personas de edad avanzada y de cuantiosos bienes de fortuna, el derecho a aumentar su cultura y a ingresar en las Universidades, al contrario es esta una actitud muy encomiable porque el saber no puede ser patrimonio exclusivo de los jóvenes y de los pobres; pero es que este propósito no se manifiesta en el actor quien durante siete años ha estado matriculado en un mismo año sin que aparezca por parte alguna la prueba evidente de que su fracaso en los estudios universitarios se ha debido a causas incontrolables. Luego no es aventurado afirmar que su única intención ha sido la de eludir el pago del impuesto de ausentismo; se configura entonces en esta actitud un verdadero fraude a la ley que ocurre cuando se hace todo lo contrario a la finalidad de la misma, a su espíritu.

Como anotan los tratadistas de derecho tributario, la evasión a la ley tributaria puede ser legal o ilegal; es legal cuando el contribuyente utiliza los procedimientos permitidos por la ley para eludir parcialmente el impuesto, como ocurriría con quien por medio de donaciones irrevocables o constitución de sociedades, fraccionara su patrimonio para evitar la progresión del impuesto; la evasión ilegal se presenta con la ejecución voluntaria o involuntaria de ciertos actos con el fin de eludir parcial o totalmente el impuesto, pretermitiendo normas legales o acomodando su actitud a un sentido y a una finalidad que estuvo muy lejos de la mente del legislador. En el caso de autos hay una violencia indudable a la finalidad que se tuvo al establecer la exención del impuesto de ausentismo para los estudiantes, porque no es aceptable la interpretación de que la gracia fuera concedida también para aquellos que sin un propósito serio de realizar una carrera profesional estuviesen matriculados y asistiendo esporádicamente a unas clases, propósito que a la larga no se traduce en el cumplimiento de un calendario universitario y en la obtención de calificaciones que les permitiesen avanzar en la realización de la carrera.

Tanto el Tribunal de instancia como el señor Fiscal Segundo de esta Corporación acusan las Resoluciones impugnadas de exigir requisitos que la ley no ha previsto. Después de declararse integralmente de acuerdo con el pensamiento que expuso el Tribunal en la sentencia acusada, dice el señor Fiscal Colaborador:

"Sobre todos los aspectos tratados en la demanda la Fiscalía se permite agregar que el impuesto de ausentismo, tal como está establecido indica que no consulta del todo la justicia tributaria porque en verdad se aplica solamente a los colombianos. En cambio, a los extranjeros, por el hecho de serlos, (sic) pueden pasarse largo tiempo en el exterior disfrutando de las rentas que tienen en nuestro país sin que el Estado les grave con el impuesto de ausentismo. Ello quiere decir entonces que ese impuesto tiene por finalidad que el colombiano de empresa no le reste al país su colaboración para aumentar la riqueza nacional, ni le gaste divisas, pero también hay que manejarlo con mucha cautela y ciñéndose estrictamente a la ley, a fin de no castigar a los nacionales que aunque ausentes, dejan sus bienes en el país produciendo riquezas y dándole oportunidad de trabajo a los compatriotas, como en el caso en estudio donde se justiprecia que el actor está vinculado a varias empresas patrias.

También debe decirse que las universidades extranjeras están llenas de hombres de edad madura de rentistas que dedican su ocio a enriquecer

su espíritu; de gentes que después de haber logrado una independencia económica quieren adornarse con una gran cultura, sin necesidad de someterse a esfuerzos como la presentación de pruebas o exámenes que, como ya se dijo, no los requiere o exige la exención que se comenta”.

Compartimos el pensamiento del señor Fiscal en cuanto al hecho de que es aberrante que los extranjeros no estén sujetos también al impuesto de ausentismo, porque si los extranjeros en Colombia gozan de los mismos derechos y garantías que los nacionales, obviamente deben estar sometidos a los mismos deberes, entre los cuales ocupa puesto preferencial el de contribuir al fisco nacional para atender a la prestación oportuna y eficaz de los servicios públicos; pero nos apartamos en cuanto a su afirmación de que se le han exigido al reclamante requisitos que la ley no ha establecido, porque no propiamente se pidió la comprobación de exámenes sino simplemente se hizo alusión a la oportunidad y eficacia que tales pruebas hubieran tenido para convencer a los funcionarios administrativos de impuestos de que realmente el actor era un estudiante en la expresión clara y precisa del vocablo, y no transeúnte indefinido en el mismo tramo de formación académica.

Se queja el libelista de que los funcionarios de impuestos hayan hecho punto central de sus argumentaciones jurídicas a la teoría del abuso del derecho, por lo cual considera que se violó el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que sólo permite aplicar esa teoría cuando no haya ley exacta que reglamente el caso controvertido y el artículo 7º del C. J. en cuanto tales funcionarios se atribuyeron facultades expresamente reservadas a las autoridades jurisdiccionales.

Sobre el particular la Sala observa: no le está vedado a las autoridades administrativas hacer uso de los principios de interpretación de la ley y de las normas generales de derecho creadas por la doctrina y la jurisprudencia, cuando ellas están ejerciendo una función propiamente jurisdiccional, porque en la teoría administrativa es un principio evidente que las autoridades judiciales ejercen a veces funciones simplemente administrativas y a su turno las autoridades administrativas cumplen funciones jurisdiccionales cuando les toca decir el derecho en asuntos de su competencia, como es el caso de las Secciones de Recursos Tributarios y la División de Impuestos cuando tienen que decidir sobre recursos propuestos por los contribuyentes. Lo que ocurre es que en verdad no era necesaria la aplicación de la teoría del abuso del derecho en el caso controvertido, sino simplemente acudir al sentido y finalidad que tuvo el legislador al establecer las exenciones al impuesto de ausentismo, sentido y alcance que indudablemente fue legal y correctamente aplicado en las resoluciones impugnadas.

De acuerdo con el pensamiento expuesto, la Sala no encuentra en las resoluciones acusadas violación a las disposiciones legales que se indicaron como infringidas por el demandante y acogidas por el Tribunal. En consecuencia, la sentencia apelada habrá de revocarse para negar, en cambio, las súplicas de la demanda.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el señor Fiscal Segundo de la Corporación, *revoca* la sentencia de 27 de junio de 1967, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en el juicio de que se ha hecho mérito, y en su lugar,

RESUELVE:

No se accede a las súplicas de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 12 de junio de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Alvaro Orejuela Gómez, con salvamento de voto, Gustavo Salazar Tapiero.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del honorable Consejero, Doctor Alvaro Orejuela Gómez.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, D. E., veinte (20) de junio de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

Con toda consideración y con el acatamiento y respeto que siempre me han merecido las decisiones de la Sala, disiento de la sentencia precedente, aprobada por la mayoría de sus miembros, en la sesión del 12 de los corrientes.

Dicha discrepancia, que motiva este salvamento de voto, la apoyo y concreto en las razones que paso a expresar seguidamente:

Como se desprende del expediente, del fallo de primera instancia y especialmente de la vista del señor Fiscal del Consejo, todo el problema contemplado en este juicio se reduce a dilucidar si la exención del impuesto de ausentismo consagrada por el artículo 90 de la Ley 81 de 1960 que dice:

“Artículo 90. No estarán sujetos al recargo de ausentismo... quienes con matrícula recibieren enseñanza universitaria en establecimientos extranjeros reconocidos en el respectivo Estado”, cobija o no al demandante señor *Celio Villalba Rodríguez*.

Si se aplica al pie de la letra la disposición transcrita, como es del caso hacerlo, por las fundadas razones que aduce la sentencia proferida por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico y por otras que luego se expondrán, no cabe duda de que debe accederse a las peticiones de la demanda, porque el actor comprobó que estaba matriculado en la Universidad de Madrid (España); que ésta es un establecimiento docente reconocido, y, además, que recibió enseñanza como lo acreditan los Certificados que figuran en autos.

Pero si como lo sostiene el fallo pronunciado por la Sala implícitamente se rechaza la exención porque el demandante se ha matriculado varias veces en el primer año, ello equivale a decir que la Ley o el artículo transcrito ordena también que se presenten exámenes; que se apruebe el año o que no se repita el curso, cuestiones éstas que en parte alguna establece la norma mencionada. En otras palabras, se pretende darle al referido precepto una extensión que no tiene, que no puede tener, por ser disposición de carácter fiscal y excepcional, vale decir, de interpretación restrictiva. Y por ello debe aplicarse literalmente, siendo, además, su texto de tan meridiana claridad que no requiere ninguna interpretación, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 del Código Civil, que preceptúa: “Cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. Y la primera parte del artículo 28 *ibidem*, que estatuye: “Las palabras de la Ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...”

De tal diafanidad es la norma citada que el Gobierno al reglamentarla por medio del Decreto 437 de 1961, la reprodujo textualmente en el artículo 234. Si hubiera querido decir algo más, ampliando, agregando o modificando su estricto sentido, habría tenido la oportunidad de hacerlo en ese estatuto reglamentario de la Ley. Pero ni entonces, ni después, a pesar que desde 1961 a esta parte son muchas las disposiciones legales que se han expedido sobre asuntos tributarios, no se ha modificado el texto del artículo 90 aludido, ni siquiera cuando el Gobierno por Decreto-ley estableció que, en adelante, el ausentismo se cobre desde el tercer mes de ausencia, habiendo variado también las tarifas que ahora fluctúan entre el 15% y el 33%, en caso de que el colombiano permanezca todo un año en el exterior.

En apoyo a lo anteriormente expuesto, el tratadista doctor Isaac López Freyle en su obra "Principios de Derecho Tributario" hablando de la interpretación de las normas tributarias, dice:

"Toda excepción es de interpretación restrictiva, y, tratándose de un sistema poltributario, la inteligencia de las leyes que lo constituyen debe tender al equilibrio y perfección del mismo; no puede interpretarse cada ley aisladamente, sino como parte de un conjunto armónico, y cada impuesto debe ser examinado o juzgado, no solamente en sí mismo, sino en relación a los otros impuestos que forman parte del conjunto impositivo; que, en consecuencia, la interpretación debe tender a que todos los impuestos se armonicen y llenen el fin para que han sido creados, sin que las exenciones respecto de unos puedan servir para que otro deje de percibirse sobre su objeto o materia imponible especial, en su oportunidad y con el fin para que ha sido creado, satisfaciendo las necesidades públicas a que se lo ha destinado".

"Las excepciones a las leyes impositivas deben ser interpretadas con criterio restrictivo y aparecer fuera de razonable duda"; y no pueden crearse por implicancia o inferencia". Pero si bien las excepciones impositivas son de interpretación estricta, este principio no alcanza a excluir de la franquicia a los casos que caben precisamente en los términos de la Ley o los que aquella comprenda por necesaria implicancia.

"El silencio o la omisión en una materia que, como la impositiva, requiere ser restrictivamente aplicada, no debe ser suplida por vía de interpretación analógica, y mucho menos aún por decisión judicial... No es dable al poder judicial, por simple regla de aplicación prevista explícitamente en la Ley, ya que de admitirse así, se habrían extendido o ampliado los efectos de la misma a objetos o casos no legislados expresamente"; (Página 141 y siguientes de la obra citada).

Y en relación con los casos dudosos que puedan presentarse, si el demandante Villalba se coloca en este terreno, en gracia de discusión, ya que no lo es, el doctor López Freyle, comenta:

"En el Derecho Tributario son aplicables reglas de interpretación del derecho común, siempre que no pugne con la naturaleza del derecho público que caracteriza a la legislación fiscal, pues la Ley no ha señalado normas especiales de interpretación para esta rama del derecho.

"En la América Latina la tendencia más caracterizada es la de adoptar la interpretación en favor de la libertad fiscal. En efecto, todas las Cons-

tituciones de los Estados Americanos protegen la honra, vida y bienes de las personas residentes en sus respectivos territorios y la libertad del individuo mediante la limitación de los poderes estatales. Estas garantías imponen la aplicación de la regla *in dubio contra fiscum*. Dice Bielsa que fundándose este criterio interpretativo en el principio de la libertad del contribuyente, como habitante cuyo patrimonio es gravado en razón de hechos o actos realizados en virtud de su libertad de trabajo, de comercio, etc., que se resuelven, en general, en un derecho de propiedad adquirido por el ejercicio de su libertad, en casos dudosos que puedan determinar un impuesto excesivo en contra del contribuyente, ellos deben resolverse en favor de éste.

"Las leyes fiscales deben tener una interpretación funcional que armonice los actos o hechos económicos que se gravan con la figura jurídica que les dio origen; cuando exista una manifiesta contradicción entre los fenómenos jurídicos y los económicos, hay que atenerse a los efectos económicos por cuanto las leyes fiscales no tienen en mira qué debe acontecer según los contratos sino qué acontece, ya que el fenómeno económico en sí es lo que le da capacidad contributiva al presunto sujeto pasivo de la obligación tributaria. En este orden de ideas el funcionario de Hacienda, para calificar los fenómenos económicos sometidos a gravamen, no puede entrar a examinar si el acto o hecho jurídico que determinó el fenómeno económico se ajusta o no a derecho, pues es suficiente su existencia en sí. Sin embargo, cuando un acto o hecho jurídico ha debido producir determinados efectos y no los produjo, debe analizarse esta situación a la luz de las relaciones trabadas entre las partes para averiguar la verdad y calificar la capacidad económica de los contribuyentes que intervinieron en dichas relaciones, pues el hecho objetivo más que la abstracción jurídica es lo que determina la capacidad de pago. (Página 136 y siguientes de la obra citada)".

De acuerdo con las doctrinas antes expuestas tenemos, entonces, que el caso controvertido debió resolverse aplicando literalmente a favor del demandante el artículo 90 de la Ley 81 de 1960, sin más consideraciones y sin acudir a la interpretación científica de dicha norma, como lo hace la anterior sentencia, en erudito e ilustrativo estudio, que bien puede servir de fundamento para otros casos diferentes, pero en manera alguna para el que nos ocupa actualmente. Porque como ya se dijo, el precepto tributario que ampara al actor Villalba Rodríguez, es tan claro y preciso que no admite ninguna interpretación, ni mucho menos la aplicación de métodos intuitivos o deductivos que nos enseñan las escuelas filosóficas para llegar a la verdad de las cosas; y, además, porque, en general, las leyes fiscales no tienen por qué indagar el fuero interno o los propósitos del contribuyente, como sí sucede en los asuntos penales en que se investiga el dolo —por ejemplo—; y en donde la justicia penetra en la conciencia del delincuente. Pero en derecho tributario sólo cuentan los hechos.

Al interpretar la ley pensando en sus fines, se afirma también en el fallo precedente, que la exención consagrada en ella es para *estudiantes*, vale decir, para quienes constituyen lo que pudiéramos llamar el "gremio estudiantil".

Pero es esta una aseveración errada y sin fundamento, ya que el estudiante, por regla general, es hijo de familia, depende siempre de sus padres económicamente, y, de consiguiente, carece de patrimonio y no goza de renta. Por lo cual aunque no existiera el artículo 90 de la Ley 81 de 1960, no podría ser gravado fiscalmente, aun permaneciendo en el exterior todos los años que quisiera. Luego, entonces, la excepción se hizo para las gentes de edad madura que tienen

do patrimonio y rentas suficientes, resuelven viajar a otros países con el fin de adquirir mayores conocimientos o de aquilatar su incipiente cultura en afamados Centros Universitarios.

De otra parte, creo que son muy pocos los colombianos, —por no decir ninguno—, que individualmente contribuyan al fisco nacional, cada año, con más de tres millones de pesos (\$ 3.000.000.00), por concepto de impuesto de Renta y Patrimonio, como lo hace el demandante señor Villalba Rodríguez. Esa sola consideración sería suficiente para no empeorar con criterio fiscalista la situación planteada por él en autos. Piénsese en todos los extranjeros que por ser tales disfrutaban tranquilamente en el exterior de su patrimonio y rentas colombianas, sin pagar los impuestos de ausentismo, porque no son gravados. Este hecho debe pesar para aplicar en su estricto sentido, sin interpretaciones de ninguna naturaleza, lo dispuesto por el artículo 90 de la Ley 81 de 1960, en forma que atenúe este insólito privilegio otorgado por la ley a las gentes de fuera.

Ahora bien: si se examina con detención el expediente administrativo del presente juicio, se encuentran varios memorándums de los funcionarios de Hacienda, que denotan, a simple vista, cómo hacían toda clase de esfuerzos y de elucubraciones mentales, cubiertas con aparente ropaje de legalidad, para ver la manera de gravar con el impuesto de ausentismo al contribuyente Villalba Rodríguez, hasta llegar a tal punto de que invocaron la teoría del abuso del derecho, para aplicarla absurdamente, al caso de autos, o aquella otra de que a falta de disposición especial podían gravarlo por analogía.

Para finalizar estas breves acotaciones al exhaustivo estudio que del negocio *sub judice* hizo el honorable Consejero Ponente, cuyos razonamientos siento no compartir en su totalidad, quiero destacar un aparte de él, en que hablando de la interpretación de la ley, expone:

“Tomemos al azar un ejemplo para ver cómo opera el método exegético y cómo el científico:

“El artículo 905 del C. C. establece lo siguiente: ‘Si un predio se halla destituido de toda comunicación con el camino público, por la interposición de otros predios, el dueño del primero tendrá derecho para imponer a los otros la servidumbre de tránsito, en cuanto fuere indispensable para el uso y beneficio de su predio, pagando el valor del terreno necesario para la servidumbre y resarciendo todo otro perjuicio’.

“Aplicando un su rigor el método exegético no podría otorgarse servidumbre de tránsito a un predio que ya tiene una salida así sea la más estrecha, la más incómoda, la más antieconómica, porque el texto literal de la ley exige que no haya salida; en cambio, invocando el método científico la jurisprudencia ha permitido la imposición de la servidumbre a predios que aun teniendo alguna salida, ella no se compagina con las necesidades de explotación en la época actual, ni con los avances en los sistemas modernos de comunicaciones, con lo cual la ley se hace más práctica, más humana, más maleable”.

Al anterior “ejemplo”, estimo que puede contraponerse este otro que sí encierra la verdad de lo que ocurre actualmente, en relación con la realidad tributaria, sin que sea necesario acudir a las escuelas exegéticas o científicas, para desentrañar el exacto sentido de su certidumbre, porque es tan claro el caso,

como lo es el artículo 90 de la Ley 81 de 1960, materia de la controversia en el presente juicio.

Desde que se hizo la primera Reforma Tributaria en el año de 1936, la ley estableció las siguientes exenciones personales en favor de los cónyuges e hijos: \$ 2.500.00 por cada cónyuge y \$ 1.000.00 por cada hijo.

Tales exenciones seguramente tuvieron por fundamento que según el costo de la vida y el valor de la moneda en ese tiempo, podía una persona subsistir, anualmente, con dichas sumas, es decir, que cada cónyuge, se alimentaba y vestía, en una palabra, vivía, como era la realidad, con \$ 250.00 mensuales o algo menos; y cada hijo con una suma un poco menor de \$ 100.00.

Pues bien: La exención anterior aún no ha variado; sigue siendo la misma, a pesar de que la moneda colombiana vale hoy diez veces menos, o lo que es lo mismo, el costo de la vida en el país vale diez veces más que en 1936.

Entonces, si la exención en referencia, que se sigue aplicando rigurosamente porque como tal es de estricta interpretación, admitiera que debe consultarse el espíritu de la ley para fijarla, empleando el método científico, deberían ser hoy dichas exenciones de \$ 25.000.00 y \$ 10.000.00, respectivamente, porque con una suma menor ni se alimentan, ni se visten, ni viven los cónyuges, ni los hijos de la clase media, para no hablar de estudiantes y obreros, pues ya se sabe que, en general, éstos no tributan.

Pero se hace en la sentencia una afirmación categórica que el suscrito no puede pasar inadvertida en este salvamento de voto. Y es cuando asevera:

“.....”

“En el caso que nos ocupa se pone de manifiesto la intención del actor de eludir el impuesto de ausentismo sin el cumplimiento serio del verdadero alcance de la exención”.... “Luego no es aventurado afirmar que su única intención ha sido la de eludir el pago del impuesto de ausentismo; se configura entonces en esta actitud un verdadero fraude a la ley que ocurre cuando se hace todo lo contrario a la finalidad de la misma, a su espíritu”.

Aun admitiendo en gracia de discusión que estuvo en la mente del demandante burlar el impuesto de ausentismo, al matricularse y recibir enseñanza universitaria durante varios años en un mismo curso, tal hecho, no alcanza, a ser motivo ni razón justificativa, para que el Consejo de Estado sienta el funesto precedente de que las exenciones fiscales admiten interpretación extensiva o acomodaticia a cada caso, siendo ellas de carácter esencialmente restrictivo, como quedó expuesto anteriormente.

Establecer una jurisprudencia de esa índole sería para los contribuyentes tan peligroso y equivocado, como pretender abolir la garantía constitucional de que es al Congreso y no al Ejecutivo al que corresponde determinar o imponer las contribuciones.

Ahora bien: el rechazo o desconocimiento por jurisprudencia o doctrina del principio de la aplicación literal que debe darse a las exenciones señaladas en la ley, —so pretexto de consultar su espíritu—, constituye para la ciudadanía, en general, un daño mayor que el que puede ocasionarse al Fisco, privándolo de una

entrada extraordinaria, —como es el impuesto de ausentismo—, que por importante que se la considere, no alcanza a ser una sexta parte de lo que normalmente paga el contribuyente, quien al ver que desaparece aquella norma que lo favorecía legalmente, se sentirá desamparado ante la justicia de lo Contencioso-Administrativo en la cual siempre ha tenido confianza.

Alvaro Orejuela Gómez.

IMPUESTOS NACIONALES. — RENTA Y COMPLEMENTARIOS

DEDUCCION DE EXPENSAS NECESARIAS. — Al establecer la Ley 81 de 1960 y su Decreto reglamentario como deducción de la renta “las expensas necesarias pagadas durante el año”, se está refiriendo a los gastos “normalmente acostumbrados” en la producción de la renta denunciada. De ninguna manera puede considerarse como gasto normal acostumbrado el pago de un Gerente y de un Revisor para percibir los dividendos que pagan las sociedades anónimas y el precio de los arrendamientos de bienes urbanos. Y mucho menos cuando los sueldos que se denuncian como pagados absorben más de la tercera parte de la renta bruta percibida. Lo que sí es normal es la comisión pagada a los administradores de bienes urbanos, y que las autoridades fiscales aceptan como deducción.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Gustavo Salazar T.*).

La señora Margarita Mora viuda de Villa presentó entre los gastos necesarios para la producción de su renta, por el año gravable de 1960, los sueldos pagados a sus hermanas, las señoras Maria Mora de Lince y Teresa Mora Mesa, en su carácter de Gerente y de Revisor, respectivamente, sueldos que fueron de \$ 72.000.00 y \$ 48.000.00, más las primas de servicios y cesantías consolidadas pagadas y reconocidas a las mismas.

No aceptó la Administración esas deducciones y al contestar el reclamo elevado por la contribuyente, la División de Impuestos Nacionales expuso las siguientes razones para confirmar la liquidación de impuestos:

“1ª Con relación a la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios y especiales a cargo de *Margarita Mora de Villa*, correspondiente al año gravable de 1960, existe en el informativo la siguiente nota de la Sección de Liquidación.

“Los sueldos, primas y cesantías consolidadas, fueron rechazadas (sic) después de haber hecho un estudio a fondo sobre la base fuente de la renta, pues según normas de la División de Impuestos Nacionales los gastos que no tengan razón y causalidad con la renta no son aceptables.

“La renta proviene de dividendos y arrendamientos y no existe razón justificable para el pago de un Gerente y un Revisor con los sueldos propuestos por la declarante.

'Gastos o expensas ordinarias lo contempla claramente el Decreto número 818 de 1936 en su artículo 43 ordinal d), el cual está vigente, punto básico y por mandato de la ley para su rechazo'.

"2ª En forma amplia, las deducciones son los gastos que la ley permite restar de la renta bruta para la determinación de la renta líquida (Ley 81/60, Art. 43 y ss., Decreto 437/61, Art. 89 y ss.). De ellos se sigue que para que un determinado gasto tenga el carácter de expensa ordinaria, y pueda por tanto descontarse de la renta bruta del contribuyente, debe reunir tres elementos, a saber: necesidad, relación de causalidad y proporcionalidad.

"La necesidad, a más de estar regida por un criterio comercial, es un factor que como su nombre lo indica hace relación a la indispensabilidad del gasto para la producción de la renta, y que se opone o prima sobre la noción de lo conveniente o lo útil.

"Por relación de causalidad debe entenderse la relación de causa a efecto entre el gasto y la renta de donde va a deducirse. En otros términos, es el nexo que une al egreso con la renta tan estrecha y directamente que el uno no puede darse sin la otra.

"El elemento proporcionalidad significa que el gasto no puede ser excesivo para el fin propuesto, sino que debe guardar cierta armonía o equilibrio con la renta producida. También vale como la coyuntura que partiendo de los datos generales sobre una determinada actividad, permite concluir frente al caso concreto si un gasto es o no desproporcionado en relación a la renta.

"3ª El valor de las rentas recibidas por la contribuyente en el año de 1960 está constituido por dividendos y arrendamientos. Es decir, por ingresos que se confunden con la renta bruta, por ingresos que no tienen costos que les sean imputables. Son pues rentas exclusivas de capital o perezosas, rentas que se mantienen, que permanecen independientemente de las circunstancias en que se encuentra una persona; si el titular de los bienes que las producen enferma, no sufren mengua.

"Establecido lo anterior debe concluirse, pues que si son conocidos los motivos que indujeron al liquidador a rechazar los sueldos y prestaciones solicitados, y que tales 'gastos' son indeducibles de la renta bruta por no ser 'normalmente acostumbrados' por el contribuyente que sólo deriva su única fuente de renta del capital (Decreto 437/61, Art. 90).

"Y ello es así además porque si bien es cierto que las leyes laborales y fiscales no prohíben tener como empleados a parientes del patrono, como anota el doctor Parrá Suárez, no es menos cierto que las Oficinas de Hacienda están autorizadas para calificar la naturaleza y cuantía de las erogaciones propuestas por todos los contribuyentes (Decreto 1651/61, Art. 9º), con lo cual se rechazan no sólo los traspasos o divisiones de renta entre familiares, sino que también entre extraños. Donación o división que se hace ostensible en el caso *sub lite* si se tiene en cuenta que las atribuciones inherentes a los pretendidos cargos, el manejo de una cuenta en el Banco Industrial Colombiano de Medellín y la intervención en los arrendamientos recibidos por conducto de Alberto Alvarez S. & Cía. Ltda., no son suficientes en la vida de los negocios para justificar unas expensas exhaustivas de

los ingresos de la contribuyente. Por eso ellas sólo se explican en el parentesco, en los vínculos de sangre". (Resolución número R-01028-H. 1964).

Insatisfechas con esta determinación, las únicas sucesoras por causa de muerte de la contribuyente y que son también las que figuran en vida de ésta como Gerente y Revisor de sus bienes, señoras María y Teresa Mora Mesa, demandaron ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia la revisión de la operación administrativa, para que se haga una nueva en la que se reconozca la deducción solicitada y no aceptada por las autoridades fiscales.

Como disposiciones violadas en la liquidación de impuestos invocaron las demandantes el artículo 43 de la Ley 81 de 1960 y los artículos 89, 90 y 92 del Decreto número 437 de 1961. Para sustentar la demanda dice el apoderado de las actoras, después de transcribir el artículo 90 citado:

"La disposición transcrita es bien clara en su texto y la deducción solicitada se ajusta exactamente a ella, puesto que, no pudiendo manejar sus propios negocios la mencionada Margarita Mora de Villa (ya fallecida), es lógico que tuviera que delegar tales funciones en otras personas y encomendar a ellas la administración general de sus bienes, mediante el pago de un sueldo previamente convenido. En tales circunstancias, la citada contribuyente nombró como gerente con todas las atribuciones inherentes a tal cargo, a María Mora de Lince, quien en desarrollo de sus funciones tenía la obligación de velar por los intereses de su empleadora, y como Revisor, a Teresa Mora Mesa, la cual supervisaba el normal funcionamiento de sus negocios.

"Por lo ya expuesto, se deduce con claridad meridiana que los gastos sobre cuya deducción versa el presente reclamo, constituyen *expensas ordinarias y necesarias para la producción de la renta*, no existiendo base legal para su rechazo por parte de la Oficina Liquidadora, la cual posiblemente, procedió en la forma indicada, considerando el parentesco entre la contribuyente y sus empleados; mas no existe en Colombia disposición laboral que prohíba tener como empleados a parientes del patrono, ni disposición fiscal que rechace deducciones por concepto de sueldos y prestaciones sociales pagadas a los mismos. Al respecto sólo existe el límite establecido por el artículo 145 del Decreto 437 de 1961, en cuanto a bonificaciones, gratificaciones o regalos voluntarios hechos a algún *trabajador* que sea pariente de cualquiera de los socios vinculados a una sociedad de personas lo cual tampoco es aplicable al caso discutido, sino que por el contrario, confirma categóricamente que sí puede existir contrato de trabajo entre parientes, puesto que limita la deducción por tales conceptos a un *sueldo mensual*. Por otra parte debe tenerse en cuenta que la División de Impuestos Nacionales dio su opinión sobre tal aspecto, en la Conferencia de Auditores celebrada en 1957, en los siguientes términos:

Las compensaciones por trabajos prestados realmente, deben aceptarse cualquiera que sea su denominación, ya sean pagadas a parientes o extraños. No hay razón alguna para exigir prueba escrita preconstituida cuando las personas que prestan los servicios sean parientes del contribuyente. Es claro que la compensación no puede exceder los límites estableci-

dos en el artículo 11 del Decreto 2317 de 1953 y debe corresponder a trabajo realmente prestado, so pena de su rechazo total en este último caso'.

El Tribunal del conocimiento falló el negocio por sentencia de 15 de diciembre de 1965, negando las peticiones de la demanda, con base en el siguiente razonamiento:

"Las leyes tributarias han venido evolucionando en el aspecto regulador de los sueldos como expensas necesarias de la producción de la renta, deducible para la determinación de la gravable, en el sentido de no dejar a la apreciación del liquidador su razonabilidad o proporcionalidad, sino fijando topes cuantitativos o numéricos; pero conservando invariablemente como condición para que sean deducibles, su carácter de necesidad —ni siquiera conveniencia—, necesidad que es referida al dato de lo normalmente acostumbrado.

"Luego el funcionario administrativo al interpretar la norma debe extraer su decisión en parte primordial de los datos empíricos que la propia realidad comercial le suministre, a fin de acomodar sus decisiones a cada caso concreto atendiendo a la lógica interna que emana de esa norma. No es actividad propiamente discrecional, sino interpretación de la ley que emplea conceptos tan indeterminados como son en este caso los de necesidad y 'normalmente acostumbrados'.

"Resulta apenas obvio, dentro de los conocimientos empíricos a que hay que ocurrir, que las llamadas rentas perezosas no necesitan de gerencia ni de revisorías tan espléndidamente pagadas, (más de un treinta por ciento de su total) que no están, no pueden estar dentro de lo normalmente acostumbrado. Máxime si se tiene en cuenta que se trata de percepción de dividendos en sociedades anónimas y de arrendamiento de propiedades inmuebles, en cuya percepción se pagaron, respectivamente, comisiones a terceras personas (v. Fls. 45 antecedentes administrativos).

"No juega, entonces, ningún papel la realidad del gasto, ni la motivación íntima que haya movido a la señora Mora v. de Villa para contratar laboralmente con sus sucesores, ni las condiciones subjetivas en que se encontrare si esos sueldos no eran objetivamente necesarios, ni normalmente acostumbrados; si no determinan la producción de la renta, no pueden ser deducibles".

Interpuso recurso de apelación contra esta sentencia el apoderado de las señoras Mora Mesa y llegado el negocio al honorable Consejo de Estado, no se expusieron las razones que tuviera el recurrente contra el fallo de primera instancia. En cambio, el señor Fiscal Segundo de esta Corporación expuso su concepto de fondo de la siguiente manera:

"Evidentemente, de acuerdo con todas las probanzas que se allegaron al plenario se puede apreciar que la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín liquidó a la actora el valor de sus impuestos y fue notificada bajo el número 7062 del día 18 de octubre de 1961, pero desestimó del valor propuesto como deducciones en la suma de \$ 140.000.00 correspondientes a sueldos y prestaciones sociales pagados durante el ejercicio de 1960 a algunas personas que prestaron servicios relacionados con el manejo de los bienes de sucesión.

"En este caso enjuiciado se evidencia que el valor de las rentas recibidas por la actora en el año discutido está formado por dividendos y arrendamientos y se aspira a que se acepten como deducciones los sueldos y prestaciones sociales pagados, por tratarse de expensas ordinarias en la explotación de un capital productor de renta gravable.

"Siempre se ha sostenido, como norma del Derecho Tributario, que para que una suma determinada sea deducible debe conservar su carácter de necesidad y, especialmente que exista causalidad en relación con la renta. Vale decir, que haya indispensabilidad del gasto para la producción de la renta y, además, que el consumo no sea excesivo sino que debe conservar cierto equilibrio con la utilidad producida.

"De modo, pues, que no se justifica por ningún aspecto, como se ha dicho, si la renta proviene de dividendos y arrendamientos, el pago de un Gerente y un Revisor con los sueldos que fueron señalados en la declaración de renta para unos familiares.

"Por las precedentes consideraciones y las expuestas por el Tribunal Administrativo de Medellín la Fiscalía es de concepto que se confirme la sentencia apelada".

La Sala comparte tanto las razones que expuso la División de Impuestos Nacionales para rechazar las deducciones solicitadas, así como las que sirvieron de base al Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia para negar las súplicas de la demanda. Y de igual modo prohija los argumentos expuestos por el señor Fiscal Segundo del Consejo para solicitar la confirmación del fallo recurrido.

Al establecer la Ley 81 de 1960 y su Decreto reglamentario como deducción de la renta "las expensas necesarias pagadas durante el año", se está refiriendo a los gastos "normalmente acostumbrados" en la producción de la renta denunciada.

De ninguna manera puede considerarse como gasto normal acostumbrado el pago de un Gerente y de un Revisor para percibir los dividendos que pagan las sociedades anónimas y el precio de los arrendamientos de bienes urbanos. Y mucho menos cuando los sueldos que se denuncian como pagados absorben más de la tercera parte de la renta bruta percibida. Lo que sí es normal es la comisión pagada a los administradores de bienes urbanos, y que las autoridades fiscales aceptaron como deducción.

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

FALLA

Confirmase el fallo de 15 de diciembre de 1965 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia en el presente juicio.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en la sesión del día 20 de junio de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Gustavo Salazar T., Hernando Gómez Mejía, Alvaro Orejuela Gómez.

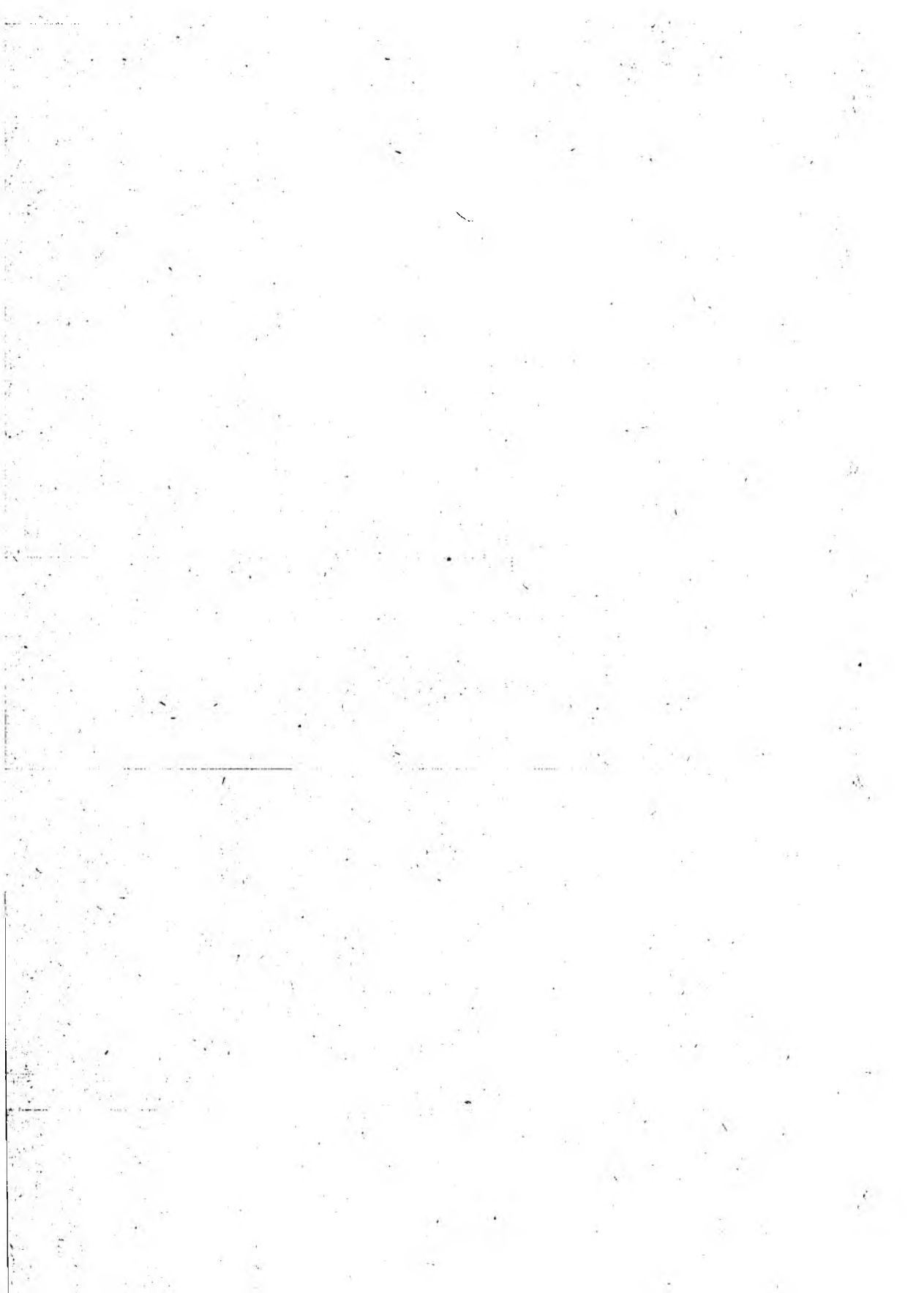
Luis Jiménez Forero, Secretario.

TITULO VII

JURISDICCION COACTIVA

CAPITULO PRIMERO

APELACIONES



I. ACUMULACION DE ACCIONES. — Cómputo de la masa valuable del pleito.

II. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. — Para conocer de apelaciones e incidentes de excepciones y tercerías en juicios por jurisdicción coactiva.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta. Bogotá, mayo veintinueve (21) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía).

El presente juicio de jurisdicción coactiva, instaurado por la Nación contra Gaseosas Posada Tobón S. A., ha subido al Consejo de Estado en apelación de los autos de mandamiento de pago de fechas enero 28 de 1964, febrero 20 y marzo 3 del mismo año, dictados por la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Pereira.

Al examinar los autos, se observa que el Consejo de Estado no es competente para conocer del presente juicio porque él debe ser decidido, en única instancia, por el Tribunal Administrativo de Risaralda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 16 de 1968.

En efecto: se ejercitan acciones acumuladas con fundamento en títulos distintos, ninguna de las cuales es superior a la suma de \$ 20.000.00.

La Administración de Impuestos Nacionales de Pereira, por auto de 17 de marzo de 1964 (folios 18 a 20, Cuaderno Nº 1), decretó la acumulación de los siguientes juicios:

Primer juicio. Por la suma de \$ 2.000.00, más los costos y costas de la ejecución en que sirvió de título ejecutivo la Resolución número 80 de 8 de noviembre de 1963, emanada de la División de Asuntos Colectivos del Ministerio del Trabajo.

Segundo juicio. Por la suma de \$ 2.000.00, cuyo título ejecutivo es la Resolución número 066 de 28 de enero de 1964, proferida por la Inspección Nacional del Trabajo de la ciudad de Pereira.

Tercer juicio. La cuantía de cada uno de esos juicios es de \$ 1.000.00 y sirvieron como títulos las Resoluciones números 118, 125, 127, 131 bis, 135 bis, 136, 137, 143, 146, 147, 146 bis, 148, 149 y 150, todas proferidas por la Inspección Nacional del Trabajo de Pereira.

Para conocer qué cosas deben computarse para formar la masa valuable del pleito, hay que comprender en el cómputo todo, y sólo lo que constituye el objeto de la cuestión que debe decidirse, cuando el actor deduce en juicio varias acciones acumuladas objetivamente en una sola demanda, o cuando se decreta

la acumulación de autos; para determinar la competencia, deberá tenerse en cuenta el valor separado de cada acción, cuando proviene de distinto título; en cambio no sucede lo mismo cuando las acciones dimanen de un mismo título, sea que éste se halle contenido en uno solo o en varios documentos. Así, si la ejecución por jurisdicción coactiva se solicita con base en distintas resoluciones que prestan mérito ejecutivo, se presenta el fenómeno de la acumulación concurrente de acciones, pero una de ellas, al menos, ha de ser de \$ 20.000.00 para que sea competente, según los casos, el Consejo de Estado para conocer de apelaciones y recursos de hecho o de los incidentes de excepciones y tercerías. De manera, pues, que en estos casos, no se suman las cuantías siempre y cuando procedan de distinto título, sino que cada una se aprecia independientemente.

Es de advertir que en materia de intereses, de gastos y de daños anteriores, cuyas demandas suelen, como accesorios acompañarse a la principal, debe distinguirse así:

Los intereses ya vencidos, los gastos y daños anteriores a la demanda judicial se suman al capital para calcular el valor del pleito; en cambio, no se computan los intereses no vencidos, ni los gastos aún no realizados, ni los daños posteriores a la demanda judicial, porque tales cosas no constituyen propiamente objeto de la cuestión deducida en pleito ni son, en el estado actual del juicio, susceptibles de ser declaradas y liquidadas.

El artículo 25 de la Ley 16 de 1963 que modificó el ordinal 3º del artículo 30 del Decreto 528 de 1964, establece que el Consejo de Estado conoce de las apelaciones y recursos de hecho y de los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva de que conozcan funcionarios nacionales cuando la cuantía principal del juicio sea o exceda de \$ 20.000.00.

Y a su turno el artículo 26 de la citada disposición, establece que los Tribunales Administrativos conocen en única instancia, de los incidentes de excepciones y de las tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva de que conozcan funcionarios nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía de la acción principal sea inferior a \$ 20.000.00, lo cual significa, en otras palabras, que en esta clase de negocios, cuando la cuantía es inferior a \$ 20.000.00, el Consejo de Estado no conoce ni de los incidentes de excepciones y tercerías, ni de las apelaciones y recursos de hecho. Las disposiciones de la ley citada tienen efecto general inmediato al tenor de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

Ahora bien: ya se vio cómo la cuantía en cada uno de los juicios acumulados, que tienen títulos distintos, es de \$ 2.000.00 en dos de ellos y de \$ 1.000.00 en los demás, lo que significa que el Consejo de Estado no es competente para conocer de este juicio, ni en primera, ni en segunda instancia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

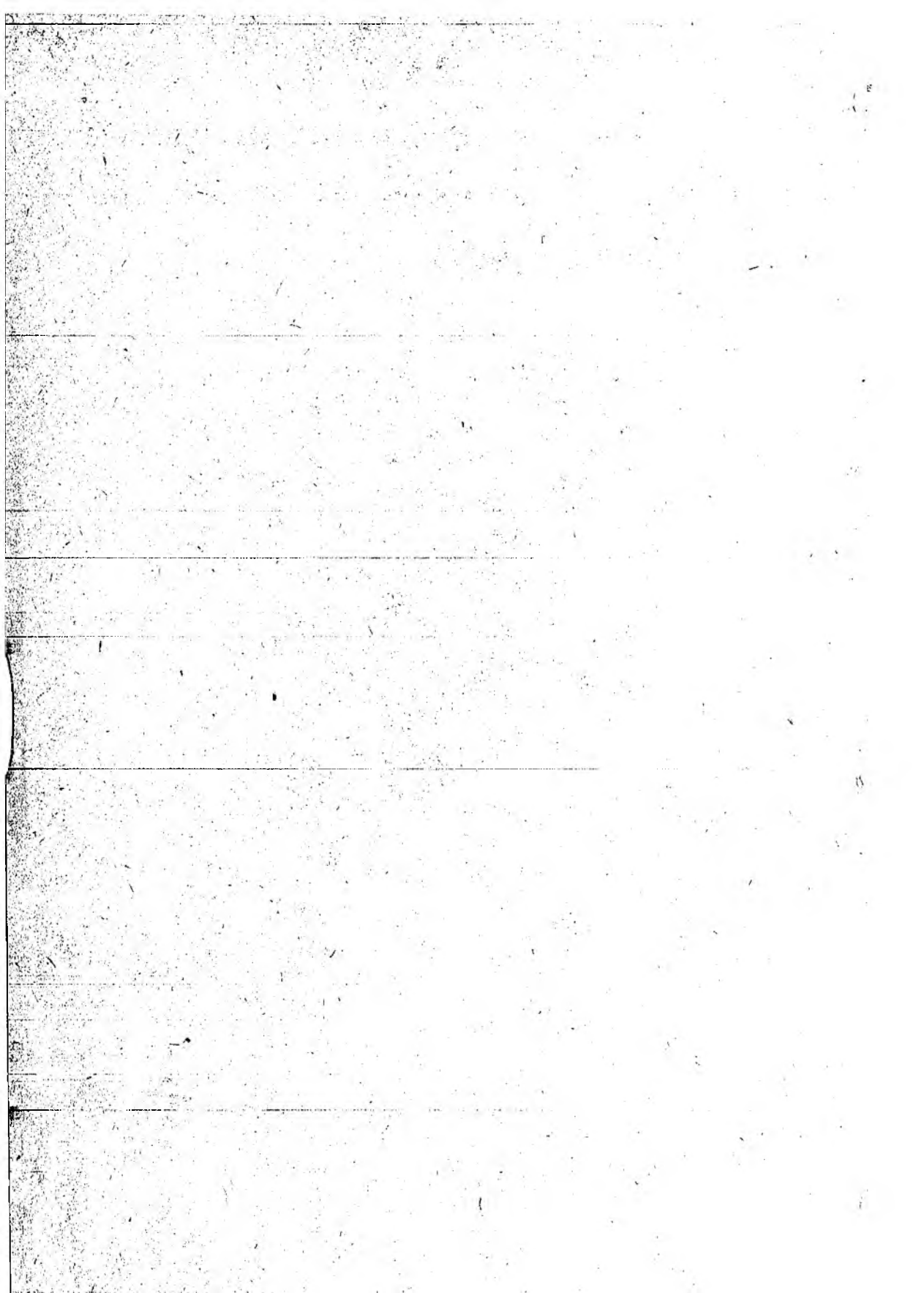
Remítase este expediente al Tribunal Administrativo de Risaralda, por ser de su competencia.

Notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 21 de mayo de 1968.

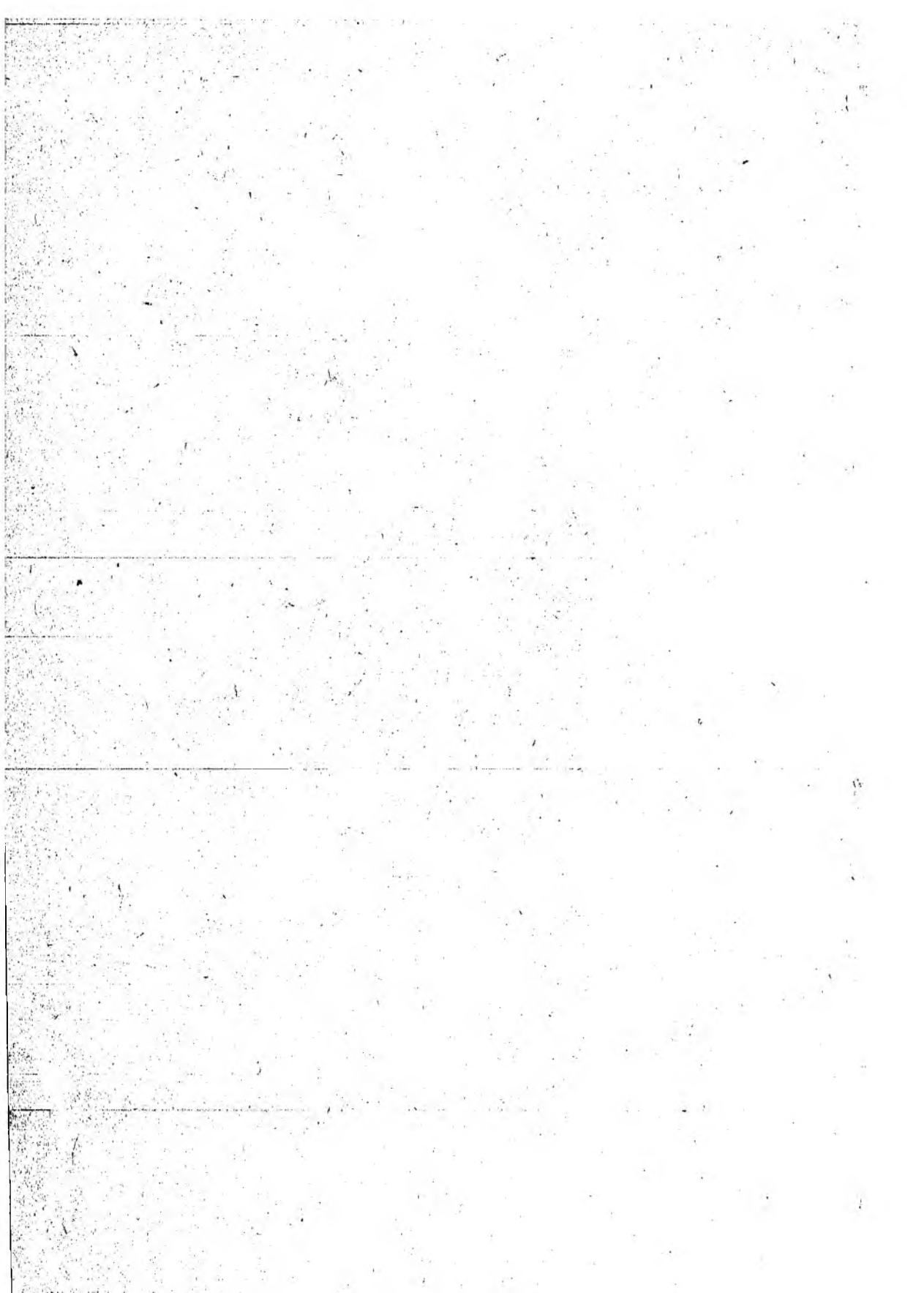
Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Alvaro Orejuela Gómez, Gustavo Salazar Tapiero.

Luis Jiménez Forero, Secretario.



CAPITULO SEGUNDO

EXCEPCIONES



JURISDICCION COACTIVA. — Con fundamento en la falta de notificación del reconocimiento no puede prosperar la excepción de invalidez del título ejecutivo.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.
Bogotá, D. E., marzo veintinueve de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Gabriel Rojas Arbeláez*).

Ref.: Expediente N° 628. Bavaria S. A., Excepciones.

Dentro del juicio ejecutivo adelantado por la Tesorería Municipal de Cali contra "Consortio de Cervecerías Bavaria S. A.", la Compañía Ejecutada propuso las excepciones que denominó así: a) Invalidez del Título Ejecutivo; b) Inexistencia de la obligación. Se dijo para fundamentar la primera, que el Reconocimiento de 27 de septiembre de 1965, por la suma de cuatrocientos noventa y cinco mil ciento noventa pesos con seis centavos (\$ 495.190.06) no le fue notificado al presunto deudor, y que esa notificación debió haber sido hecha, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado; que tampoco le fueron notificados a la entidad demandada, ni el aforo del impuesto ni la Resolución número 070 de septiembre 15 de 1965, por la cual la Secretaría de Hacienda del Municipio de Cali, dispuso asignar a la Empresa Bavaria S. A. una Placa de Industria y Comercio, y que por lo mismo tales actos no han producido ningún efecto legal, "y mal pueden servir para basar en ellos el reconocimiento de la deuda a cargo de la Compañía demandada y a favor del Tesoro Municipal"

Como razón sustentoria de la segunda excepción se dijo que las cervezas nacionales se encuentran gravadas con dos impuestos de carácter nacional, y que como por el artículo 21 de la Ley 88 de 1928, relacionado con lo dispuesto en el artículo 171 del Código de Régimen Político y Municipal, se prohibió a Departamentos y Municipios imponer gravámenes sobre la fabricación y consumo de las cervezas nacionales, la obligación que pretende hacer efectiva la Tesorería de Cali, por medio del Reconocimiento antes citado, carece de respaldo legal y por lo mismo de existencia jurídica.

El Tribunal tramitó el incidente, recibiendo las pruebas que pidieron ejecutante y ejecutado, y mediante providencia del 29 de abril de 1966 declaró no probadas las excepciones propuestas.

Del fallo apeló la sociedad demandada.

SE CONSIDERA

Son dos los hechos que invoca la parte excepcionante para sostener que el título ejecutivo es inválido: el primero es que no se le notificó el Reconocimiento, y el segundo, que tampoco se le notificó el aforo o acto por medio del cual se le fijó el gravamen de Industria y Comercio. Para respaldar su alegación

cita lo que esta Corporación ha expresado en varias providencias respecto a la procedencia de notificar los Reconocimientos.

Efectivamente fue tesis de la antigua Sala de Negocios Generales, tesis que esta Sección ha aplicado, la de que los Reconocimientos que menciona el numeral 2º del artículo 1059 del C. J. se deben notificar al ejecutado para que éste tenga la oportunidad de impugnar la obligación y hacer valer sus derechos. Sin embargo, se puede reexaminar aquel planteamiento para establecer si debe ser mantenido.

En el cobro de las deudas fiscales, los funcionarios públicos que tienen jurisdicción coactiva proceden ejecutivamente, como procede el juez ordinario en el cobro de deudas no fiscales u ocasionadas en las relaciones de derecho privado. Es esto lo que dispone el artículo 1058 del Código citado anteriormente. Y según el artículo 996 de la misma obra, "cuando a un juez competente se le presente por parte legítima un título de los que conforme a la ley traen aparejada ejecución, y se pide, en consecuencia, que se decrete la obligación que él expresa, el juez sin citar ni oír al deudor, la decretará inmediatamente". No hay, según esto, ninguna notificación que anteceda al decreto o mandamiento de pago, y como en esta parte no hay disposición especial que rija las ejecuciones fiscales, no hay razón para que deba notificarse el título ejecutivo cuando se trata de ejecuciones por jurisdicción coactiva, y no se notifique en los casos de ejecución por la jurisdicción ordinaria.

La notificación que se hace es la del mandamiento de pago, notificación ésta que debe ser hecha personalmente al deudor, y en razón de la cual necesariamente se da a conocer el título con base en el cual se profirió el auto ejecutivo. Es cierto que en los juicios por jurisdicción coactiva el título suele provenir, no del deudor sino de la Administración que lo produce contra aquél, por lo cual pudiera pensarse que en este último caso la notificación se justifica. Pero debe tenerse en cuenta no sólo que a los documentos enumerados en el artículo 1059 del C. J. la ley les da mérito ejecutivo, o sea que con base en ellos permite decretar la ejecución "sin citar ni oír al deudor", sino también que al notificarse del mandamiento de pago el demandado puede hacer valer sus derechos mediante la alegación de excepciones, y que la existencia de una deuda fiscal supone que ella sea "actualmente exigible", lo que quiere decir que se convino con ella o que se agotaron los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para poder controvertirla.

Exactamente, no es que un Reconocimiento sea el último acto del procedimiento administrativo, sino el primero de procedimiento judicial de cobro. Ese acto no puede producirse sino cuando ya existe la deuda, y lo que hace es reconocerla y no crearla.

No hay, según lo dicho, razón que justifique la notificación del título ejecutivo, como acto previo a la notificación del mandamiento de pago.

La Sala, en consecuencia, rectifica la anterior tesis, y por lo mismo no estima que con fundamento en la falta de notificación del Reconocimiento pueda prosperar la primera de las excepciones propuestas.

Pero si a la Sociedad ejecutada no se le notificó la fijación del gravamen o aforo de que hablan los autos, eso sí puede constituir un hecho fundamento de una excepción.

Los actos administrativos no obligan sino en virtud de su notificación; es entonces cuando se dice que son oponibles a terceros y cuando son eficaces. Cuando no se han notificado no son eficaces, aunque intrínsecamente no sea discutible su juridicidad. Sin la notificación en alguna de las formas previstas en los artículos 74 y 75 del C. C. A., y en lo referente a actuaciones administrativas de carácter nacional, no producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales. Pero, el primero de los efectos legales de un acto llamado a crear una situación jurídica es que ese acto pueda obligar.

Con la notificación personal, o con la sustitutiva por edicto, comienza el procedimiento gubernativo, procedimiento que se aplica también a los asuntos departamentales y municipales, a menos que las ordenaciones departamentales y municipales establezcan reglas especiales en asuntos que sean de la competencia de las Asambleas. Según esto, y a falta de tales reglas, la notificación, que es el primer paso del procedimiento gubernativo, debe hacerse personalmente o por edicto.

Pero cualquiera sea la forma escogida para poner en conocimiento la providencia administrativa, sea edicto, notificación personal, o simple comunicación, es claro que ellas no pueden surtirse sino con la persona que ha de resultar obligada.

Según lo indican los autos, al representante legal de "Consortio de Cervecerías Bavaria S. A." no se le hizo ninguna de aquellas notificaciones para poner en su conocimiento el gravamen de Industria y Comercio; y el Oficio número 720 de 9 de agosto de 1965, suscrito por el Jefe de Ejecuciones Fiscales, y dirigido al Gerente de Bavaria S. A. en Cali, comunicación que se ha tomado como equivalente a la notificación, aunque no lo sea, se destinó a persona distinta del representante legal de la Sociedad demandada. La errada actuación se puede explicar por varios hechos: a) Porque en la certificación expedida por el Presidente y Secretario de la Cámara de Comercio de Cali a petición del Juzgado de Ejecuciones Fiscales, se indicó al doctor Luis Eduardo Henao como representante legal de "Consortio de Cervecerías Bavaria S. A." para la ciudad de Cali; b) Porque la misma indicación se hizo en la Resolución número 070 de septiembre 15 de 1965, expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Cali, por la cual se asignó a "Bavaria S. A." la placa de Industria y Comercio número 15808; c) Porque es común confundir en el concepto de Gerente la representación total de una persona jurídica. Sin embargo, nada de esto puede ir en detrimento de esa persona cuando no ha estado realmente representada.

El simple nombre de Gerente no implica siempre representación jurídica, y por eso en los estatutos de "Consortio de Cervecerías Bavaria S. A.", se estableció, como puede verse del documento que obra al folio 54 y siguientes del cuaderno principal, que estaría a cargo del Presidente "Representar a la Sociedad como persona jurídica". Por lo mismo la certificación de la Cámara de Comercio de Cali adolece de inexactitud. Se dice en ella que "el representante legal de "Consortio de Cervecerías Bavaria" para la ciudad de Cali es el doctor Luis Eduardo Henao, como Gerente encargado, según Circular General número 00-4100-32 fechada en Bogotá, D. E., el 25 de agosto de 1964 y registrada en esta oficina el 23 de septiembre de 1964, bajo partida número 28417 del libro respectivo..." Pero en la aludida Circular, que puede verse al folio 17 del cuaderno de pruebas del Municipio, no se dice sino que "Para Gerentes de Fábricas y Filiales y Administradores de Materias" en Cali y Armenia se encargó a los

doctores Luis Eduardo Henao y Raúl Vargas, respectivamente. Lo de la "representación legal" fue, pues, cosa de la cosecha de la Cámara de Comercio de Cali.

Un "Gerente de Fábrica" no pertenece a los Organos de la Sociedad Anónima, que, como es sabido, están constituidos por la Asamblea, por la Junta Directiva y por el Presidente, Administrador o Gerente General. Un Gerente de Fábrica no es más que un subalterno de la Administración; por tanto sus actividades están limitadas al manejo del establecimiento fabril. Un Gerente de esa clase no pertenece a la categoría de los *mandatarios* de la Sociedad, a que se refiere el artículo 550 del Código de Comercio, a los que atribuye la administración de la Sociedad, y que, por cierto, no pueden delegar la representación de ella sin que esa facultad esté consagrada en los estatutos que rigen la vida de la entidad.

En el caso en estudio, como se anotó anteriormente, la representación jurídica de la Sociedad quedó reservada al Presidente, sin que conste que a éste se le hubiera dado autorización para delegarla, ni que la hubiere delegado. Fue ésta una circunstancia que no debió escapar a la averiguación de los funcionarios encargados de hacer conocer el acto impositivo, ni a los que profirieron la Resolución sobre asignación de la placa de Industria y Comercio. Máxime esto que se observa, si se tiene en cuenta la reiterada manifestación verbal y escrita del Gerente de la Fábrica, respecto a que él no era el representante legal del Consorcio "Bavaria" y la indicación hecha por él mismo sobre quién era ese representante.

Resulta entonces de lo dicho, que el acto administrativo por el cual la Junta de Aforos de Cali fijó a "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A." el impuesto de Industria y Comercio, no fue notificado a la Sociedad mencionada; que ese acto carece del elemento de obligatoriedad, y que por ésto no es oponible a la Sociedad dicha, como ocurre con todos los actos que no han sido notificados o que lo han sido en forma irregular. En consecuencia, el título ejecutivo, o sea el Reconocimiento de fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco, hecho por la Tesorería Municipal de Cali, fue viciosamente constituido, no expresa por ésto una obligación exigible, y hace que aparezca configurada la excepción de *ineficacia del título ejecutivo*.

DECISION

Por lo expuesto anteriormente, se dispone:

1º Declárase probada la excepción de *ineficacia del título ejecutivo*.

2º Ordénase cesar la ejecución y levántanse los embargos y secuestros a que haya habido lugar como consecuencia de ella.

Cóplese, notifíquese, devuélvase al Tribunal Administrativo del Valle para que esta entidad a la vez lo haga llegar a la oficina de origen. Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Gabriel Rojas Arbeláez, Samuel de Sola Roncallo, Carlos Portocarrero Mutis, Jorge A. Velásquez D.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. — Orbita de sus funciones. — No pueden las autoridades administrativas menoscabar o interferir la actividad fiscalizadora de la Contraloría. Ni ésta puede tampoco, so pretexto de fiscalizar, inmiscuirse en las labores meramente administrativas de las primeras, ni juzgar sobre la legalidad o ilegalidad intrínseca de los actos u operaciones, de aquellas autoridades, pues ello es atribución que incumbe privativamente a los funcionarios jurisdiccionales, de acuerdo con la competencia que les atribuya el legislador.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, mayo quince de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Juan Hernández Sáenz*).

El Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales promovió acción contra el señor Gonzalo López Arango para exigirle el pago de la suma de \$ 29.348.34 más intereses a la rata del 12% anual, y adujo como recaudo el Fenecimiento número 2 del 17 de junio, de 1964, emanado de la Auditoría Fiscal de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones y confirmado por la Contraloría General de la República mediante providencia número 6956 del 30 de septiembre del mismo año. Tales actos dedujeron un alcance por la cantidad ya indicada y a cargo del señor López Arango, ex-Tesorero de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, por haber pagado un auxilio de cesantía definitivo al señor Victor Yela Benavides, cuyo reconocimiento y pago consideró ilegal la Auditoría después de haberle sido cubierta al señor Yela aquella suma.

Una vez notificado del mandamiento de pago, el ejecutado excepcionó contra él con base en los siguientes argumentos: a) Que el reconocimiento de la cesantía del señor Yela no fue hecho por el Tesorero, señor López Arango, sino por el Gerente de la Caja, empleado a quien estatutariamente le correspondía esa función, y quien dictó para el efecto la Resolución correspondiente; b) Que la orden de pagar la cuenta por el valor de la cesantía reconocida fue impartida también por el Gerente como ordenador de gastos de la entidad y que el Tesorero fue un simple ejecutor de esa orden, toda vez que la Auditoría también visó la cuenta en su control previo el pago; c) Que, como consecuencia de los hechos anteriores, el Tesorero López Arango se limitó a cumplir con la atribución de su cargo al pagar dicha cuenta que había sido tramitada con las formalidades legales pertinentes; d) Que, en la hipótesis de haberse consumado un acto ilegal en perjuicio de los intereses nacionales, las acciones del caso deben dirigirse contra quienes reconocieron y ordenaron el pago de la cesantía definitiva al señor Yela y no contra el Tesorero López, mero ejecutor material de la orden de pagar esa cuenta, orden impartida por funcionario con facultad estatutaria para hacerlo; e) Crítica, por último, el excepcionante las razones jurídicas que contiene el Fenecimiento con Alcance número 2 para calificar como

ilegal el reconocimiento y pago de la cesantía varias veces mencionada, y le imputa a la Contraloría un desconocimiento de la estructura y organización de las entidades sujetas a su control.

Esta es, en síntesis, la materia del incidente de excepciones, y como está surtido el trámite de ley, resulta oportuno decidir.

Conviene esclarecer, en primer término, cuál es el sentido y alcance de las atribuciones que los artículos 59 y 60 de la Constitución Nacional le confieren a la Contraloría General de la República, en lo que atañe a la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración.

Al respecto, el inciso 2º del mencionado artículo 59, dice:

“La Contraloría será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización”.

Y el artículo 60, en sus incisos 1º, 2º, 3º y 4º, complementa y desarrolla el principio anterior al señalar como atribuciones propias del Contralor General, las siguientes:

“1º Llevar las cuentas generales de la Nación, inclusive las de la deuda pública interna y externa.

“2º Prescribir los métodos de la contabilidad de todas las dependencias nacionales y la manera de rendir cuentas los empleados responsables.

“3º Exigir informes a los empleados públicos, nacionales, departamentales o municipales sobre su gestión fiscal.

“4º Revisar y fenecer las cuentas de los responsables del Erario”.

El contenido mismo de las normas constitucionales transcritas, hace nítido que la órbita propia de la Contraloría General de la República dentro de la organización estatal colombiana se refiere a la fiscalización del manejo de los bienes y rentas oficiales, a la adecuada y técnica contabilización de estas últimas y de la deuda pública y a la vigilancia de las inversiones y gastos que se hagan por cuenta del Erario, con el fin de lograr la plena observancia de las formalidades exigidas para el caso por las normas fiscales, la correcta ejecución de la ley de presupuesto y el reintegro al Tesoro Público de las sumas indebidamente empleadas por los responsables de su manejo, o pérdidas por culpa o dolo de los mismos.

Pero el cumplimiento de estos deberes no lleva ni puede llevar a la Contraloría al ejercicio de funciones administrativas paralelas a las de aquellos organismos, dependencias o entidades oficiales sujetas a su vigilancia, desde luego que ello, además de llevarla a compartir lógicamente la responsabilidad en los actos puramente administrativos que aquellos realizan con su aquiescencia o intervención, daría lugar a continuas fricciones e interferencias de la autoridad ejecutiva y la autoridad fiscalizadora, de suyo independiente cada cual en su ámbito, con clarísimo perjuicio para la correcta organización del Estado, que tiene como fundamento el equilibrio de las distintas potestades y el desarrollo armónico de sus diversas funciones de interés público, con miras a conseguir su objetivo supremo: el bienestar y progreso de la colectividad.

No pueden, pues, las autoridades administrativas menoscabar o interferir la actividad fiscalizadora de la Contraloría. Ni ésta puede tampoco, so pretexto de fiscalizar, inmiscuirse en las labores meramente administrativas de los primeros ni juzgar sobre la legalidad o ilegalidad intrínseca de los actos u operaciones de aquellas autoridades, pues ello es atribución que incumbe privativamente a los funcionarios jurisdiccionales, de acuerdo con la competencia que les atribuya el legislador.

A este respecto, es muy clara la doctrina del Consejo de Estado cuando sostuvo lo siguiente:

"Las contralorías son organismos esencialmente administrativos, a cuyo celoso cuidado están encomendados los patrimonios públicos en orden a mantener su destinación ceñida estrictamente a las finalidades consignadas en las normas reguladoras, supervigilando para ello a aquellos funcionarios encargados del manejo y distribución de los fondos comunes, pero sin que su acción pueda incluirse, en el significado técnico jurídico de los términos, dentro del 'control jerárquico' o 'tutela administrativa' que en la organización del Estado regula la interdependencia entre los organismos superiores e inferiores, y que da lugar a revocación o reforma de ciertos actos que pudieran considerarse inconvenientes o ilegales. Sus facultades, por consiguiente, se reducen a revisar o confrontar, por un procedimiento mecánico de simple contabilidad, aquellas cuentas, pagos, contratos y órdenes de funcionarios que tengan a su cargo el manejo de los caudales públicos, para ver si están ajustados o no a la norma superior sobre apropiaciones o autorizaciones, y en vista de ello, impartirles o no su refrendación. La conveniencia o inconveniencia del gasto, su legalidad o ilegalidad, su necesidad u oportunidad son consideraciones que quedan al juicio y responsabilidad de los Gerentes de los servicios públicos y absolutamente ajenos a la simple función contabilizadora de los Contralores. De otra suerte quedarían las actuaciones de los ministros o gobernadores sujetas a un control jerárquico no previsto en la ley".

Refuerza también la tesis expuesta el claro y autorizado concepto del doctor Hernando Gómez Mejía en su obra "Lecciones de Derecho Administrativo" cuando, al tratar de las funciones de la Contraloría, dice lo siguiente:

"La Contraloría dispone de atribuciones suficientes para ejercer la vigilancia y control fiscal en todos los ramos de la administración pública, y tiene jurisdicción en cuanto lo requieren la naturaleza de las funciones, dentro del campo administrativo.

El problema que entraña esta cuestión es el de saber si la Contraloría en el campo de hacer efectiva su labor, puede intervenir en aquello que es propio de las ramas del poder público. Es indudable que la Contraloría carece de funciones judiciales y que de ningún modo interviene en las legislativas. Pero acontece con frecuencia que se confunden las órbitas de la rama ejecutiva con las del control fiscal, ya porque la procedencia y actos del Gobierno relacionados con la administración del patrimonio y el manejo de fondos necesitan la intervención de la Contraloría, o también porque las reglamentaciones del control en sus diferentes aspectos son de carácter obligatorio para los funcionarios dependientes del gobierno. Es claro que el punto por establecer no es precisamente el de que se restrinjan o se amplíen las facultades fiscalizadoras, pues éstas deben ir hasta

donde sea preciso en el interés del tesoro y de los bienes nacionales. Pero aquello que corresponde al gobierno por causa de la dirección de los servicios públicos y del manejo general de los intereses de la comunidad no puede ser afectado por los organismos de control, pues de esa manera se incurriría en el error grave de confundir ramos administrativos que deben obrar separadamente, ya que de otro modo pasarían a manos de la entidad fiscalizadora atribuciones no solamente ajenas sino opuestas a ese objeto primordial". (Ob. Cit. Págs. 126 y 127).

Las consideraciones hechas permiten analizar ya el caso *sub judice*:

Consta en autos (Fls. 25 y 34), que el Gerente de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, mediante Resolución número 3549 del 17 de septiembre de 1963, reconoció y ordenó pagarle auxilio de cesantía definitivo al señor Víctor Segundo Yela Benavides por un monto de \$ 49.488.54, del cual habían de deducirse dos anticipos que recibió por este concepto el beneficiado y un saldo insóluto de su cuota de afiliación a la Caja. Consta además (Fls. 25 v. a 26 y 35) que el señor Yela presentó la cuenta de cobro correspondiente al reconocimiento, la cual ordenó pagar el Gerente de la Caja y le fue cubierta por la entidad al beneficiado Yela. Y consta, por último (Fl. 36), que tanto la aludida resolución de reconocimiento como la cuenta consiguiente fueron refrendadas por el Revisor de la Auditoría Fiscal ante la Caja y "que todos los cheques girados por dicha entidad deben llevar como requisito indispensable la refrendación del Auditor Fiscal, cuya firma se encuentra registrada en los bancos", según dice textualmente el certificado de la Gerencia de la Caja, que obra al folio 36.

Y en lo que atañe a los estatutos de la Caja, que están contenidos en el Decreto 2661 de 1960, aparece que el artículo 28, ordinal 5º le atribuye al Gerente la función de "Dictar las resoluciones relacionadas con las solicitudes que se formulen sobre las prestaciones a cargo de la Caja"; que la Caja es un establecimiento público con autonomía jurídica, administrativa y patrimonial (Art. 2º, Decreto 2661); que el Gerente es el representante legal de la entidad y su administrador inmediato (Art. 27 *ibid.*) y, por ende, el ordenador principal de gastos de la misma; y que es función del Tesorero "pagar con cheques refrendados por la Auditoría Fiscal, mediante examen de comprobantes, contra nóminas y cuentas de cobro legalizadas", según reza el artículo 30, letra d), de los estatutos.

De otra parte, si se analiza la motivación del Feneamiento con Alcance número 2, proferido por la Auditoría Fiscal ante la Caja contra el ex-Tesorero López Arango (Fls. 3 a 6), resulta a las claras que la glosa no dice relación a que la cuenta que nos ocupa hubiera sido pagada por el empleado de manejo, a pesar de adolecer de fallas en su tramitación, ordenación, refrendación u otros requisitos formales de índole fiscal, sino a que el Auditor encuentra reparos a la validez intrínseca de los actos de reconocimiento y pago de cesantía definitiva al señor Víctor Yela Benavides, porque, en concepto de la Sección Jurídica de la Contraloría compartido por la Auditoría, tales actos están viciados de ilegalidad pues, se dice, que el beneficiario señor Yela continuó su labor oficial en la Administración del Servicio de Giros y Especies Postales, luego de separarse del empleo de Gerente encargado de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones.

No compete a esta Sala juzgar ahora sobre la legalidad o ilegalidad del reconocimiento y pago de cesantía definitiva al señor Víctor Yela, ni sobre la responsabilidad que apareja el reconocer y ordenar pagar prestaciones con fondos de la Caja, por ser cuestiones extrañas al litigio.

Tan sólo corresponde esclarecer ahora si los fundamentos del fenecimiento con Alcance número 2, que ya quedaron analizados, están dentro de la órbita de las atribuciones de la autoridad fiscal o si, al contrario, la sobrepasan. Y, sobre este punto, no es necesario detenerse en razonamientos abundantes, pues bastan las consideraciones hechas al principio sobre la función propia de la Contraloría, para encontrar muy claro que los motivos tenidos en cuenta por la Auditoría para elevarle a alcance al señor López Arango el pago hecho al señor Yela, escapan a las funciones de dicha oficina y, en consecuencia, no tienen virtud suficiente para proferir el Fenecimiento con Alcance, traído a este juicio como recaudo ejecutivo. Lo mismo le ocurre a la providencia número 6956 de 1964, emanada de la Contraloría, que confirmó el aludido fenecimiento.

En consecuencia, si, como quedó visto, no resulta eficaz contra el señor López Arango el título ejecutivo que se adujo, prospera la excepción que interpuso y, por lo tanto, la ejecución ha de cesar, tal como habrá de declararlo este fallo.

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

FALLA

1º Declárase probada la excepción perentoria de ineficacia del título ejecutivo.

2º Como consecuencia de la declaración anterior, se ordena cesar la ejecución, proceder al desembargo de bienes del ejecutado señor Gonzalo López Arango y archivar después del expediente.

3º Revalidese el papel común.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 14 de mayo de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Gustavo Salazar Tapiero, Alvaro Orefuela Gómez.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

EFFECTOS DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO. — Se ha discutido mucho por los procesalistas, nacionales y extranjeros, sobre el efecto de la ley procesal en cuanto al tiempo; muchos afirman que tiene efecto retroactivo y que contra ella no pueden alegarse derechos adquiridos de ninguna clase; pero como el proceso está constituido por una serie de actos, estrechamente unidos entre sí, ocurre que siempre que existe un caso de cambio de leyes procesales, se encuentran situaciones o partes del proceso que venían rigiéndose por leyes anteriores y que van a continuar bajo el imperio de esas mismas leyes, pero en cambio, los hechos pendientes y los futuros deben someterse al imperio de la ley nueva desde el momento en que ésta empezó a regir, salvo lo que en contrario establezca la misma.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.
Bogotá, D. E., mayo quince (15) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero Ponente: *Doctor Hernando Gómez Mejía*).

Ref.: Exp. N° 887. — Jurisdicción coactiva. — Actor: Tesor. Mun. de B/manga.
Contra: María Luisa Nougues Mantilla.

Al examinar el presente juicio se encuentra que el Consejo de Estado no es competente hoy para conocer del incidente de excepciones en una sola instancia, por las razones que a continuación se expresan:

EFFECTOS DE LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO

Aunque de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 528 de 1964, ordinal 39, el Consejo de Estado era competente para decidir sobre las excepciones propuestas, la situación jurídica ha cambiado en virtud de lo dispuesto en la Ley 16 de 1968 sobre Contrarreforma Judicial, que varió la competencia para conocer de las excepciones en los juicios sobre jurisdicción coactiva.

Se ha discutido mucho por los procesalistas, nacionales y extranjeros, sobre el efecto de la ley procesal en cuanto al tiempo; muchos afirman que tiene efecto retroactivo y que contra ella no pueden alegarse derechos adquiridos de ninguna clase; pero como el proceso está constituido por una serie de actos, estrechamente unidos entre sí, ocurre que siempre que existe un caso de cambio de leyes procesales, se encuentran situaciones o partes del proceso que venían rigiéndose por leyes anteriores y que van a continuar bajo el imperio de esas mismas leyes, pero en cambio, los hechos pendientes y los futuros deben someterse al imperio de la ley nueva desde el momento en que ésta empezó a regir, salvo lo que en contrario establezca la misma.

Chiovenda analiza el fenómeno distinguiendo entre procesos terminados, iniciados y pendientes. Según su pensamiento, los efectos del proceso trami-

tado conforme a la ley anterior, son inmodificables; los que se inician después de la vigencia de la nueva ley, se regulan íntegramente por ésta; en los procesos en curso, al realizarse el cambio de legislación, los actos ya cumplidos y sus efectos, se rigen por la ley anterior, pero la nueva ley se aplica a los actos que se ejecuten con posterioridad.

El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, preceptúa: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Para deducir el alcance de esta disposición, hay que establecer la diferencia entre las normas sobre organización judicial, preceptos procedimentales o de ritualidad de los juicios y normas sobre derecho probatorio. La doctrina ha aceptado que las normas sobre organización judicial tengan aplicación inmediata y por ello, precisamente, la *competencia* se rige por el nuevo estatuto, porque no puede alegarse respecto a ella derechos adquiridos. Por ello, si la nueva ley modifica la competencia por razón de la cuantía, naturaleza del asunto o calidad de las partes, el proceso debe pasar al funcionario que señale la ley nueva.

En cuanto a preceptos procedimentales, se aplican desde luego los de la ley nueva, con la salvedad de que los términos que hayan empezado a correr, las actuaciones ya surtidas y los recursos interpuestos, se rigen por la ley anterior. Con relación a las pruebas, no tiene aplicación el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, porque ellas se aprecian conforme a la ley vigente en el momento en que fueron creadas, aunque su aporte al juicio quede sometido a las nuevas disposiciones procedimentales.

Refiriéndose a este problema dice el doctor Hernando Morales en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil", página 117: "La ley procesal que debe aplicarse es la vigente en el momento en que el respectivo derecho se ejercita. Si una ley procesal suprime algunos modos de actuación de la ley y algunos medios de actuarla, se extingue al mismo tiempo el derecho de pedir su aplicación, y por lo tanto, bajo el imperio de la nueva ley no se puede pedir su actuación con aquellos medios y en aquella forma, y esto prescindiendo absolutamente del tiempo en que naciera el derecho de pedirla. Viceversa, cuando la ley admite nuevos modos de actuación de la ley o aumenta su número o introduce nuevos medios de ejecución, dicha ley es eficaz aun con respecto a los derechos nacidos anteriormente, y válidamente pueden invocarla los titulares de aquéllos. *Es eficaz la ley nueva en relación a competencia, capacidad de las partes, excepciones procesales, derechos y deberes de las partes, a la forma y a los efectos de los actos procesales*". (Se subraya).

El doctor Hernando Devís Echandía en su "Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo I, glosando algunos conceptos de Carnelutti y de Chiovenda, se expresa en los siguientes términos, a las páginas 94 y 95:

"Todos los efectos que la norma jurídica atribuye a un hecho efectuado bajo su dominio, y únicamente ellos, subsisten, pese al cambio de la ley. Y trae dos ejemplos: Si una ley posterior priva al ciudadano del derecho a presentar demanda judicial para la solución de una determinada categoría de litigios, subsiste, no obstante, el deber del juez de pronunciarse acerca de un litigio de esta clase si la demanda fue interpuesta durante

la vigencia de la ley anterior, porque la presentación de la demanda, en su debida forma, es el hecho necesario y suficiente para producir el efecto jurídico consistente en atribuir al juez aquella obligación; y, por otra parte, *si una ley posterior modifica la competencia para juzgar de determinada clase de litigios, el juez que conocia de uno de ellos y que conforme a la nueva ley no puede conocer, pierde su competencia para juzgar, porque de la presentación de la demanda nace el deber, más no el poder del juez de juzgar*, y no existe un hecho efectuado durante la vigencia de la ley anterior que le atribuye al juez el efecto de la competencia. Igualmente la ley posterior que modifica las normas del juicio, rige también los procesos iniciados en virtud de una demanda debidamente propuesta durante la vigencia de la ley anterior, porque no ha nacido el efecto de imponerle al juez el deber de juzgar conforme a la ley anterior". (Se subraya).

Y más adelante, a la página 96 dice: "La Corte ha dicho que las leyes que cambian la jurisdicción y competencia son de orden público y por consiguiente tienen un carácter absoluto, inmediato y obligatorio; que son leyes de orden público y de aplicación inmediata aun respecto de los asuntos pendientes, a no ser que en la misma ley se disponga otra cosa; que en materia procesal no se ve cuál pueda ser el derecho adquirido que se arrebate cuando el legislador dispone que un juicio sea fallado por otra autoridad distinta; que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, como también el artículo 1228 del C. J., se refieren al tránsito de la legislación 'en lo concerniente a la sustanciación y ritualidad de los juicios' y no en cuanto a la jurisdicción y competencia, que es materia distinta, y que las leyes que regulan estas últimas materias no pueden confundirse con las de procedimiento dicho". (G. J. XLVIII, Pág. 543. G. J. LIX, Pág. 1045; LXXXII, Pág. 513).

De acuerdo con los principios sentados, se tiene lo siguiente:

En virtud de lo establecido por el Decreto 528 de 1964, el Consejo de Estado venía conociendo en única instancia, de los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, cuando la cuantía era superior a \$ 10.000.00; esto, en razón de tesis jurisprudenciales, porque las normas del Decreto, al respecto, eran por cierto muy confusas.

Pero ocurre que la competencia para conocer de tales excepciones y tercerías fue modificada por la Ley 16 de 1968; en efecto: preceptúa el artículo 26 de la citada ley, lo siguiente:

"El literal f) del ordinal 1º del artículo 32 del Decreto ley 528 de 1964, quedará así:

f) De los incidentes de excepciones y de las tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva de que conozcan funcionarios nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía de la acción principal sea inferior a \$ 20.000.00; *si la cuantía fuere superior, en negocios departamentales y municipales, el Tribunal conocerá de tales incidentes en primera instancia*". (Se subraya).

Ahora bien: la cuantía del presente juicio, según se deduce del mandamiento ejecutivo, es de \$ 58.553.17, más los intereses de esta suma a la rata del 1% mensual y por las costas a que diere lugar (folio 2, cuaderno número 1), lo

que significa, a la luz de las disposiciones citadas, que debe ser decidido, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Bucaramanga y así se resolverá.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

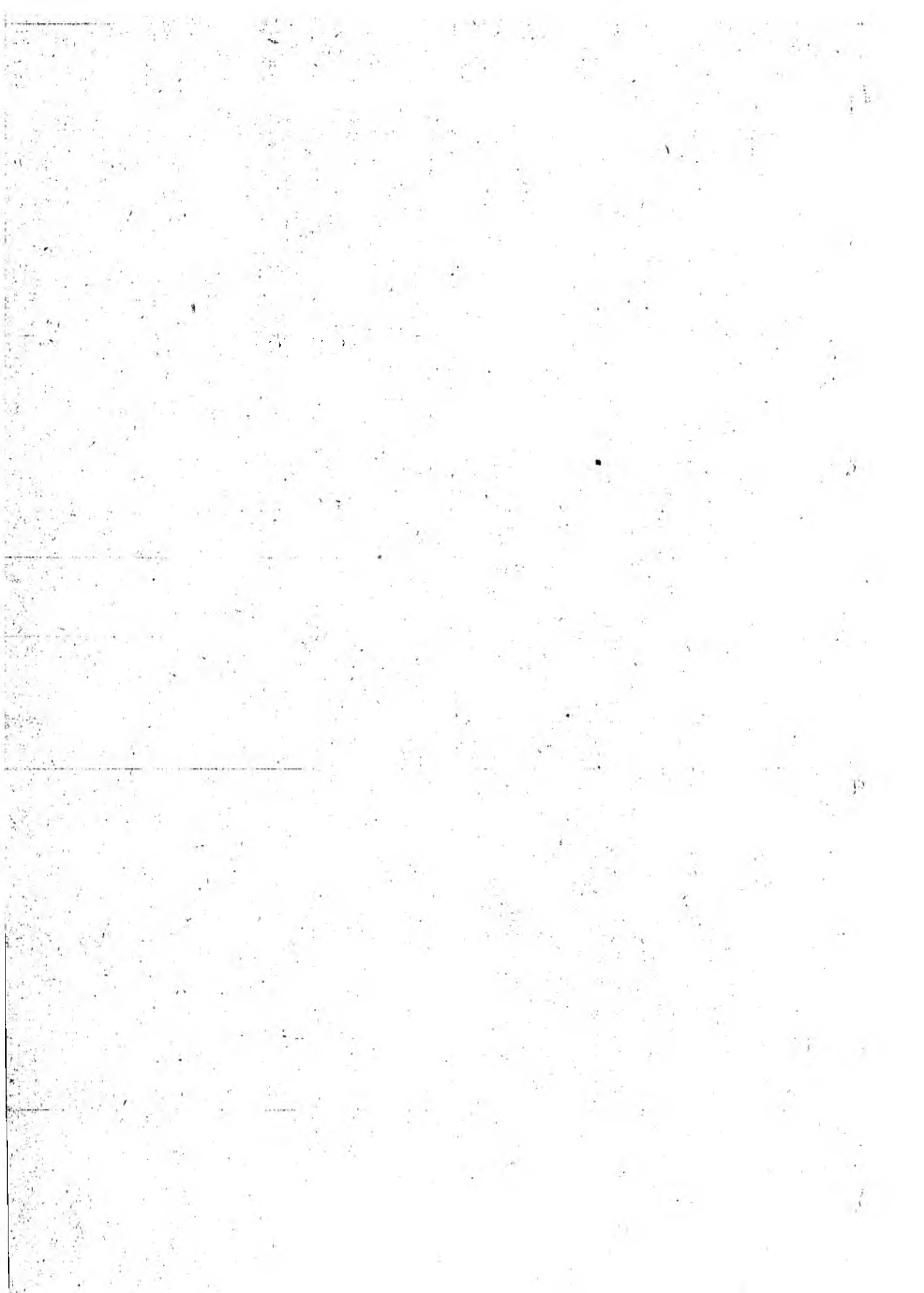
Remítase este expediente al Tribunal Administrativo de Santander por ser de su competencia la decisión de las excepciones propuestas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de 14 de mayo de 1968.

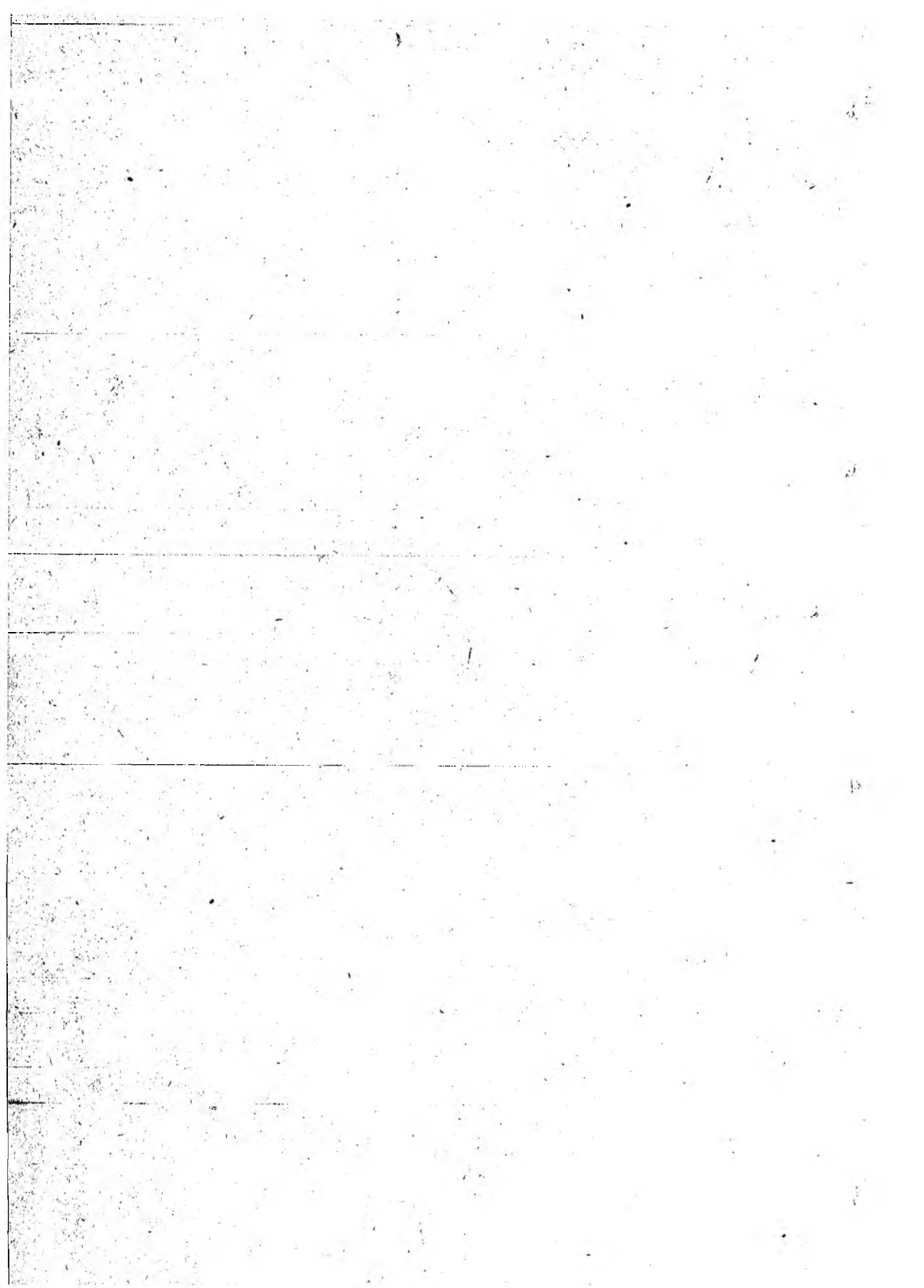
Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Alvaro Orejuela Gómez, Gustavo Salazar Tapiero.

Luis Jiménez Forero, Secretario.



APENDICE

PROPOSICIONES Y ASUNTOS VARIOS



OCUPACION PERMANENTE DE BIENES INMUEBLES.

¿A quién corresponde el conocimiento de estos asuntos? Cuando la ocupación es permanente, sea por trabajos públicos o por una causa cualquiera, corresponde el conocimiento al Juez Municipal, según lo ordenado en el numeral 6º del artículo 6º del Decreto 528 de 1964. En la tesis va implícita la protección de la propiedad inmueble, de la que la jurisdicción ordinaria se erigió en entidad tutelar.

Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera. Bogotá, D. E., febrero quince de mil novecientos sesenta y ocho.

(Consejero Ponente: *Doctor Gabriel Rojas Arbeláez*).

Ref.: Expediente número 749.

En demanda presentada ante el Tribunal Superior de Bogotá el 3 de septiembre de 1963, las señoras Justina Ospina de Stand y Mercedes Ospina Chinchilla obrando por medio de apoderado pidieron se hicieran las siguientes declaraciones:

“Primera. Que la sucesión del señor Justino Ospina S. es dueña del lote de terreno que ocupa la Base Aérea de Madrid, Cundinamarca y que forma parte de la Hacienda denominada ‘El Sosiego’ y ‘San Francisco’, lote que tiene un área de veinticinco (25) fanegadas, aproximadamente, comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: ‘Por el sur, en una extensión de 691 metros con el camino Madrid-Barroblanco, que es el mismo que va para la Mesa (puntos 1 a 2); por el occidente, en una extensión de 185 metros, formando ángulo de cien grados, treinta minutos (100º 30”) con el lado anterior, con terrenos de herederos de Justino Ospina o Hacienda El Sosiego y San Francisco (puntos 2 a 3); por el norte, en una extensión de 616 metros, con terrenos de herederos de Justino Ospina (puntos 3 a 4) (estos puntos: uno, dos, tres y cuatro, se refieren al plano de esas 25 fanegadas, que fue levantado para una negociación con Taca de Colombia S. A.); por el oriente, en una extensión de 317 metros, con terrenos de la Base Aérea de Madrid, sobre la zanja divisoria con ésta’.

“Los linderos generales de la hacienda San Francisco y el Sosiego, de la cual forma parte el lote materia de esta petición son los siguientes: ‘Por el oriente (sic), con el camino o carretera que va para La Mesa, que es el mismo que conduce a Barroblanco; por el sur, y el occidente (sic) con tierras de Miguel Sánchez y viuda de Venancio Afanador; por el norte, con el camino o carretera que va para Facatativá; por el oriente (sic) con tierras de herederos de Baltasar Gil y del General Juan N. Valde-rama’.

“Estos linderos con los que figuran en el título de adquisición del causante, y tienen el error indicado en los puntos cardinales. Los linderos actuales son: ‘Por un lado la carretera que va de Bogotá y Madrid a Fa-

catativá; por el fondo con otra carretera que va de Madrid a Barroblanco, que la separa de la Hacienda de las Mercedes; por un costado la Base Aérea de Madrid y por el otro costado la Hacienda de Carlos Montenegro". El área general, incluyendo el lote ocupado por la Nación, conforme a los títulos de adquisición, es de aproximadamente 150 fanegadas, y la parte que está en posesión de mis mandantes es de 114 fanegadas con 2.151 v.2, conforme al plano levantado por el ingeniero José Joaquín Espitia, en el mes de octubre de 1961, que se acompaña para mejor claridad y precisión sobre la identificación del inmueble.

"Segunda. Que la Nación debe restituir a la sucesión de Justino Ospina, representada por mis mandantes, el lote de terreno de que trata la anterior petición, con todos sus accesorios y mejoras, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

"En subsidio: Que la Nación debe pagar a la sucesión ilíquida de Justino Ospina, representada por mis mandantes, el valor comercial actual que tenga ese lote de terreno conforme al avalúo que se haga en el juicio o en incidente posterior.

"Tercera. Que la Nación debe pagar a la sucesión ilíquida de Justino Ospina, representada por mis mandantes, el valor de los frutos y productos que hubiera podido producir ese lote de terreno, durante el tiempo que lo ha tenido en posesión y hasta la fecha de su restitución material o del pago de su valor comercial, conforme a lo pedido en la anterior petición.

"Cuarta. Que la Nación no tiene derecho a reclamar el pago de mejoras de ninguna clase, por carecer de título y por tanto de buena fe en su posesión".

HECHOS

Para fundamentar la acción, el actor relacionó los hechos siguientes:

1º Las demandantes son hijas naturales del señor Justino Ospina, y como tales fueron declaradas por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia ejecutoriada.

2º El señor Ospina murió y se siguió su causa mortuoria; pero en virtud de la sentencia antes mencionada, la sucesión quedó nuevamente ilíquida, pues la partición que se había verificado se declaró sin valor y se cancelaron los registros.

3º La sucesión del señor Justino Ospina es, por tanto, dueña del inmueble denominado "San Francisco" y "El Sosiego", de unas 150 fanegadas de extensión, ubicado en el Municipio de Madrid, de este Departamento, adquirido por el causante así: la mitad por remate verificado en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, en el juicio divisorio de Rafael Antonio Calderón contra María Estela Calderón y otros, registrado el 25 de junio de 1939, en la Oficina de Bogotá, en el libro 1º, página 579, número 5747, y la otra mitad por compra a Rafael Antonio Calderón, según escritura número 1567 de 23 de marzo de 1939, de la Notaria Cuarta de Bogotá.

4º Hace unos diez años la Nación, sin título alguno, y por tanto sin buena fe, por conducto de quienes tenían la dirección de la Base Aérea de Madrid, procedió a ocupar una parte de la hacienda, en extensión aproximada de 25 fanegadas, para uso de la misma Base, lote que está encerrado por los linderos que en la petición primera se detallan.

5º Nadie ha otorgado título a la Nación, ni autorizado la ocupación de hecho del inmueble a que se hizo referencia anteriormente.

6º Debido a que existía el juicio sobre filiación natural y petición de herencia, ya mencionado, lo mismo que otro promovido por Rosalía Galindo, en el cual se registró la demanda, no había sido posible la iniciación de este juicio, ni la exigencia directa a la Nación para que pagara el valor de lo ocupado.

7º Si los herederos hubieran podido cultivar u ocupar con ganados el lote de que se apropió la Nación, hubieran obtenido un buen provecho.

8º Primero el causante y luego la sucesión, estuvieron en posesión material de la Hacienda durante cerca de 15 años y de la parte restante, a partir de la ocupación parcial de la Nación, hasta hoy; los dueños anteriores poseyeron la totalidad por más de 30 años.

9º La Nación continúa en posesión del lote reivindicado.

DERECHO

En Derecho dijo fundarse el demandante en los artículos 946 a 971, 1008 y siguientes del C. C., y en el 76, 734 y siguientes del C. J. También invocó la Ley 45 de 1936.

Remisión de los autos a esta Corporación

Mediante providencia del 26 de octubre de 1965, y cuando ya se habían practicado todas las pruebas solicitadas, el Tribunal ordenó remitir el expediente al Consejo de Estado, invocando para ello lo dispuesto en el ordinal b) del numeral 1º del artículo 30 del Decreto 528 de 1964.

Correspondió el negocio al señor Consejero Juan Benavides Patrón, quien continuó la actuación hasta citar a las partes para sentencia. De conformidad con el Acuerdo número 1 de 7 de febrero de 1967, y por auto del 13 de los mismos, el proceso se remitió a esta Sección, donde se hizo el reparto el 28 de los citados mes y año.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

Conformándose a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 76 del Código Judicial, el demandante ejerció la acción ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Según aquel precepto, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocen, entre otros, de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los contemplados en el artículo 40 del Código en referencia.

Indica eso que tanto para el actor como para la entidad que asumió el conocimiento, y también para el representante de la Nación, que no adujo nada en contrario, la litis se encaminaba a ventilar con la Nación una cuestión de

derecho privado. Y lo que debe averiguarse es si lo que entonces era de derecho privado, por alguna razón especial ha venido a convertirse en una cosa de derecho público.

Cuando nuestro Código de Organización Judicial y Procedimiento Civil en disposiciones como el artículo 76 y el 109 asigna las competencias para el conocimiento de aquellos litigios con la Nación, Departamentos o Municipios en que se planteen cuestiones de mero derecho privado, es porque el Legislador profesa el principio de la doble personalidad del Estado, y admite la división entre Actos de Gestión y Actos de Poder Público. Dada esa pauta en la ley, el Juez no puede menos que conformar a ella sus decisiones. Ante el caso que se le presente está obligado a examinar de qué clase de actuación se trata.

Entre los particulares y el Estado caben, pues, según los supuestos de las disposiciones mencionadas, dos especies de controversias: aquellas en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado, y otras en que se controvierten asuntos de derecho público. La dificultad consiste, sin embargo, en que la ley no da un criterio de distinción de esas materias para efecto de los litigios, como tampoco lo ha dado para diferenciar los contratos de derecho privado de los contratos específicamente administrativos. Concorre también la circunstancia de que las múltiples y crecientes actividades del Poder Público lleven a éste a actuar con personería distinta, a usar indiscriminadamente de los procedimientos de ambos derechos, y a permitir que hacia el campo de las personas privadas se desplacen gestiones y prestaciones que en buena ley debieran corresponderle. Fue esto lo que contribuyó a restar virtualidad y nitidez a la noción de servicio público.

Por lo que a los contratos respecta tampoco se ha consignado un criterio. Se ha dicho que de lo prescrito en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución, según lo cual puede el Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa, "celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias" resulta configurado y definido el Contrato Administrativo.

El texto viene de la Constitución de 1886, y al darle el alcance mencionado, se supone que los Constituyentes de entonces andaban ya con la preocupación de las dos clases de contratos y con el propósito de distinguirlos desde la Carta fundamental; que daban al término "servicio" un sentido excluyente y propio. Y sobre todo, que al prescribir la observancia de las "leyes fiscales", se referían a las administrativas situando la celebración de esos pactos terminantemente en el campo del derecho público, y suscitando de una vez la necesidad de la jurisdicción especial llamada a conocer de las contenciones en ellas originadas.

No hay razón para pensar cosa distinta a que cuando en la disposición antes citada se habla de "contratos administrativos", se significan en forma genérica los Contratos de la Administración, que tanto pueden ser administrativos como civiles. El numeral 14 del artículo 120 de la Constitución corresponde al numeral 16 del artículo 76, y aquí no se hace ninguna especificación de contratos. Aquél sólo atribuye al Presidente de la República la facultad correlativa a la que en el último se otorga al Congreso.

A su vez el término *fiscal* contenido en la expresión "leyes fiscales", no tiene allí otro sentido que el que se encuentra en los artículos 79, 59 y 60 de

la Constitución. Se refieren todos ellos a la Hacienda Pública, y ésta no puede identificarse con la Administración porque es apenas un aspecto de ella. Según el artículo 2º de la Ley 110 de 1912, o Código Fiscal, es "el conjunto de bienes e impuestos que pertenecen al Estado".

Resulta, por lo mismo, que el contrato administrativo no aparece configurado de ninguna disposición constitucional ni legal, y que para distinguirlo del contrato de derecho privado hay que acudir necesariamente a los criterios que la doctrina ha ingeniado, y que son: la finalidad inmediata de servicio público y la posición privilegiada de la Administración.

El Decreto-ley 528 de 1964 no puso fin a la indeterminación de ese concepto, como tampoco acabó con la separación entre las cuestiones de derecho privado y las cuestiones de derecho público; registrada con toda claridad en el Código de Procedimiento Civil. Lo que hizo ese estatuto fue radicar en la jurisdicción pertinente, esto es, en la de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las controversias originadas en los contratos administrativos, eliminando así el inveterado adefesio consistente en negar competencia a la jurisdicción especial para conocer de las contenciones nacidas de todo contrato, y asignar, en cambio, a la jurisdicción ordinaria, la decisión de las que tuvieran origen en un contrato cualquiera. También sustrajo ese Decreto del campo de la justicia común otras materias de evidente carácter administrativo, como aquellas de que venía conociendo la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema.

Pero el Decreto 528 mantuvo la distinción entre asuntos de derecho privado y asuntos de derecho público, contenida en los numerales 1º y 2º del artículo 76 del Código Judicial, y apenas modificó la competencia para conocer de los primeramente nombrados. Los asuntos de derecho privado en que sea parte la Nación dejaron de ser de conocimiento de los Tribunales Superiores, y pasaron a serlo de los Jueces Municipales en lo Civil. Así se dispone en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto.

Resulta, entonces, por lo que al presente juicio respecta, que la naturaleza de él no podía cambiar con la expedición del Decreto 528; y que si aquella era de derecho privado ha continuado siéndolo. Lo que ha cambiado es el juez; pero éste en ningún caso puede buscarse en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La remisión de los autos se hizo por el Tribunal Superior, invocando lo prescrito en el ordinal b) del numeral 1º del artículo 30 del Decreto 528 de 1964, que en el artículo 68 consagró la responsabilidad de la Administración Pública en general, por sus hechos u operaciones. La explicitéz que en el Decreto se hace, ninguna innovación implica en el texto del Código, que ya llevaba implícito ese contenido, como había tenido oportunidad de afirmarlo la jurisprudencia.

Lo que se discute en los autos es la titularidad de un derecho real; se ejercita la acción reivindicatoria, y se persigue la restitución de un inmueble, cuyo título de dominio se le niega a la Nación. En la demanda se afirma que la Nación ocupó el terreno sin título alguno, y por tanto sin buena fe; que continúa ocupando el lote reivindicado, y que nadie ha otorgado título a la Nación, ni autorizado su ocupación de hecho. Se trata evidentemente de una acción de carácter civil, como se pensó desde el momento en que fue instaurada.

Sin embargo, lo que más demuestra la incompetencia de la jurisdicción especial es el propio Decreto 528 de 1964, que en el numeral 6º del artículo 6º, se hace eco o recoge la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se distinguió entre la ocupación permanente y la ocupación transitoria de la propiedad inmueble, para atribuir el conocimiento de los conflictos a la jurisdicción ordinaria en el primer caso, y a la especial en el segundo.

Según el numeral 6º, citado, los Jueces Municipales en lo Civil deben conocer:

“De las controversias que se susciten entre un particular y la Nación, un departamento, un municipio, una intendencia, una comisaría o un establecimiento público descentralizado por la ocupación permanente de bienes inmuebles con ocasión de trabajos públicos”.

Quiere decir lo anterior que cuando la ocupación es transitoria, otro es el juez de la causa. Y que cuando la ocupación es permanente, sea por trabajos públicos, o por una causa cualquiera, corresponde el conocimiento al juez municipal. En la tesis va implícita la protección de la propiedad privada inmueble, de la que la jurisdicción ordinaria se erigió en entidad tutelar, al tenor de la jurisprudencia a que antes se hizo referencia.

Ocupación permanente de un bien raíz es la que se acusa en la demanda, y en consecuencia el conocimiento de la litis no corresponde a esta jurisdicción sino a la ordinaria.

DECISION

Por lo expuesto anteriormente, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, *declara nulo lo actuado* en este juicio, a partir del auto del 10 de marzo de 1966, inclusive, y ordena que una vez ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría se remita el proceso al Tribunal de donde provino para que por esa autoridad se provea lo pertinente.

Revalídese el papel común. Cópiese, notifíquese, cancélese la radicación.

Jorge A. Velásquez, Samuel de Sola Roncallo, Carlos Portocarrero Mutis, Gabriel Rojas Arbeláez.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

ASUNTOS VARIOS

Distribución de negocios entre las distintas secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA

ACUERDO NUMERO 1 DE 1968
(enero 30)

El Consejo de Estado,

en uso de la facultad que le confiere el ordinal 4º del artículo 141 de la Constitución Nacional y en cumplimiento de la Ley 50 de 1967,

ACUERDA:

Artículo 1º Para efectos del repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo, tanto en única como en segunda instancia, se distribuirán entre sus cuatro Secciones, así:

A LA SECCION PRIMERA

1º Los juicios de simple nulidad de actos administrativos que no versen sobre asuntos laborales.

2º Los juicios de plena jurisdicción que no sean de carácter laboral.

Se exceptúan los juicios que por este Acuerdo se asignan a la Sección Cuarta.

A LA SECCION SEGUNDA

1º Juicios de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre cuestiones laborales.

2º Juicios de plena jurisdicción de carácter laboral.

3º Juicios de revisión de pensiones o reconocimientos periódicos.

A LA SECCION TERCERA

1º Juicios de indemnización por responsabilidad contractual o extracontractual, por hechos u operaciones administrativas (artículo 68 del C. C. A.) y por ocupación transitoria de propiedad privada.

2º Juicios sobre petróleos y concesiones o permisos mineros.

3º Juicios sobre actos administrativos del INCORA (extinción del dominio, adjudicación de baldíos, etc.).

A LA SECCION CUARTA

1º Juicios de simple nulidad y de plena jurisdicción de actos administrativos que no sean de carácter laboral, emanados de las siguientes entidades: Junta Monetaria, Superintendencia de Comercio Exterior, Superintendencia de Regulación Económica y Superintendencia Bancaria.

2º Actos administrativos que se relacionen con impuestos, además de los juicios de revisión de que trata el Capítulo XXIII del C. C. A.

3º Juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva.

Artículo 2º Cada Consejero de las tres Primeras Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo remitirá con auto, a la Secretaría de la respectiva Sección y según la materia que corresponda a la nueva distribución, los negocios que ya no le conciernan.

Artículo 3º La Secretaría de la Sección Cuarta será desempeñada por la Secretaría General del Consejo.

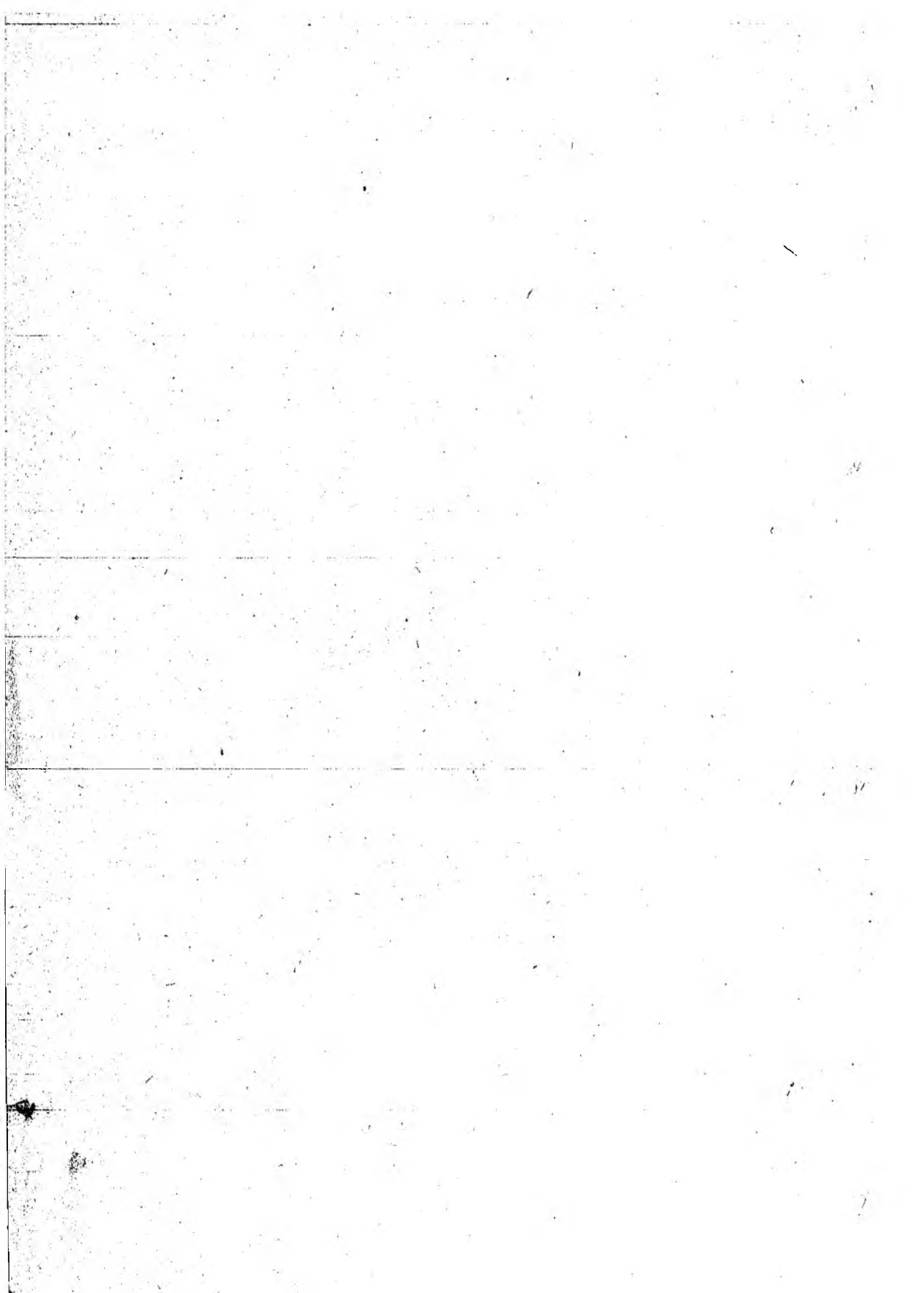
Artículo 4º El presente Acuerdo modifica el número 1 del 7 de febrero de 1967, y entrará a regir desde el momento en que comience a funcionar la Sección Cuarta.

Dado en Bogotá, a los treinta días del mes de enero de mil novecientos sesenta y ocho.

El Presidente, *Enrique Acero Pimentel*.

El Secretario, *Luis Jiménez Forero*.

INDICES



INDICE ANALITICO ALFABETICO

A

1. ACCION DE REVISION.

Páginas

El artículo 164 del C. C. A. la ha establecido para que tanto el Consejo de Estado como el respectivo Tribunal Administrativo revisen solamente sus propias sentencias. — La acción de revisión ante el Consejo de Estado o ante el respectivo Tribunal Administrativo, sólo tiene lugar cuando se trata de sentencias sobre reconocimientos que impongan al Tesoro Público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero, según los términos del artículo 164 del C. C. A. y tiene por objeto modificar o desconocer los efectos que entre las partes haya producido o pueda producir la respectiva sentencia de dichas entidades. Por eso, teniendo en cuenta la naturaleza de este recurso, se comprende por qué el citado artículo 164 la ha establecido para que tanto el Consejo de Estado como el respectivo Tribunal Administrativo revisen solamente sus propias sentencias. Así pues, esa revisión se lleva a cabo en única instancia, bien ante el Tribunal Administrativo o ya ante el Consejo de Estado, por lo cual esta Corporación no puede entrar a revisar en segunda instancia sentencias de los Tribunales Administrativos en las cuales se han revisado sentencias de dichas entidades o se ha denegado el respectivo recurso de revisión. A esa conclusión se llega también cuando el artículo 30 del Decreto 528 de 1964, en el numeral 4º dice que el Consejo de Estado conoce "de la acción de revisión consagrada en los artículos 164 y siguientes de la Ley 167 de 1941. Esto significa que, la acción de revisión no quedó incluida en la disposición del numeral 2º del citado artículo, que le da competencia al Consejo de Estado para conocer "en segunda instancia, de todos los asuntos atribuidos en primera instancia a los Tribunales Administrativos". Auto de 30 de abril de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Belisario Arciniegas. Recurso de Hecho. Actor: Aníbal Pérez Sotomayor. (Ver Nº 91 del Índice)

255

2. ACCION INDEMNIZATORIA.

Personería sustantiva de los herederos para ejercitarla. — Son conocidos principios del derecho sucesorio los siguientes: a) Que no hay solución de continuidad entre el causante y el heredero, porque deben reputarse como una sola persona éste y aquél; b) Que la herencia se defiende en el momento de la muerte; c) Que el heredero sucede en todos los derechos y acciones del difunto: *In omnia jura*. A la

luz de los principios mencionados se impone la conclusión de que en el caso de los accidentes mortales, los herederos de la víctima son titulares de los derechos que ella tenía; y como toda persona tiene un derecho elemental pero grande, que es el derecho a la vida que ha recibido, éste es un título que ella ostenta, y un elemento patrimonial transmisible. El primer derecho de una persona es el derecho a conservar su existencia, y por eso quienes la continúen o sucedan pueden accionar con el título que les proviene de ese haber básico y primordial del causante. Muerta una persona en las condiciones de riesgo o culpa con causa en un tercero, ese derecho se resuelve en una indemnización; indemnización que obviamente no podrá solicitar el causante, pero que si pueden perseguir sus causahabientes. De la calidad de herederos nace, pues, la personería sustantiva para ejercitar la acción. Está es lo que el causante transmite, y en ningún caso la indemnización misma que es apenas una perspectiva tanto en él como en los que lo suceden. Sentencia de 25 de abril de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Indemnizaciones. Actor: Rosalbina Forero vda. de Reina. (Ver Nº 53 del Índice) 236

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Distinción entre situaciones generales e individuales. — En derecho administrativo reviste particular importancia la distinción entre las situaciones generales y las individuales, porque cada una de ellas tiene un régimen propio que se desprende de la naturaleza misma de la relación jurídica y de la clase de derechos y obligaciones que origina. En las situaciones generales o impersonales su contenido es necesariamente el mismo para todos los individuos titulares de esta situación jurídica y no dan lugar al nacimiento de derechos subjetivos individuales, sino al ejercicio de ciertos poderes dentro del marco de la ley, iguales para todas las personas colocadas en las mismas circunstancias de hecho. (Situación de las personas en relación con su edad o su estado civil, competencia de funcionarios, etc.). En las situaciones jurídicas individuales o subjetivas su contenido se determina individualmente y puede variar de un titular a otro. Los poderes jurídicos a que dan lugar se originan de manera particular en favor o en contra de una persona (contratos, liquidación de impuestos, etc.). Las situaciones jurídicas generales derivan su contenido de la ley o reglamento, y son por esencia modificables por la administración para que ésta, dentro de las competencias legales pueda encaminar su actividad al beneficio del interés público. La situación jurídica individual o subjetiva deriva su contenido, no de una norma legal o reglamentaria, sino del acto individual, que a la vez crea la situación jurídica y la confiere a su titular, en desarrollo de competencias o capacidades que el derecho objetivo establece para la administración o reconoce a los particulares. Las situaciones individuales o subjetivas no se afectan por las modificaciones de las leyes y reglamentos, salvo el caso contemplado en el artículo 36 de la C. N. Principios jurídicos como la no retroactividad de las leyes y la intangibilidad de los efectos individuales de los actos administrativos las amparan de modificaciones por vía general. Pueden sí ser modificables por nuevos actos administra-

tivos de alcance individual que se adopten en ejercicio de competencias legales. (Ver Nos. 58, 92 y 93 del Indice)	9

4. ACTOS DE LA ADMINISTRACION.

Según la más amplia acepción registrada por la doctrina, es toda manifestación de voluntad, de parecer y aun de deseo, emanada de los Agentes del Poder Público. Sin embargo, también se tiene establecida la diferencia entre los simples actos de la Administración y los auténticos actos Administrativos, porque éstos están definidos por las normas de obligatoriedad y ejecutoriedad que no todos aquellos pueden ostentar. Sentencia de 20 de febrero de 1968. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Actor: Alberto Rojas Chaux, en acción de plena jurisdicción contra el Acta número 328 de 3 de julio de 1963, dictada por la Junta Directiva del Instituto de Fomento Algodonero. (Ver Nº 26 del Indice)	129

5. ACUMULACION DE ACCIONES.

<i>Cómputo de la masa valuable del pleito y competencia del Consejo de Estado en juicios por jurisdicción coactiva.</i> — Para conocer qué cosas deben computarse para formar la masa valuable del pleito, hay que comprender en el cómputo todo, y sólo lo que constituye el objeto de la cuestión que debe decidirse, cuando el actor deduce en juicio varias acciones acumuladas objetivamente en una sola demanda, o cuando se decreta la acumulación de autos; para determinar la competencia deberá tenerse en cuenta el valor separado de cada acción, cuando proviene de distinto título; en cambio no sucede lo mismo cuando las acciones dimanen de un mismo título, sea que éste se halle contenido en uno solo o en varios documentos. Así, si la ejecución por jurisdicción coactiva se solicita con base en distintas resoluciones que prestan mérito ejecutivo, se presenta el fenómeno de la acumulación concurrente de acciones, pero una de ellas, al menos ha de ser de \$ 20.000.00 para que sea competente, según los casos, el Consejo de Estado para conocer de apelaciones y recursos de hecho o de los incidentes de excepciones y tercerías. De manera pues que en estos casos, no se suman las cuantías siempre y cuando procedan de distinto título, sino que cada una se aprecia independientemente. Auto de 21 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía. Juicio por jurisdicción coactiva instaurado por la Nación contra Gaseosas Posada Tobón S. A. (Ver Nº 60 del Indice)	327

6. ACUMULACION DE ACCIONES.

Acción de plena jurisdicción y acción indemnizatoria. — La doctrina del Consejo tiene establecido que se puede pedir indemnización de perjuicios por la vía del artículo 68 que autoriza a solicitar el restablecimiento del derecho, cuando la causa de la violación es un hecho u operación administrativa. No será necesario en este caso,

dice el ordenamiento, ejercitar la acción de nulidad; sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes; y esto es claro cuando no ha sido dictado acto administrativo cuya nulidad pueda pedirse, sino cuando se está en presencia de un hecho u operación que no consta ni en decreto, ni en resolución ni en providencia alguna. En este evento, no hay acto que demandar y no habiéndolo, es necesario pedir las indemnizaciones directamente de la administración que si a ello se negare, deberá manifestarlo así justificando esa actitud, la cual es materia de controversia administrativa. Mas existiendo el acto es apenas lógico que sea éste el susceptible de tacha ante la jurisdicción administrativa, porque es ella competente para reparar el derecho y acordar las indemnizaciones a que hubiere lugar. Hay casos en que por no existir al tiempo de la demanda acto alguno formal ni material sobre el cual recaiga la discusión de nulidad, la acción no puede tener como objeto sino las indemnizaciones correlativas a hechos u operaciones ejecutadas; pero hay casos en que al tiempo de la demanda existe el acto formal y en ese evento, éste debe demandarse para obtener el restablecimiento del derecho. Sentencia de 22 de marzo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Curtiembres España Ltda. Acción de plena jurisdicción contra los Decretos 0376 y 0384 de 1960, expedidos por la Gobernación de Cundinamarca. (Ver Nos. 31, 74 y 75 del Indice) 193

7. AGENTES VIAJEROS.

Se anulan los artículos 2º y su parágrafo 3º, y sus dos párrafos, y el literal b) del artículo 11 del Decreto 3072 de 21 de noviembre de 1962, por el cual se reglamenta la Ley 48 de 1946. Sentencia de 4 de marzo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Diógenes Reyes Posada, en acción pública contra el Decreto 3072 de 1962. (Ver Nº 77 del Indice) 52

8. ATRIBUCIONES DE LOS GOBERNADORES.

Entre ellas no está la de fijar sueldos a los empleados departamentales. — Dice el artículo 187 de la Constitución Nacional que corresponde a las Asambleas Departamentales, "5º La fijación del número de empleados departamentales, sus atribuciones y sueldos". Si el Gobernador por medio de un decreto fija sueldos a los empleados departamentales, indudablemente está ejercitando funciones que no son propias de su cargo, sino que por el contrario corresponden de manera privativa a las corporaciones departamentales en cuestión, de donde se observa un quebrantamiento de la norma constitucional citada. Auto de 5 de febrero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Ramón Lozano Garcés, en acción de nulidad contra los Decretos 198 y 204 de 1967, dictados por la Gobernación del Chocó 203

9. AUSENCIA TEMPORAL DEL PRESIDENTE.

Páginas

Debe ser suplida por el Designado o por los Ministros, según el orden establecido. — Es claro el texto del artículo 124 de la Constitución cuando dice: "El Congreso elegirá cada dos años un Designado, quien reemplazará al Presidente en caso de falta de éste". No hay duda alguna que cuando el Presidente se ausente del país hay una falta de aquél, así la ausencia obedezca al cumplimiento de una misión oficial. Es una falta temporal sui generis, pero es en definitiva una falta, que debe llenarse —también temporalmente— obedeciendo a lo que estatuye el artículo 124 comentado. Si no hay Designado en ese momento, debe seguirse el ordenamiento del artículo 125 de la Carta según el cual, "a falta de Designado(s) entrarán a ejercer el Poder Ejecutivo los Ministros, en el orden que establezca la ley, etc." Este orden fue establecido por el artículo 73 del C. de R. P. y M.; y para el caso de que la ausencia del Presidente tenga lugar durante la vigencia de la Reforma Plebiscitaria de 1957, conforme al artículo 2º del Acto legislativo número 1 de 1959, la persona que reemplaza al Presidente en caso de falta de éste, será de su misma filiación política, lo que da por resultado que debe observarse el orden del C. P. y M. atemperado a la disposición plebiscitaria. Cuando de acuerdo con el artículo 125 de la Carta es un Ministro quien reemplaza al Presidente, aquél no entra a ejercer como Ministro sino como Designado con todas las prerrogativas y derechos de tal. (Ver Nos. 23, 24, 28 y 79 del Índice)

63

C

10. CARRERA ADMINISTRATIVA.

Empleados escalafonados con anterioridad al Decreto-ley 1732 de 1960. Este Decreto no admitió en forma incondicional en el nuevo escalafón de la Carrera Administrativa, a quienes fueron escalafonados de conformidad con la Ley 165 de 1938. Los empleados públicos que habían obtenido ese estado, quedaron sometidos a que la Comisión Nacional del Servicio Civil se lo refrendara, mediante la observancia de ciertos requisitos. De conformidad con el Decreto-ley 1732 de 1960, los actuales empleados que fueron admitidos en la Carrera Administrativa, de acuerdo con la Ley 165 de 1938, se consideran funcionarios de carrera para los efectos de las disposiciones de dicho estatuto, pero para poder obtener el reconocimiento de su estado de inamovilidad, es indispensable que la Comisión Nacional del Servicio Civil haya considerado cada caso, y les haya expedido la resolución correspondiente en que ratifique la situación adquirida por el empleado, para que se escalafonen en las clases y grados ocupacionales correspondientes, si hubieren estado prestando sus servicios a la administración pública nacional en calidad de empleados el 18 de julio de 1960. La nueva ley respetó los derechos adquiridos por aquellos empleados escalafonados, pero como es lógico, en cuanto al ejercicio dichos derechos quedaron condicionados en la forma y términos establecidos por el artículo 172 del Decreto 1732 de 1960,

reglamentado por el Decreto 1017 de 1961. Sentencia de 27 de febrero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Belisario Arciniegas. Actor: María Victoria Ortega A., en acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 1391 y 1527 de 1963, originarias de la Contraloría General de la República

135

11. CAUSALES DE ANULACION.

De los actos administrativos. — De manera general todas las causas de anulación de los actos administrativos proceden de *violación de la ley*, mas ésta puede provenir de causas diferentes que según el legislador y la doctrina se resumen en incompetencia del autor del acto, vicios de forma, error en la motivación, infracción de norma superior y desvío de poder. Estos defectos pueden alegarse tanto en vía gubernativa como en la jurisdiccional, y cuando ocurre en la última, se trata de la llamada acción de nulidad. En este campo, pues, es donde se evidencia el sometimiento de la administración pública a las normas jurídicas, o sea la operancia del principio de *legalidad*, que busca que el funcionario o entidad que dicta el acto esté investido de la facultad de hacerlo; que al efecto llene los requisitos legales y que contenga precisamente la medida jurídica que la ley ha ideado para conseguir los fines previstos, sin quebrantar norma que sea obligatoria para dicha autoridad. Sentencia de 25 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk. Apelación del fallo del Tribunal Administrativo de Córdoba que decretó la nulidad de la Ordenanza número 6 de 1963, orgánica del Municipio de "Los Córdoba". (Ver Nos. 21, 22 y 100 del Índice)

186

12. COMPETENCIA.

De las jurisdicciones ordinarias y contenciosa en litigios en que sea parte una entidad pública. — Entre los particulares y el Estado caben, dos especies de controversias: aquéllas en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado, y otras en que se controvierten asuntos de derecho público. La dificultad consiste, sin embargo, en que la ley no da un criterio de distinción de esas materias para efecto de los litigios, como tampoco lo ha dado para diferenciar los contratos de derecho privado de los contratos específicamente administrativos. Concorre también la circunstancia de que las múltiples y crecientes actividades del Poder Público lleven a éste a actuar con personería distinta, a usar indiscriminadamente de los procedimientos de ambos derechos, y a permitir que hacia el campo de las personas privadas se desplacen gestiones y prestaciones que en buena ley debieran corresponderle. Fue ésto lo que contribuyó a restar virtualidad y nitidez a la noción de servicio público. Por lo que a los contratos respecta tampoco se ha consignado un criterio, por lo mismo, el contrato administrativo no aparece configurado en ninguna disposición constitucional ni legal, y para distinguirlo del contrato de derecho privado hay que acudir necesariamente a los criterios que la doctrina ha ingeniado, y que son: la finalidad in-

mediata de servicio público y la posición privilegiada de la Administración. El Decreto-ley 528 de 1964 no puso fin a la indeterminación de ese concepto, como tampoco acabó con la separación entre las cuestiones de derecho privado y las cuestiones de derecho público, registrada con toda claridad en el Código de Procedimiento Civil. Lo que hizo ese estatuto fue radicar en la jurisdicción lo pertinente, esto es, en la de lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las controversias originadas en los contratos administrativos, eliminando así el inveterado adefesio consistente en negar competencia a la jurisdicción especial para conocer de las contenciones nacidas de todo contrato, y asignar, en cambio, a la jurisdicción ordinaria, la decisión de las que tuvieran origen en un contrato cualquiera. También sustrajo ese Decreto del campo de la justicia común otras materias de evidente carácter administrativo, como aquellas de que venía conociendo la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema. Pero mantuvo la distinción entre asuntos de derecho privado y asuntos de derecho público, contenida en los numerales 1º y 2º del artículo 76 del Código Judicial, y apenas modificó la competencia para conocer de los primeramente nombrados. Los asuntos de derecho privado en que sea parte la Nación dejaron de ser de conocimiento de los Tribunales Superiores, y pasaron a serlo de los jueces municipales en lo civil. Así se dispone en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto. Auto de 15 de febrero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Acorras: Justina Ospina de Stand y otra, en acción reivindicatoria. (Ver Nos. 20 y 48 del Índice)

349

13. COMPETENCIA.

Para conocer de actos de la Corporación Autónoma Regional del Cauca. — Impuesto de Valorización. — Entre las normas que adicionan y reforman la Ley 167 de 1941, está el Decreto-ley 528 de 1964, que en su artículo 32, numeral 2º, literal g) estableció la primera instancia ante los Tribunales Administrativos en las controversias que se susciten sobre el monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales, departamentales y municipales, cuando la cuantía sea o exceda de \$ 10.000.00. La C. V. C. es un establecimiento público descentralizado, ya que con tal carácter fue creado por el Decreto 3110 de 1954 y reorganizado mediante el Decreto-ley 1707 de 1960. Es, por consiguiente, una entidad nacional y sus actos administrativos, por lo mismo, tienen carácter nacional. Es decir, que la norma del literal g) del numeral 2º del artículo 32 del Decreto 528 es aplicable a las controversias que se susciten sobre la materia a que ella se refiere. El artículo 48 del Decreto-ley 1707 no estableció en materia de competencia un fuero especial para definir los conflictos que surjan con motivo de los actos de la C. V. C., ya que la misma disposición, expresa que contra ellos hay recurso ante el Consejo de Estado, pero "de acuerdo con las normas generales señaladas en la Ley 167 de 1941", y, obviamente, de conformidad con aquellas que la modifiquen o reformen, como es el artículo 32 del Decreto-ley 528 ya citado. Auto de 5 de febrero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente:

Doctor Bellisario Arciniegas. Actor: Marco Trujillo & Cía. en acción de revisión de impuestos	283

14. COMUNIDADES.

<i>Están exentas del impuesto sobre la renta.</i> — Según el artículo 6º de la Ley 78 de 1935, no se gravarán con impuesto las sociedades colectivas ni en comandita simple, ni las sociedades cooperativas, aunque los socios sí están obligados a pagar el impuesto sobre participación en la renta líquida de la sociedad; y en cuanto a las comunidades de bienes se dio también la exención otorgada a las anteriores, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 132 de 1941. Sentencia de 17 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: "Comunidad Ley" en acción de Revisión de Impuestos. (Ver Nos. 15 y 16 del Índice)	295

15. COMUNIDAD Y SOCIEDAD.

Diferencias. — 1º Por el origen se distingue la comunidad de la sociedad; al paso que aquélla aparece como situación ocasional de copropiedad en una cosa universal o singular, sin que se haya contratado sociedad, que puede dar origen a una colaboración entre los comuneros y a una explotación conjunta de la cosa común, la sociedad en cambio no se forma ocasionalmente, sino mediante un pacto en que se manifiesta la intención de los socios en el aporte de un capital para la explotación de un negocio, contrato en el cual se manifiesta claramente el llamado "Animus Societatis" que es característico de la sociedad. 2º La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. En cambio la comunidad carece de esa autonomía o existencia jurídica separada de los mismos comuneros, porque son éstos los dueños de la cosa común y los que se obligan y adquieren derechos en relación con ella; cada uno sigue siendo dueño exclusivo de la cuota que le corresponda en la cosa común y subsiste entonces una pluralidad de intereses jurídicamente distintos que no pueden ser representados sino por los comuneros como tales. 3º El derecho real del comunero sobre la cosa común no lo tiene el socio sobre las cosas llevadas al fondo social, ya que por razón del contrato, entran al dominio de la persona jurídica que surge, y el asociado adquiere simplemente ciertos derechos personales contra la sociedad; tal sustitución del derecho real del socio sobre la cosa aportada por simples derechos personales contra la sociedad, es consecuencia directa de la personalidad jurídica que la ley le reconoce a aquélla. 4º Ninguno de los comuneros está obligado a permanecer en la indivisión aunque puede pactarse entre ellos estado de comunidad hasta por cinco años, prorrogables desde luego por iguales lapsos sucesivos. Los socios por el contrario, no sólo contraen la obligación de llevar un aporte al fondo social, sino la de mantener o conservar sus aportes en dicho fondo, esto es, en el patrimonio de la persona jurídica, hasta cuando se verifique la liquidación del patrimonio social; es decir, deben conservar el aporte hasta que venza el término de duración de la compañía. Sentencia de 17 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo,

Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía Actor: "Comunidad Ley", en acción de Revisión de Impuestos. (Ver Nos. 14 y 16 del Indice)	295

16. COMUNIDAD Y SOCIEDAD DE HECHO.

<i>Diferencias.</i> — En la sociedad de hecho siempre existe el animus societatis, la colaboración paralela y simultánea de los socios y su actividad igualitaria en cuanto a derechos y obligaciones, tanto respecto de la sociedad como respecto de terceros; claro está que, como no es lógico tratar legalmente de igual modo la sociedad regular y la de hecho, ésta no constituye una persona jurídica distinta de los socios y se produce entonces una situación semejante pero no idéntica a la de la comunidad por cuanto los derechos se adquieren y las obligaciones se contraen en favor y en contra de todos los socios de hecho, a diferencia de lo que ocurre en la sociedad regular, en la que el sujeto de tales derechos y obligaciones es la persona jurídica, pero es cosa evidente que la sociedad de hecho supera el simple estado de copropiedad porque el animus societatis o voluntad de colaboración coloca a los socios en una situación de solidaridad por las operaciones celebradas en interés de la empresa social, solidaridad que no opera en el caso de la simple comunidad, en la que cada comunero responde ante terceros por las deudas contraídas por él en pro de la comunidad y en la que aun en el caso de que se contraigan colectivamente obligaciones por todos los comuneros, sin expresión de cuotas, éstos responden por partes iguales. (Ver Nos. 14 y 15 del Indice)	295

16 BIS. CONCEJOS MUNICIPALES.

<i>Facultad impositiva.</i> — La Ley 4ª de 1913 sobre régimen político y municipal, da a los Concejos la atribución de imponer contribuciones para el servicio municipal, dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas, y reglamentar su recaudación e inversión. La Ley 84 de 1915 hizo extensivo a todos los Concejos las autorizaciones que la Ley 97 de 1913 dio al Concejo de Bogotá para crear impuestos sobre ciertas y precisas materias, pero siempre que la respectiva Asamblea Departamental concediera dichas atribuciones. Sin embargo, posteriormente, la Ley 89 de 1936 facultó a los Concejos de las capitales de Departamento y a las ciudades con presupuesto anual no menor de trescientos mil pesos, para organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental, lo mismo que para crear los impuestos y contribuciones que estimen necesarios, dentro de la Constitución y las leyes. Sentencia de 27 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar T. Actor: Guillermo Pinzón, en acción de nulidad contra el artículo 13 del Acuerdo número 66 de 1965, expedido por el Concejo de Bucaramanga	220

17. CONSEJO DE POLITICA ADUANERA.

Gravamen arancelario a vehículos de servicio público. — No cabe duda de que el Consejo de Política Aduanera puede exigir a los par-

ticulares requisitos para hacerlos acreedores al beneficio de importar vehículos con destino al servicio público como previa condición para nacionalizarlos. Consecuencia lógica de ello sería que, realizada ya esta operación, se restringiera el libre comercio de los tales vehículos para asegurar su permanente continuidad en el servicio. La intervención del Consejo en esta materia tiene basamento legal; pero es lo cierto que debe mantenerse en los límites de sus facultades legales. La Administración no puede desbordarlos yendo más allá de los que el legislador le ha demarcado, puesto que la intervención está condicionada al mandato legal que determina su campo dentro del cual puede realizarla reglamentándola orgánica y funcionalmente con actos o resoluciones. Los literales b) y c) del artículo 4º y el artículo 6º de la Resolución 0001 de 1965, que se fundamentaron en las facultades que confiere el literal d) del apéndice 3º del arancel de aduanas, reglamentan materias no previstas en el Decreto 3168 de 1964, lo que configura exceso de poder y extralimitación de facultades. Por otra parte si la norma superior requiere imprescindiblemente los conceptos favorables del Departamento de Planeación y de la Junta de Comercio Exterior, y éstos no se produjeron, resalta la violación directa y ostensible del artículo 6º del Decreto 3168 ya citado. (Sentencia de 17 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente, doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Vasco J. Vejarano, en acción de nulidad contra los literales b) y c) del artículo 4º y el artículo 6º de la Resolución 0001 de 1965, originaria del Consejo de Política Aduanera)

158

18. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Orbita de sus funciones. — El contenido mismo de las normas Constitucionales hace nítido que la órbita propia de la Contraloría General de la República dentro de la organización estatal colombiana se refiere a la fiscalización del manejo de los bienes y rentas oficiales, a la adecuada y técnica contabilización de estas últimas y de la deuda pública y a la vigilancia de las inversiones y gastos que se hagan por cuenta del erario, con el fin de lograr la plena observancia de las formalidades exigidas para el caso por las normas fiscales, la correcta ejecución de la ley de presupuesto y el reintegro al Tesoro Público de las sumas indebidamente empleadas por los responsables de su manejo, o perdidas por cupa o dolo de los mismos. Pero el cumplimiento de estos deberes no lleva ni puede llevar a la Contraloría al ejercicio de funciones administrativas paralelas a las de aquellos organismos, dependencias o entidades oficiales sujetas a su vigilancia; desde luego que ello, además de llevarla a compartir lógicamente la responsabilidad en los actos puramente administrativos que aquéllos realizan con su aquiescencia o intervención, daría lugar a continuas fricciones e interferencias de la autoridad ejecutiva y la autoridad fiscalizadora, de suyo independientes cada cual en su ámbito, con clarísimo perjuicio para la correcta organización del Estado, que tiene como fundamento el equilibrio de las distintas potestades y el desarrollo armónico de sus diversas funciones de interés público, con miras a conseguir su objetivo supremo: el bienestar y progreso de la colectividad. (Sentencia de 15 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sec-

ción Cuarta. Consejero Ponente, doctor Juan Hernández Sáenz. Juicio por jurisdicción coactiva contra Gonzalo López Arango). (Ver Nº 36 del Indice)	337

19. CONTRATO ADMINISTRATIVO.

<i>Momento en el cual nace la convención.</i> — Basta que el pliego de cargos para licitación con las especificaciones y condiciones requeridas tenga aceptación del presunto contratista y se expida la resolución que adjudica el contrato, para que nazca la convención, es decir, el acuerdo de voluntades, con todas las consecuencias jurídicas. Este no puede desconocerse ni invalidarse sin que las partes manifiesten claramente su deseo de no llevarlo a cabo. Pero una de ellas solamente, carece del derecho de invalidar el pacto o contrato por su propia cuenta. Sentencia de 5 de febrero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente, doctor Enrique Acero Pimentel. Esta providencia confirma la proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el juicio de nulidad del acto proferido el 22 de febrero de 1965 por la Junta de Licitaciones Municipales de San Andrés. Actor: Alfonso Borrero Vargas	227

20. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

No se ha consignado un criterio, por lo mismo, no aparece configurado en ninguna disposición constitucional ni legal, y para distinguirlo del contrato de derecho privado hay que acudir necesariamente a los criterios que la doctrina ha ingeniado y que son: la finalidad inmediata de servicio público y la posición privilegiada de la Administración. (Ver Nos. 12 y 48 del Indice)	349

21. CREACION DE MUNICIPIOS.

<i>En qué momento deben ser acreditados los requisitos.</i> — Es en el momento en que la Asamblea va a expedir la Ordenanza cuando deben estar acreditados los requisitos que exige la ley. Si no lo están no puede aquélla expedir la Ordenanza porque la ley ordena la previa demostración de todos aquellos requisitos. Si se admitiese lo contrario se crearía un peligroso antecedente, cual es el de que las Asambleas puedan crear o suprimir municipios sin el lleno de las exigencias legales, para que luego y en el transcurso del tiempo se aduzcan pruebas tendientes a demostrar que cuando una Asamblea dictó la Ordenanza, el nuevo municipio reunía los requisitos que exige la ley. En esta forma se quita a las disposiciones legales toda la rigurosidad que el legislador quiso darle a la materia en asunto tan delicado y trascendental como es el de erigir municipios o segregar términos municipales. (Salvedad de voto de los doctores Jorge de Velasco Alvarez y Alfonso Arango Henao a la sentencia de 25 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de la que fue ponente el doctor Alfonso Meluk. Juicio de Nulidad de la Ordenanza número 6 de 1963 expedida por la Asamblea de Córdoba, orgánica del Municipio de "Los Córdoba"). (Ver Nos. 11, 22 y 100 del Indice)	186

22. CREACION DE MUNICIPIOS.

Páginas

Requisitos. — Los requisitos de fondo son los que siguen, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 49 de 1931, 1º de la Ley 62 de 1939 y 4º de la Ley 38 de 1942: a) Que el nuevo Municipio tenga por lo menos diez mil habitantes y que cada uno de los Municipios de los cuales se segrega, quede cuando menos con una población no menor de quince mil habitantes; b) Que en cada uno de los tres años anteriores haya aportado a las rentas del Distrito o Distritos de que se segrega, una suma no menor de seis mil pesos, y que esté en capacidad de organizar rentas y contribuciones, cuyo monto anual no sea menor de catorce mil pesos; c) Que tenga una población en donde residan 150 familias, por lo menos, y suficiente número de personas aptas para servir los destinos públicos municipales; que existan locales adecuados para escuelas, casa municipal, cárcel y hospital; que en caso de no ser propios del Municipio que se va a crear, éste cuente con los suficientes para construirlos; c) Que cada uno de los Distritos que sufren la segregación quede cuando menos con las dos terceras partes de su territorio. (Sentencia de 25 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk. Juicio de Nulidad de la Ordenanza número 6 de 1963, orgánica del Municipio de los Córdoba's"). (Ver Nos. 11, 21 y 100 del Indice)

177

D

23. DELEGACION DE FUNCIONES.

Del Presidente de la República a los Ministros. — Del texto del artículo 135 de la Constitución fluyen las siguientes conclusiones en materia de delegación: En los Ministros —como tales— sólo se pueden delegar funciones administrativas; estas funciones deben ser señaladas por la ley. En consecuencia, no se puede hacer una delegación plena de atribuciones presidenciales porque éstas comprenden las atribuciones constitucionales que no son delegables. La Constitución atribuye al Presidente de la República, en sus artículos 118, 119 y 120, funciones que sólo él puede desempeñar, *vr. gr.* la de promulgar y sancionar las leyes o la de nombrar y separar Ministros y Gobernadores; y al hacerse una delegación de todos los poderes presidenciales, se le dan al Ministro íntegramente las funciones del Presidente, cuando la Carta fundamental no contiene ninguna norma que lo permita. (Sentencia de 15 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jorge de Velasco Alvarez. Salvedad de voto de los doctores Enrique Acero Pimentel y Alfonso Meluk. Actor: Doctor César Castro Perdomo, en acción de nulidad contra el Decreto 624 de 1967). (Ver Nos. 9, 24, 28 y 79 del Indice)

63

24. DELEGACION O ATRIBUCION DE FUNCIONES.

Ausencia del Presidente de la República. — Sobre la base de que es necesario que al viajar el Presidente quede algún funcionario en la

posibilidad de ejercer algunas funciones presidenciales, se abren dos caminos de interpretación: *el de la delegación y el de la atribución de funciones*. En cuanto al primero tiénese que la delegación debe ser precisa y legalmente permitida y que hay funciones constitucionales indelegables. La delegación (Art. 135 de la Carta) es facultad condicionada en su ejercicio y extensión a la ley. No puede ejercerse sin ella y lo delegable es lo que ella autorice. Véase si no cómo de la Ley 202 de 1936 aparece que el delegatario no puede expedir decretos reglamentarios, ni nombrar ministros, ni gobernadores, etc., lo que está indicando que además de que sus funciones son muy limitadas, no son en ningún caso suficientes para reemplazar eventualmente al Jefe del Estado. Conviene agregar que las funciones delegables ya lo han sido casi en su totalidad y en todos los Ministros por lo cual el que fuera delegatario al salir el Presidente al exterior se hallaría en las mismas condiciones jurídicas de sus colegas, no tendría la calidad de suprema autoridad administrativa ni haría "Gobierno" (Art. 57) para tomar decisiones indispensables. Desechada ante su inutilidad jurídica la tesis de la delegación, queda el otro camino interpretativo: *el de la atribución de funciones*. Y ya se han expuesto razones suficientes para conceder prevalencia a esta tesis sobre la otra: razones que no son otras distintas a las de dos calidades del Presidente como Jefe de Estado y como Jefe del Gobierno o suprema autoridad administrativa. (Salvedad de voto de los doctores Enrique Acero Pimentel y Alfonso Meluk al fallo de 15 de mayo de 1968; del que fue ponente el doctor Jorge de Velasco Alvarez. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Actor: Doctor César Castro Perdomo en acción de nulidad contra el Decreto 624 de 1967). (Ver Nos. 9, 23, 28 y 79 del Índice)

63

25. DEMANDA EN FORMA.

Via procesal equivocada. — En el presupuesto procesal —demanda en forma— está comprendida también, entre otras irregularidades, la que consiste en que la demanda se adelante por una vía procesal inadecuada, es decir, que no es la señalada por la ley según la clase de juicio de que se trate, como si un proceso que debe seguirse por la vía ordinaria se sigue por la especial o al contrario. En tales casos no existe propiamente la denominada ineptitud sustantiva de la demanda, o petición de modo indebido, como se le denominaba antiguamente, sino un impedimento procesal. (Ver el Nº 81 del Índice)

285

26. DERECHO DE PETICION Y RECURSOS JURISDICCIONALES.

Nuestro sistema legal no los confunde, porque el punto envuelve una cuestión de regularidad y seguridad administrativa, de estabilidad institucional, y en síntesis, de orden público. En el Estado que solemos calificar como "de derecho" por su sometimiento a las leyes, y como "democrático" por el origen de la soberanía que ejerce, es explicable que el cogobernante y a la vez delegante de autoridad que es el ciudadano, pueda pedir ampliamente. Pero aun allí el derecho de petición tiene un límite: ese límite consiste en no poder dar virtualidad a las acciones prescritas, porque lo contrario

conllevaría un elemento antijurídico y un grave factor de perturbación pública. Se tiene entonces, que si, como lo prescribe el artículo 7º del Decreto ley 2733 de 1959, "el simple derecho de petición es distinto de la acción de litigar en causa propia o ajena", se impone a veces distinguir cuándo una acción se ha ejercitado contra el acto administrativo, no solicitado sino autónomo, y que es la causa positiva de los efectos jurídicos a los que un particular atribuye lesiones patrimoniales. La distinción es necesaria no sólo porque ella surge de la disposición mencionada, sino porque el espíritu de ésta no es otro que el de mantener la intangibilidad de la ley procesal, ordenamiento de interés público. (Ver Nº 4 del Indice) 129

27. DEROGACION TACITA DE LAS LEYES.

La ley posterior deroga la anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general, subsiste en cuanto se refiere a la materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera, o que entre ellas exista incompatibilidad. —Estos principios aparecen desarrollados en nuestro derecho positivo. Dicen los artículos 71 y 72 del Código Civil que hay derogación tácita "cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior" y que la "derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley". Ello significa que si las normas pueden conciliarse y, por lo tanto, no pugnan en razón de la especialidad de unas y de la generalidad de otras o por ocuparse de materias distintas, no se opera la derogación tácita. Con idéntico criterio, los artículos 2º y 3º de la Ley 153 de 1887 establecen el principio de la prevalencia de la ley posterior, pero lo limitan en sus alcances al expresar que hay insubsistencia de una disposición: 1º Por "declaración expresa del legislador"; 2º Por "incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores", que no por aparente incompatibilidad con disposiciones generales posteriores. Y es apenas lógico que así sea, porque ordinariamente no hay oposición entre normas anteriores que se expiden en consideración a las modalidades singularísimas de una materia específica, y las que se dictan posteriormente en razón de condiciones generales que no correspondan a las características peculiares y requerimientos particulares del asunto regulado en aquéllas. Para estos casos, la insubsistencia de los ordenamientos especiales anteriores sólo procede en virtud de mandato expreso del legislador o en el evento, de rara ocurrencia, en que haya verdadera incompatibilidad, y 3º, Por "existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería". Ello implica que si las materias son diferentes y si el nuevo estatuto no reglamenta, de manera específica, los puntos concretos de que se ocupaban los anteriores preceptos, subsistirán estos últimos. Sentencia de 30 de enero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Malden Form Inc., en acción de nulidad contra algunas resoluciones del Ministerio de Fomento. (Ver Nº 82 del Indice)

28. DESIGNADO.

Páginas

Debe reemplazar al Presidente de la República en todo caso de ausencia temporal o permanente. — Puede afirmarse que en el país, al menos desde el año de 1936 hasta el año de 1967, había existido una especie de constante histórica y doctrinal sobre el hecho de que la salida del país de un Presidente, así sea con su investidura y para cumplir en el exterior funciones de Jefe de Estado, crea una falta interna que debe ser transitoriamente suplida por el Designado o por el Ministro (hoy del mismo partido político) a quien ello corresponda dentro de la precedencia establecida por la ley. La asunción de los poderes presidenciales no delegables, mediante posesión del mando, constituye simplemente un caso de cooperación en la función administrativa. La misma Constitución contempla un caso de colaboración del Designado al ejercicio de las funciones presidenciales cuando, en el ordinal 89 del artículo 120, preceptúa que si el Presidente titular estima conveniente dirigir operaciones de guerra en su carácter de Jefe de los Ejércitos de la República y ejerce el mando militar fuera de la capital debe quedar el Designado encargado de los otros ramos de la administración. No podrían los sostenedores de la pretendida dualidad de presidentes restarle fuerza al argumento con la excusa de que se trata de un caso excepcional, pues la premisa mayor de su razonamiento estriba en la imposibilidad de que sea consumado el llamado fenómeno de los dos mandatarios. (Sentencia de 15 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jorge de Velasco Alvarez. Salvedad de voto de los doctores Enrique Acero Pimentel y Alfonso Meluk. Actor: Doctor César Castro Perdomo, en acción de nulidad contra el Decreto 624 de 1967). (Ver Nos. 9, 23, 24 y 79 del Indice

63

29. DESPERDICIO DE GAS.

Las normas respectivas de la Ley 10 de 1961 y su decreto reglamentario pueden ser aplicadas a contratos anteriores a su vigencia. — De los artículos 14 de la Ley 10 de 1961 y 33 del Decreto 1348 del mismo año, se desprende con claridad meridiana que si pasados tres años de iniciada una exploración petrolífera, el beneficiario no toma las medidas conducentes para evitar el desperdicio del gas que no utilice, el gobierno puede disponer del gas desperdiciado gratuitamente, en cualquier tiempo, y contratar su aprovechamiento con el explotador o con terceros, lo que se justifica porque tal producto se entiende abandonado por su dueño puesto que se pierde en la atmósfera. Y del artículo 34 del Decreto mencionado, que el gobierno dio un término de tres años contados a partir de la vigencia de la Ley 10 de 1961, 16 de marzo de 1961, para que los concesionarios que en esa fecha estuvieran en etapa de explotación, tomaran todas las medidas técnicas necesarias para evitar el susodicho desperdicio, so pena de que el Gobierno tomara para sí el hidrocarburo desperdiciado, o sea, les aplicara el artículo 14, disposición esta última también muy razonable que, además de ser de utilidad pública, no vulnera derechos adquiridos aplicándola a los contratos anteriores a su vigencia, dadas sus características. (Sentencia de 12 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Con-

sejero Ponente: Doctor Samuel de Sola Roncallo. Juicio Ordinario de Minas y Petróleos; actor: Texas Petroleum Company) 111

30. DESVIACION DE PODER.

En la creación de tributos. — Los Concejos Municipales no gozan de facultades arbitrarias y caprichosas para la fijación de tributos, hasta el punto de desconocer las garantías al derecho de propiedad. Porque tal cosa configura sin duda desviación y abuso de poder, que consiste, como lo ha dicho la doctrina, en el hecho de que la administración, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo ejecuta no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos. (Ver Nos. 40, 46, 49 y 94 del Indice) 213

31. DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACION.

Si bien es cierto que la tesis de la discrecionalidad ha sido expuesta por autores de valía, no lo es menos que en nuestro sistema no se ha reconocido y antes bien está consagrada la regla para toda actividad de la administración en virtud del principio de que los funcionarios no pueden hacer sino lo que la ley les permite. Por lo demás, no es cierto que esta jurisdicción carezca de elementos de juicio para valorar un concepto técnico, desde luego que puede apelar a expertos designados por ella con el fin indicado. (Ver Nos. 6, 74 y 75 del Indice) 193

E

32. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS.

Dictadas en juicio administrativo de simple nulidad. — Tienen los mismos efectos de las que se dictan en juicio de inexequibilidad ante la Corte Suprema de Justicia: Es decir, contienen una declaración de que el acto acusado, en todo o en parte es violatorio de una norma superior y lo fue desde su expedición. Por eso cuando no ha habido suspensión provisional del mismo, que se mantenga hasta la expedición de la sentencia, ésta tiene la virtud de retirar desde su ejecutoria el precepto acusado de la normación jurídica para impedir que se siga aplicando, y de considerar que hacia el pasado nunca existió ni produjo efectos válidos, excepción hecha de los casos que bajo su imperio hicieron tránsito a cosa juzgada. Cuando ha habido tal suspensión, la inaplicabilidad de la norma comienza en la práctica desde cuando ella queda en firme, de modo que sus efectos vienen a confundirse, sin solución de continuidad, con los de la sentencia. Concepto de 5 de abril de 1968; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry; relativo a patentes de drogas y su prórroga. Publicación autorizada mediante Of. N° 3203 de 21 de mayo de 1968 del señor Ministro de Fomento. (Ver Nos. 67, 83 y 90 del Indice) 13

33. ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS.

Páginas

Industria Licorera de Bolívar. — Constituyen una necesidad del Estado moderno, no sólo por la complejidad de la administración pública, sino para organizar, en forma más eficiente la prestación de los servicios, así como la tecnificación de la producción y el control de los recaudos, como en el caso de la Industria Licorera de Bolívar, creada por la Ordenanza número 52 de 1964. Y resulta igualmente claro que para tal efecto, a dicho establecimiento tenía que dársele plena autonomía para su administración, como lo dice la Ley 151 de 1959, ya que de lo contrario la Empresa Licorera carecería de herramientas para darle la organización requerida, que corresponde a la finalidad buscada con su creación. Sentencia de 20 de marzo de 1968. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk. Actor: Doctor Ricardo Camargo Sierra en acción de nulidad contra varios artículos de la Ordenanza número 52 de 1964

173

34. EXCEPCIONES PERENTORIAS.

La circunstancia de que las súplicas del libelo sean incompletas y, por ello, no puedan calificarse a fondo las pretensiones del actor, no puede ser llamada una excepción, y menos todavía perentoria, desde luego que este medio de defensa supone una acción correctamente encaminada, ya que precisamente esa acción es la que pretende desvirtuar la excepción. Lo que acontece cuando la demanda es incompleta en sus alcances mínimos indispensables para el debido ejercicio de la acción incoada, es que falta un presupuesto procesal, o sea una de las bases absolutamente necesarias para que en un caso determinado pueda ejercerse a plenitud la función esencial de los jueces: administrar justicia. (Ver el N° 59 del Indice)

289

F

35. FACULTAD IMPOSITIVA DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES.

Su delegación es abiertamente inconstitucional. La facultad para imponer contribuciones, en cuya acepción se encuentran tanto los impuestos como las tasas, es privativa de los Concejos Municipales, por mandato del artículo 197, numeral 2° de la C. N. y del artículo 169 del C. de R. P. y M., lo cual está indicando que la delegación hecha por el Concejo Municipal de Medellín a las "Empresas Varias Municipales" es abiertamente inconstitucional. (Ver N° 99 del Indice)

209

36. FUNCIONES DE LA CONTRALORIA.

El contenido mismo de las normas constitucionales hace nítido que la órbita propia de la Contraloría General de la República dentro de la organización estatal colombiana se refiere a la fiscalización del manejo de los bienes y rentas oficiales, a la adecuada y técnica contabilización de estas últimas y de la deuda pública y a la vigilancia de las inversiones y gastos que se hagan por cuenta del

Erario, con el fin de lograr la plena observancia de las formalidades exigidas para el caso por las normas fiscales, la correcta ejecución de la ley de presupuesto y el reintegro al Tesoro Público de las sumas indebidamente empleadas por los responsables de su manejo, o pérdidas por culpa o dolo de los mismos. (Ver el Nº 18 del Indice) 337

G

37. GENERALES.

El Decreto 188 de 1968 reajustó, para el porvenir y desde su vigencia, elevándolos, los sueldos de retiro a quienes, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 126 de 1959 y por el Decreto 3220 de 1953, habían estado recibiendo su asignación de retiro en la equivalencia de los haberes correspondientes a un Brigadier General; pero, al mismo tiempo, aquella disposición del Decreto 188 establece que ella no da a los beneficiarios derecho a reclamar ninguna suma por concepto de la diferencia existente, en el pasado, entre las asignaciones recibidas hasta la fecha, como Brigadieres Generales, y las que en adelante les corresponden como Generales. Sentencia de 12 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Andrés Holguín. Demandas acumuladas de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares y el General (r) Domingo Espinel. (Ver Nos. 38 y 87 del Indice) 258

38. GENERALES.

Revisión de las Sentencias del Consejo de Estado que aplicaban la excepción de inconstitucionalidad del artículo 7º de la Ley 126 de 1959. — Dice el artículo 165 del C. C. A. que puede solicitarse la revisión "cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuida por disposición posterior al reconocimiento, o cuando la (disposición) que sirvió de fundamento a éste fue mal aplicada o interpretada". Esta parte final de la causal sexta es aplicable a estos casos, puesto que el Consejo no tuvo en cuenta en estos fallos el artículo 7º de la Ley 126 de 1959, por considerarlo inconstitucional y la Corte Suprema posteriormente, en sentencia del 27 de noviembre de 1964 declaró exequible la disposición. Además, al dejar de aplicar el citado artículo 7º, el Consejo aplicó disposiciones que no eran las pertinentes, ya que habían sido sustituidas por la norma que la Corte declaró exequible. Sentencia de 12 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Andrés Holguín. Demandas acumuladas de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares y el General (r) Domingo Espinel. (Ver Nos. 37 y 87 del Indice) 258

Nota. Esta sentencia rectifica la doctrina sentada en diferentes fallos; entre ellos, el de 18 de octubre de 1966, del que fue Ponente el doctor Guillermo González Charry.

H

39. HUELGA ILEGAL.

Páginas

Despido de trabajadores. Siendo la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades laborales un acto administrativo que está facultado el Ministerio del Trabajo, para dictar previa información correspondiente y ante la constatación de que se está dentro de alguno o algunos de los casos previstos en el artículo 450 del C. S. del T., dicho acto le pone fin a esa actuación gubernativa con el efecto excepcional de que deberá cumplirse inmediatamente y contra ella no existen recursos en la misma vía. Se trata de evitar que la cesación de labores cause mayores perjuicios y tiende a que ellas se reanuden inmediatamente. Desde luego tal declaración es un acto que crea derechos al empresario, en relación con el despido de aquellos trabajadores que fueron culpables del paro de actividades y de quienes persistieron en él una vez declarada su ilegalidad. Pero, respecto de los primeros, con el objeto de proteger a quienes no sean responsables de haber suspendido la labor, continúa la intervención del Ministerio del Trabajo, por medio de sus funcionarios autorizados, para examinar la lista de los que el Empresario quiere despedir por haber participado o intervenido en la suspensión del trabajo no determinada por circunstancias ajenas a su voluntad o creadas por las condiciones mismas en que se desarrolló el paro. Sin el examen de cada caso concreto en el informativo que el funcionario debe levantar y la resolución motivada que autorice el despido, no puede el empresario efectuarlo. Se deduce de lo anterior que declarada la ilegalidad del paro se debe iniciar de inmediato la gestión del empresario en orden a obtener la autorización para los despidos. Sentencia de 10 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez. Actor: Manufacturas de Cerámica S. A. en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 745 de 1965, emanada del Ministerio del Trabajo. (Ver Nº 65 del Indice)

101

I

40. IMPUESTOS.

No se pueden establecer con miras a crear monopolios. — Tratadistas de la Hacienda Pública concuerdan en el concepto de que la relación tributaria del Estado con los contribuyentes, debe mantenerse en cauces de derecho desde los mismos presupuestos o condiciones que constituyen el motivo del tributo, y traen como antecedentes históricos los de pueblos que abrumados por el peso de cargas antieconómicas e injustas, han promovido trascendentales movimientos, fuente de las transformaciones que la humanidad ha alcanzado en este campo. Cierto es que las divergencias doctrinarias y filosóficas acerca de la justificación del tributo han dificultado la estructuración conceptual de una teoría que haya llegado hasta los propios textos legales. Mas verdad es, sin embargo, que el fin del Estado es esencialmente jurídico y su actividad no puede manifestarse sino conforme a derecho. Añádase, además, que en materia tributaria el

concepto de Estado tiene aplicación igual en tratándose de Estado, Departamento o Municipio. Nuestra Carta (Art. 31) no admite la existencia de monopolio sino como arbitrio rentístico, en virtud de ley y previa indemnización; y consagra (Art. 32) la intervención del Estado en las empresas públicas y privadas, pero solamente para obtener los fines indicados en la misma, es decir, la racionalización de la producción, distribución y consumo de las riquezas o la justa protección a que el trabajador tiene derecho. Un hacendista ha dicho que siendo innegable que todo acto encaminado a aplicarse a la comunidad debe estar precedido de consideraciones sobre la dignidad humana, lógico resulta que hechos que tan directamente la afectan como los que se desprenden de exigirle tributos, tengan en mira ante todo los efectos que mediante tales actos se puedan ocasionar a la sociedad, (Ver Nos. 30, 46, 49 y 94 del Indice) 213

41. IMPUESTO A LAS VENTAS.

El artículo 10 del Decreto reglamentario número 1881 de 1966, fue más allá de lo preceptuado por el artículo 19 del Decreto legislativo número 1595 del mismo año, al disponer que se liquidara el impuesto a la venta conjuntamente con los derechos arancelarios, de mercancías introducidas al país, es decir, sobre operaciones no realizadas en territorio colombiano, violando no solamente el decreto reglamentado, sino contrariando abiertamente la finalidad del impuesto sobre las ventas, reducido a gravar la compraventa o permuta, al verificarse la entrega real o simbólica de la mercancía negociada dentro del país. Sentencia de 22 de febrero de 1968. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk. Actor: Doctor Alfonso Charria A. en acción pública contra el inciso 2º del artículo 10 del Decreto reglamentario 1881 de julio 25 de 1966 32

42. IMPUESTO DE AUSENTISMO.

Finalidad de la exención establecida por el artículo 90 de la Ley 81 de 1960. — No es necesario acudir a especiales reglas de hermenéutica para llegar a la conclusión de que la finalidad que con esa norma buscó el legislador fue la de fomentar el aprendizaje universitario fuera del país, la de dar oportunidad a los estudiantes para acrecentar sus conocimientos, aprovechando las corrientes del pensamiento foráneo o la de permitir la realización de carreras en el extranjero, especialmente para aquellos casos en que las universidades de Colombia no tengan un récord de estudios que abarque los avances nuevos del pensamiento científico. Pero a esta intención plausible debe contraponerse una realización seria de esos estudios en forma que se pueda demostrar que el educando realmente persigue aumentar el acervo de conocimientos que puedan más tarde ser aprovechables por el país, cumpliendo así la finalidad social de enriquecer nuestro patrimonio científico en todas las ramas de la técnica y de la ciencia. (Sentencia de 20 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía. Salvedad de voto del doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Celio Villalba, en acción de Revisión de Impuestos). (Ver Nos. 44, 45, 55, 56 y 57 del Indice) 301

43. IMPUESTO DE CONSUMO.

Páginas

Cervezas. — Aunque es el industrial cervecero quien deposita en las arcas departamentales el monto del gravamen, ello sólo obedece al simple deseo de lograr una mayor rapidez y facilidad en su recaudo, ya que el industrial cuando vende su producto recarga el precio en el equivalente del valor del impuesto, y lo mismo hacen tanto el distribuidor mayorista como el comerciante al por menor, sin que haya base alguna para objetar ese procedimiento; desde luego que legalmente el sujeto pasivo del tributo no es el industrial ni el comerciante sino el consumidor de la bebida. Es evidente entonces que cualquier aumento en el monto del aludido impuesto debe recaer sobre las existencias de cerveza no dadas al consumo público en la fecha en que ese aumento haya de comenzar a regir, por cuanto en esa fecha el verdadero sujeto pasivo del tributo obviamente no lo ha satisfecho todavía, sin que la circunstancia de que el fabricante, al despachar la bebida, hubiese consignado en las arcas oficiales la suma equivalente a tal impuesto, pueda entenderse que desinteresa definitivamente al fisco departamental y libera, en consecuencia, al consumidor de pagar un aumento del impuesto decretado entre tanto; desde luego que esa consignación del industrial puede entenderse apenas como un anticipo del impuesto que hace éste a nombre y por cuenta del consumidor, que es el sujeto pasivo del tributo, puesto que contra él repiten sucesivamente el fabricante, el distribuidor mayorista y el expendedor minorista, a través del recargo en el precio de venta. Sentencia de 11 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: Bavaria, S. A. en acción de revisión de impuestos 292

44. IMPUESTOS, EVASION DE.

Como anotan los tratadistas, la evasión a la ley tributaria puede ser legal o ilegal; es legal cuando el contribuyente utiliza los procedimientos permitidos por la ley para eludir parcialmente el impuesto, como ocurriría con quien por medio de donaciones irrevocables o constitución de sociedades, fraccionara su patrimonio para evitar la progresión del impuesto; la evasión ilegal se presenta con la ejecución voluntaria o involuntaria de ciertos actos con el fin de eludir parcial o totalmente el impuesto, pretermitiendo normas legales o acomodando su actitud a un sentido y a una finalidad que estuvo muy lejos de la mente del legislador. (Sentencia de 20 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía. Salvedad de voto del doctor Alvaro Orejuela Gómez. Actor: Celio Villalba, en acción de Revisión de Impuestos). (Ver Nos. 42, 45, 55, 56 y 57, del Índice) 301

45. IMPUESTO DE AUSENTISMO.

Exención establecida por el artículo 90 de la Ley 81 de 1960. — Si bien las excepciones impositivas son de interpretación estricta, este principio no alcanza a excluir de la franquicia a los casos que caben precisamente en los términos de la ley o los que aquélla com-

prenda por necesaria implicancia. El artículo 90 de la Ley 81 de 1960 debe por tanto aplicarse literalmente y sin acudir a su interpretación científica. Las leyes fiscales no tienen por qué indagar el fuero interno o los propósitos del contribuyente, como sí sucede en los asuntos penales en que se investiga el dolo y en donde la justicia penetra en la conciencia del delincuente; pero en derecho tributario sólo cuentan los hechos. (Salvedad de voto del doctor Alvaro Orejuela Gómez a la sentencia de 20 de junio de 1968, de la que fue Ponente el doctor Hernando Gómez Mejía. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Actor: Celio Villalba, en acción de Revisión de Impuestos). (Ver Nos. 42, 44 y 55 a. 57 del Indice) 301

46. IMPUESTOS DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

No puede ser utilizado como pretexto para la creación de monopolios. Ciertamente en el sistema impositivo municipal colombiano no existe norma que limite la cuantía del Impuesto de Industria y Comercio, pero jamás puede de ello deducirse que los Concejos gocen de facultades arbitrarias y caprichosas para señalarla hasta el punto de que, absorbiendo la casi totalidad de utilidades, limite, o destruya la libertad de industria y de contera choque con la garantía al derecho de propiedad. Porque tal cosa configura sin duda desviación y abuso de poder, que consiste, como lo ha dicho la doctrina, en el hecho de que la administración, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado en lo externo a las ritualidades de forma, lo ejecuta no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos. Los loables propósitos de combatir la especulación, de garantizar a la comunidad contra abusos de intermediarios, pueden alcanzarse por medios ajustados a derecho y dentro de cauces legalmente preestablecidos; mas no bordeando peligrosamente límites vedados por preceptos constitucionales que garantizan no solamente la libertad de industria, sino la de escoger actividades lícitas de trabajo. Con el lleno de formalidades legales puede establecerse un monopolio previa indemnización y como arbitrio rentístico. Lo que no puede hacerse sin incurrir en desviación de poder es conseguir por medios arbitristas los mismos fines del verdadero y autorizado monopolio. Sentencia de 30 de abril de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Doctor Uladislao Domínguez, en acción de nulidad contra los artículos 67 y 69 del Acuerdo número 21 de 1965, expedido por el Concejo Municipal de Buga. (Ver Nos. 30, 40, 49 y 94 del Indice) 213

47. IMPUESTO SOBRE LA RENTA.

Deducción de "Expensas necesarias". — Al establecer la Ley 81 de 1960 y su Decreto reglamentario como deducción de la renta "las expensas necesarias pagadas durante el año", se está refiriendo a los gastos "normalmente acostumbrados" en la producción de la renta denunciada. De ninguna manera puede considerarse como gasto normal acostumbrado el pago de un Gerente y de un Revisor para percibir los dividendos que pagan las sociedades anónimas y el

precio de los arrendamientos de bienes urbanos. Y mucho menos cuando los sueldos que se denuncian como pagados absorben más de la tercera parte de la renta bruta percibida. Lo que si es normal es la comisión pagada a los administradores de bienes urbanos, y que las autoridades fiscales aceptan como deducción. (Sentencia de 24 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar Tapiero. Actor: Sucesión de Margarita Mora vda. de Villa en juicio de Revisión de Impuestos)

319

48. INCOMPETENCIA DE JURISDICCION.

El Consejo de Estado no es competente para conocer de asuntos relacionados con la ocupación permanente de la propiedad inmueble por parte de las entidades públicas; dichos conflictos están atribuidos a la justicia ordinaria. (Ver Nos. 12 y 20 del Indice)

349

49. INCORA.

Explotación Económica. — De conformidad con la Ley 200 de 1936, dictada en desarrollo del principio constitucional que consagró la función social de la propiedad privada, todo fundo en que el propietario por sí o por medio de terceros no establezca una explotación económica adecuada, constante y regular, en un lapso de diez años o más, regresa al patrimonio del Estado, mediante declaración que desde la vigencia de la Ley 135 de 1961, hace o debe hacer el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por providencia en que declare extinguido el derecho de dominio del propietario.

Se entiende por explotación económica adecuada de predios dedicados a la agricultura, aquellos que en realidad se cultiven en forma constante y no esporádica, en cuanto lo permitan las calidades de los suelos; y tratándose de ganaderos, los que se ocupan permanentemente o estacionalmente con ganados, según la mayor o menor bondad de las tierras, permitiéndose en todos los casos las reservas de bosques indispensables para la conservación de las aguas, provisión de maderas para el sostenimiento de la finca, ensanchamientos futuros del negocio, o para evitar la erosión de las tierras empinadas o inutilizables. Sentencia de 30 de marzo de 1968. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Samuel de Sola Roncallo. Actor: Brígido Cano Gámez en Revisión de actos administrativos del Incora. (Ver Nos. 30, 40, 46 y 94 del Indice)

143

50. INCORA.

Extinción del dominio. - Prescripción de 10 años. — La inexploración en el lapso de diez años que la ley señala para que por abandono pueda declararse extinguido el dominio privado de una finca rural, debe ser ininterrumpida, es decir, ha debido tener lugar por lo menos en los últimos diez años inmediatamente anteriores al de la fecha en que el Instituto la declare, sin solución de continuidad, a

lo que no se opone cualquier explotación esporádica, como cuando en el lapso indicado se la ocupa accidentalmente con ganados o cultivos no permanentes, pues, como se ha visto, la ley habla de explotación estable y no transitoria. Significa ello también que si un fundo abandonado en los últimos nueve años precedentes a la declaración referida, no lo estuvo en los años anteriores, o sea tuvo explotación permanente y estable con posterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1936 en uno o varios lapsos comprendidos entre ese año y la época actual, sin que durante ese tiempo se hubiera completado un período de abandono de diez o más años, no es posible tampoco la declaración de la extinción del dominio de que se viene hablando porque, como ocurre con toda prescripción, una vez que ésta se interrumpe se pierde el tiempo corrido anteriormente para ganarla, a menos que se trate de interrupciones producidas por hechos ajenos e irresistibles a la voluntad de la persona en vía de perder o adquirir algún derecho por este modo, como en los casos contemplados por el numeral 1º del artículo 2522 del C. C. o del Decreto legislativo 328 de 1958, en que no hay propiamente interrupción sino suspensión de la prescripción extintiva o adquisitiva. (Sentencia de 30 de marzo de 1968. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Samuel de Sola Roncallo. Actor: Brígido Cano Gámez en Revisión de actos administrativos del INCORA)

143

51. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

Por destrucción de un bien perteneciente a una sociedad conyugal en liquidación. — La sociedad conyugal disuelta e ilíquida por el fallecimiento de uno de los cónyuges, entra en liquidación, convirtiéndose en cuanto a los bienes, en una mera comunidad, y es precisamente dentro del juicio de sucesión del cónyuge fallecido dentro del cual se procede en primer término a liquidar tal sociedad, delimitando así qué patrimonio corresponde al cónyuge muerto y cuál al superviviente e incorporando como elemento constitutivo del haber sucesoral del cónyuge muerto lo que por concepto de gananciales hubiere de corresponderle en la liquidación del haber social. Por consiguiente, con relación a los perjuicios materiales dependientes de la destrucción de un bien de la sociedad en liquidación, no puede uno de los cónyuges demandar para sí la indemnización correspondiente, cuando en realidad se debe pedir para la dicha sociedad. (Sentencia de 10 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge A. Velásquez D. Actor: Mariana Becerra vda. de Parra). (Ver No 89 del Índice)

244

52. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

Por pérdida de mercancía extranjera en las aduanas. Tipo de cambio a que debe liquidarse. — Si la Nación causa un daño por deficiencias en el servicio de aduanas debe indemnizarlo por expresa disposición de la ley. La indemnización no puede ser otra que lo que pagó el importador por la mercancía perdida, es decir, su valor

en dólares convertido a moneda colombiana al tipo de cambio a que se los otorgó el Estado, daño emergente, más los intereses legales sobre dicha suma desde que dicha mercancía debió ser entregada hasta que se verifique el pago de aquélla, lucro cesante, porque ese y no otro fue el daño patrimonial inferido. La obligación del Estado proviene de la ley y no del contrato de compraventa que dio origen a la importación de los bienes. Y no importa que el día en que el Banco hizo el reembolso al exterior, los dólares hubieran estado a un precio más alto, pues una vez que se otorga la licencia de importación se fija el tipo de cambio. Auto de 15 de febrero de 1968. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Samuel de Sola Roncallo

233

53. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

Pueden demandarla los herederos de la víctima en su calidad de tales o en su propio nombre. — No se puede privar a los herederos del derecho de demandar para la sucesión, o lo que es lo mismo, de presentarse en nombre del causante. No se les puede obligar a obrar en nombre personal, o sea como damnificados no más, o víctimas mediatas de un accidente que hizo víctima inmediata a la persona. No se puede prescindir del principio contenido en nuestra legislación, y que es de la más pura cepa romana, de que en el heredero continúa la persona del difunto, y que al adquirir *mortis causa*, se ha adquirido "peruniversitatē". En el caso de accidente mortal es libre el heredero para demandar a nombre personal, como simple perjudicado con la muerte de la persona que lo sostenía o le ayudaba, o para actuar en su calidad de causahabiente, y por lo mismo en representación del causante. Pero ni en la jurisprudencia más pretoriana es dado sostener que cuando se pretenda indemnización por muerte causada en accidente, no puede el actor hablar en su calidad de heredero, y por lo mismo en representación de la víctima, sino que necesariamente debe obrar a nombre personal, como un tercero perjudicado. Esto sería nada menos que un desheredamiento por jurisprudencia. (Ver Nº 2 del Índice)

236

54. INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES.

Incompetencia del Consejo de Estado para conocer de controversias suscitadas por la aplicación de la Ley 90 de 1946. — Los artículos 68 de la Ley 90 de 1946 y 6º del Decreto ley 2324 de 1948 fijan de manera especial la competencia de la justicia del trabajo para dirimir las controversias que suscite la aplicación de la Ley 90 de 1946 entre patronos y trabajadores, o entre el Instituto o las Cajas y los patronos, asegurados o beneficiarios, y las que susciten las normas del seguro obligatorio o facultativo y de los adicionales, sea entre patronos o trabajadores entre sí o entre el Instituto o las Cajas con los beneficiarios de tales seguros o con las personas o entidades legalmente obligadas al pago de las cotizaciones respectivas. (Sentencia de 11 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Belisario Arciniegas. Actor: Gaseosas Colombianas S. A. en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 863 de 1964 emanada del Instituto Colombiano de Seguros Sociales)

162

55. INTERPRETACION DE LA LEY.

Páginas

Escuela Científica. — Frente a la escuela de la exégesis se presenta la escuela científica de interpretación de la ley cuyo objetivo es el de buscar el pensamiento o voluntad del legislador; como es imposible que éste pueda prever la multiplicidad de casos que se presentan en la práctica, como el derecho es una ciencia de hechos humanos y éstos son múltiples en sus manifestaciones, corresponde al juzgador una labor de adaptación del texto literal a esos mismos hechos para que la justicia cumpla su tarea esencial de encontrar la verdad jurídica en el campo de los hechos. El método exegético ha sido superado para dar paso a la interpretación científica de la ley que ha permitido a nuestra jurisprudencia hacer grandes avances e incorporar a nuestro derecho las corrientes jurídicas más avanzadas y las grandes teorías que como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la responsabilidad extracontractual, el fraude a la ley, etc., han venido a enriquecer el pensamiento jurídico de la era contemporánea; de ahí por qué es principio que ya nadie discute que en la solución de los conflictos, el juez debe no sólo atenerse a lo que dicen las palabras del legislador sino que interpretando su genuina intención, debe encontrar la solución más racional y adecuada al caso controvertido. (Sentencia de 20 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Celio Villalba, en acción de Revisión de Impuestos). (Ver Nos. 42, 44, 45, 56 y 57 del Índice)

301

56. INTERPRETACION DE LA LEY.

Escuela de la exégesis. — Tiene su origen remoto en los glosadores y postglosadores de la Edad Media y tuvo auge especial a raíz de la expedición del Código Napoleón; para sus seguidores, la suprema norma de interpretación es el texto mismo de la ley, el sentido y alcance gramatical de la misma, ellos se ciñen estrictamente a estos tres principios que vinieron a ser los cánones orientadores de esta escuela: a) Todo el Derecho Civil se encuentra en el Código; b) La ley debe interpretarse estudiando cuidadosamente las palabras empleadas en la redacción de los artículos; c) Los jueces deben aplicar los Códigos siguiendo rigurosamente su sentido literal en la solución de los casos objeto del litigio. Puede decirse que el pensamiento de esta escuela fue plasmado en el artículo 27 del Código Civil colombiano que da importancia excepcional a la expresión gramatical, al sentido literal de las palabras; "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu". En principio, esta es la consagración del método exegético, aunque es bueno anotar desde ahora que la ley habla del *sentido*, no de las palabras, de la interpretación gramatical de las mismas. (Sentencia de 20 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Celio Villalba, en acción de Revisión de Impuestos). (Ver Nos. 42, 44, 45, 55 y 57 del Índice)

301

57. INTERPRETACION DE LEYES FISCALES.

Páginas

Estas leyes son de interpretación restrictiva; y el rechazo o desconocimiento por jurisprudencia o doctrina del principio de la aplicación literal que debe darse a las exenciones señaladas en la ley, —so pretexto de consultar su espíritu— constituye para la ciudadanía en general, un daño mayor que el que puede ocasionarse al Fisco, privándolo de una entrada extraordinaria, como es el impuesto de ausentismo, que por importante que se la considere, no alcanza a ser una sexta parte de lo que normalmente paga el contribuyente, quien al ver que desaparece aquella norma que lo favorecía legalmente, se sentirá desamparado ante la justicia de lo Contencioso Administrativo en la cual siempre ha tenido confianza. (Ver Nos. 42, 44, 45, 55 y 56 del Indice)

301

58. INTERVENCION ECONOMICA DEL ESTADO.

Puede traducirse en actos de carácter general o de carácter subjetivo. La intervención económica del Estado contemplada en el artículo 32 de la Carta, como toda actividad administrativa, puede traducirse en actos creadores de situaciones jurídicas generales que se imponen a la voluntad de los asociados en forma impersonal y abstracta, o en actos creadores de situaciones jurídicas individuales. Los primeros crean, determinan, condicionan o modifican el derecho objetivo, son actos-reglas según la nomenclatura de Duguit, o leyes en sentido material; los segundos crean, modifican, suprimen o reconocen un situación subjetiva, particular y concreta. En derecho administrativo reviste particular importancia la distinción entre las dos situaciones, las legales y las individuales, porque cada una de ellas tiene un régimen propio que se desprende de la naturaleza misma de la relación jurídica y de la clase de derechos y obligaciones que origina. Concepto de 11 de marzo de 1968, sobre la facultad de la Administración para revocar directamente las resoluciones de la Superintendencia de Regulación Económica para el control de precios. Sala de Consulta y Servicio Civil; Consejero Ponente: Doctor Alberto Hernández Mora. Publicación autorizada mediante Oficio número 2335, del señor Ministro de Fomento. (Ver Nos. 3, 92 y 93 del Indice)

9

J

59. JUICIO DE IMPUESTOS.

Debe dirigirse contra la liquidación misma del tributo. — Cuando quiera que el libelo que promueve un juicio de impuestos no ataque la liquidación misma del tributo, que es la esencia de la inconformidad que el contribuyente busca satisfacer con el juicio, la demanda no se acomoda a la forma propia que la ley y la naturaleza misma del negocio exigen para que la justicia pueda entrar a calificar la procedencia o improcedencia intrínseca de las pretensiones del demandante. Sin embargo, la circunstancia de que las súplicas del libelo sean incompletas y, por ello, no puedan calificarse a fondo las

pretensiones del actor, no puede ser llamada una excepción y menos todavía perentoria, desde luego que este medio de defensa supone una acción correctamente encaminada, ya que precisamente esa acción es la que pretende desvirtuar la excepción. Lo que acontece cuando la demanda es incompleta en sus alcances mínimos indispensables para el debido ejercicio de la acción incoada, es que falta un presupuesto procesal, o sea una de las bases absolutamente necesarias para que en un caso determinado pueda ejercerse a plenitud la función esencial de los jueces: administrar justicia. (Sentencia de 22 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz. Juicio de Revisión de Impuestos; Actor: Ramón Peñaranda C.). (Ver Nº 34 del Índice)

289

60. JURISDICCION COACTIVA.

Competencia del Consejo de Estado según la Ley 16 de 1968. — El artículo 25 de la Ley 16 de 1968 que modificó el ordinal 3º del artículo 30 del Decreto 528 de 1964, establece que el Consejo de Estado conoce de las apelaciones y recursos de hecho y de los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva de que conozcan funcionarios nacionales cuando la cuantía principal del juicio sea o exceda de \$ 20.000.00. Y a su turno el artículo 26 de la citada disposición, establece que los Tribunales Administrativos conocen en única instancia, de los incidentes de excepciones y de las tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva de que conozcan funcionarios nacionales, departamentales o municipales, cuando la cuantía de la acción principal sea inferior a \$ 20.000.00, lo cual significa, en otras palabras, que en esta clase de negocios, cuando la cuantía es inferior a \$ 20.000.00, el Consejo de Estado no conoce ni de los incidentes de excepciones y tercerías, ni de las apelaciones y recursos de hecho. Las disposiciones de la ley citada tienen efecto general inmediato al tenor de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. (Ver Nº 5 del Índice)

327

61. JURISDICCION COACTIVA.

Notificación del reconocimiento. — En el cobro de las deudas fiscales, los funcionarios públicos que tienen jurisdicción coactiva proceden ejecutivamente, como procede el Juez ordinario en el cobro de deudas no fiscales u ocasionadas en las relaciones de derecho privado. Es esto lo que dispone el artículo 1058 del Código Judicial. Y según el artículo 996 de la misma obra, "cuando a un Juez competente se le presente por parte legítima un título de los que conforme a la ley traen aparejada ejecución, y se pide, en consecuencia, que se decrete la obligación que él expresa, el juez sin citar ni oír al deudor, la decretará inmediatamente". No hay, según esto, ninguna notificación que antecede al decreto o mandamiento de pago, y como en esta parte no hay disposición especial que rijan las ejecuciones fiscales, no hay razón para que deba notificarse el título ejecutivo cuando se trata de ejecuciones por la jurisdicción ordinaria. La notificación que se hace es la del mandamiento de pago, notificación ésta que debe ser hecha personalmente al deudor, y en razón de la cual necesariamente se da a conocer el título con base

en el cual se profirió el auto ejecutivo. Sentencia de 29 de marzo de 1968. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Juicio Ejecutivo por jurisdicción coactiva, del Municipio de Cali contra "Consortio de Cervecerías Bavaria S. A. (Ver Nos. 64 y 85 del Indice) 333

L

62. LEYES PROCEDIMENTALES.

Aplicación; alcance del artículo 40 de la Ley 153 de 1887. — Se ha discutido mucho por los procesalistas, nacionales y extranjeros, sobre el efecto de la ley procesal en cuanto al tiempo; muchos afirman que tiene efecto retroactivo y que contra ella no pueden alegarse derechos adquiridos de ninguna clase; pero como el proceso está constituido por una serie de actos, estrechamente unidos entre sí, ocurre que siempre que existe un caso de cambio de leyes procesales, se encuentran situaciones o partes del proceso que venían rigiéndose por leyes anteriores y que van a continuar bajo el imperio de esas mismas leyes, pero en cambio, los hechos pendientes y los futuros deben someterse al imperio de la ley nueva desde el momento en que ésta empezó a regir, salvo lo que en contrario establezca la misma. El artículo 40 de la Ley 153 de 1887 preceptúa: Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Para deducir el alcance de esta disposición, hay que establecer la diferencia entre las normas sobre organización judicial, preceptos procedimentales o de ritualidad de los juicios y normas sobre derecho probatorio. La doctrina ha aceptado que las normas sobre organización judicial tengan aplicación inmediata y por ello, precisamente, la *competencia* se rige por el nuevo estatuto, porque no puede alegarse respecto a ella derechos adquiridos. Por ello, si la nueva ley modifica la competencia por razón de la cuantía, naturaleza del asunto o calidad de las partes, el proceso debe pasar al funcionario que señale la nueva ley. En cuanto a preceptos procedimentales, se aplican desde luego los de la ley nueva, con la salvedad de los términos que hayan empezado a correr, las actuaciones ya surtidas y los recursos interpuestos, se rigen por la ley anterior. Con relación a las pruebas, no tiene aplicación el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, porque ellas se aprecian conforme a la ley vigente en el momento en que fueron creadas, aunque su aporte al juicio quede sometido a las nuevas disposiciones procedimentales. (Auto de 15 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Tesorería Municipal de Bucaramanga, en juicio por jurisdicción coactiva contra Maria Luisa Nougues Mantilla 342

63. LICENCIAS A EMPLEADOS PUBLICOS.

Justa causa para la prórroga. — Quien va a otorgarla tiene el derecho y el deber de examinar la justa causa que la apoya, pues es

principio admitido dentro de las reglas de administración del personal, que la entidad nominadora debe ocuparse por regla general de cualquier modalidad de separación del servicio por el nombrado, bien sea transitoria o definitivamente. Esa apreciación debe tener límites subjetivos en el empleado y objetivos respecto de la administración, para que los fines de la licencia no se conviertan en una corruptela dentro de la misma. Dicho en otras palabras, la causa debe ser tal, que física o moralmente impida transitoriamente al empleado regresar a su cargo, y que para la administración no constituya un hecho incompatible con su organización y fines. Concepto de 29 de febrero de 1968. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry. Consulta de la Directora del Departamento Administrativo del Servicio Civil 25

N

64. NOTIFICACION.

De actos administrativos. — Los actos administrativos no obligan sino en virtud de su notificación; es entonces cuando se dice que son oponibles a terceros y cuando son eficaces. Cuando no se han notificado no son eficaces, aunque intrínsecamente no sea discutible su juridicidad. Sin la notificación en alguna de las formas previstas en los artículos 74 y 75 del C. C. A., y en lo referente a actuación administrativa de carácter nacional, no producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales. Pero, el primero de los efectos legales de un acto llamado a crear una situación jurídica es que ese acto pueda obligar. Con la notificación personal, o con la sustitutiva por edicto, comienza el procedimiento gubernativo, procedimiento que se aplica también a los asuntos departamentales o municipales, a menos que las ordenaciones departamentales y municipales establezcan reglas especiales en asuntos que sean de la competencia de las Asambleas. Según esto, y a falta de tales reglas, la notificación, que es el primer paso del procedimiento gubernativo, debe hacerse personalmente o por edicto. (Ver Nos. 61 y 85 del Indice) 101

65. NOTIFICACION.

De los actos administrativos. — Sin ella no produce ningún efecto el respectivo acto. (Ver Nº 39 del Indice) 101

P

66. PARTICIPACIONES FISCALES.

Están exentas del impuesto sobre la renta. — Mientras el artículo 47, ordinal 29 de la Ley 81 de 1960, declara exentas del impuesto sobre la renta las participaciones fiscales, o sea las que determina el artículo 26 de la misma Ley, que correspondan a las sociedades y co-

munidades que el mismo ordinal especifica, en las utilidades de otras compañías o comunidades de que forman parte, el artículo 1º del Decreto 15 de 1967, desconoce tal exención cuando dice, sin distinguir ni aclarar nada sobre el particular, que tales participaciones "forzosamente se computarán como renta bruta de los socios personas naturales"; lo cual significa que la norma reglamentaria viene a contradecir un texto expreso de la ley. Sentencia de 22 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Juan, Hernández Sáenz. Actor: Carlos del Castillo R. en acción de nulidad contra los artículos 1º y 2º del Decreto 15 de 1967. (Ver Nº 88 del Indice)

81

67. PATENTES DE DROGAS.

Prórroga. — La Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, suspendió provisionalmente primero, y anuló luego, los artículos 1º, 2º, 3º y 4º del Decreto 1707 de 1931, reglamentario de las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931 sobre protección de la propiedad industrial "en todo aquello en que estas disposiciones se refieren a compuestos farmacéuticos, medicamentos, bebidas o alimentos de cualquier especie y forma para uso humano". Ahora bien. La prórroga de una patente supone el derecho a la misma, pues sin éste aquélla no puede concebirse. Más aún: cuando las disposiciones citadas estaban vigentes, el derecho a la patente y a su prórroga para que en conjunto el favorecido gozara del privilegio hasta por veinte años, eran virtualmente uno mismo, y como lo afirma la consulta, para perfeccionarlo "bastaba una petición oportuna y el pago de los impuestos y derechos" correspondientes. Fácil es concluir entonces, que declarada la nulidad de los preceptos, desapareció el derecho a obtener patentes y consecuentemente a las presuntas prórrogas del privilegio, así como quedó enteramente claro que las que se concedieron en vigencia del decreto reglamentario lo fueron con violación de la ley reglamentada. Esto no se opone a admitir que los efectos de dichas patentes se surtieron hasta la fecha de la suspensión provisional y que ellos ya no pueden ser alterados. Pero de allí en adelante incluyendo la sentencia definitiva que confirmó el fondo de la decisión, las providencias que otorgaron esas patentes quedaron sin sustento legal de ninguna clase y por lo mismo no podían continuar produciendo efectos válidos. Otra interpretación conduciría a hacer nugatoria la sentencia del Consejo de Estado, pues so pretexto de prorrogar lo que erradamente se estima como un derecho legítimo, aquel fallo sólo vendría a aplicarse cuando las dichas prórrogas hubieran terminado, es decir, dentro de cinco o diez años según los casos, cuando lo cierto y jurídico es, como ya se dijo, que debe producir sus efectos inmediatamente tanto hacia el pasado como hacia el futuro, con la excepción mencionada. Por tanto, el Gobierno no puede, sin desconocer el fallo del Consejo, otorgar ninguna prórroga a las patentes concedidas y señaladas por el fallo. Concepto de 5 de abril de 1968 sobre patentes de drogas y su prórroga. Sala de Consulta y Servicio Civil; Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry. Su publicación fue autorizada mediante Oficio número 3203 de 21 de mayo de 1968, del señor Ministro de Fomento. (Ver Nos. 32, 83 y 90 del Indice)

13

68. PENSION DE INVALIDEZ.

Páginas

Policía Nacional; artículo 11 de la Ley 72 de 1947. — El inciso del artículo 11 relativo al desaparecimiento de la incapacidad cuando el individuo estuviere entre los cincuenta y los sesenta años de edad para el efecto del derecho a seguir percibiendo un 50% de la pensión de que venía disfrutando quiere decir que la incapacidad total desaparezca en esa edad y no antes de llegar a ella. (Ver el N° 76 del Índice)

266

69. PENSION DE JUBILACION.

Reajuste ordenado por la Ley 4ª de 1966. — De acuerdo con los artículos 4º, 5º y 6º de la Ley 4ª de 1966, se modificó la cuantía de la pensión de jubilación, para los trabajadores oficiales, elevándola de las dos terceras partes que señalaba el artículo 3º de la Ley 65 de 1946, a las tres cuartas partes del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios; se dispuso aumentar, por una sola vez, las pensiones reconocidas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley hasta el 75% "de la asignación actual del cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación, o su equivalente"; y se señaló como tope mínimo para esta clase de prestaciones el de \$ 500.00 mensuales. En relación con las pensiones reconocidas con anterioridad, la intención del legislador no fue solamente la de que fueran reajustadas elevándolas de su base primitiva, de las dos terceras partes, a la nueva de tres cuartas partes del sueldo, sino la de hacer desaparecer la injusta desproporción que se presentaba, por razón de los aumentos de sueldos ocasionados por las crónicas desvalorizaciones de la moneda, entre las pensiones de jubilación anteriores y las reconocidas después por servicios prestados en los mismos cargos o en sus equivalentes. En otros términos que las pensiones ya reconocidas por servicios en un determinado cargo, tuvieran cuantía igual a los que se liquidaran por el mismo cargo y por la asignación que éste tuviere al entrar a regir la ley, o sea, que las pensiones anteriores se liquiden nuevamente como si apenas fueran a ser reconocidas al entrar en vigencia la ley. Concepto de 17 de mayo de 1968; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Alejandro Domínguez Molina. Interpretación del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966. Su publicación fue autorizada mediante Oficio número 3734 del señor Ministro de Fomento. (Ver N° 84 del Índice)

17

70. PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ.—LEY 4ª DE 1966.

Los ordenamientos 4º y 5º de esta Ley, dejaron sin efecto alguno lo previsto por el artículo 9º de la Ley 1ª de 1963. Las limitaciones contempladas por este precepto y que no afectaban al Cuerpo Diplomático, quedaron rigiendo en virtud de la Ley 4ª, de manera única y exclusiva para el mencionado Cuerpo. (Ver el N° 71 del Índice)

61

71. PENSIONES DE JUBILACION E INVALIDEZ.

Limitaciones. — Por virtud de los ordenamientos 4º y 5º de la Ley 4ª de 1966, quedó sin efecto alguno lo previsto por el artículo 9º de

la Ley 1ª de 1963. Las limitaciones contempladas por este precepto y que no afectaban al Cuerpo Diplomático, quedaron rigiendo en virtud de la citada Ley 4ª, de manera única y exclusiva para el mencionado Cuerpo. Así las cosas, el inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1743 de 1966, al disponer que ninguna pensión por jubilación o invalidez podrá liquidarse o reajustarse con base en sueldo o salario superior a los de los Ministros del Despacho Ejecutivo, extralimitó la potestad reglamentaria. Sobra decir que las únicas limitaciones impuestas por la Ley 4ª en cuanto a liquidación, reajuste y pago de pensiones, dicen relación al Cuerpo Diplomático y al valor mínimo de ellas que no pueden ser inferiores a quinientos pesos. Sentencia de 10 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Roberto Barbosa Manrique, en acción de nulidad contra el inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4ª del mismo año. (Ver Nº 70 del Índice)

61

72. PERSONEROS MUNICIPALES.

Son los representantes del Municipio y como tales deben ser citados en los litigios contra dicha entidad, para los fines legales consiguientes. — Sábese que es el Fiscal quien representa a la administración en los litigios que contra ella se establezcan. Mas como el Municipio está representado por su personero, debe citársele para los fines legales consiguientes, y basta hacerlo sin expresar el nombre de quien ejercía en ese momento el cargo porque se cita a la entidad municipio, representada por su personero y no a persona determinada. Es claro que la citación se hará a quien en ese momento esté en ejercicio de la función y no a un extraño, primeramente porque la diligencia se practica por empleados oficiales y luego porque el extraño rehusaría comparecer siendo completamente ajeno al juicio. Es cuando el personero se presente a hacerse parte en la litis, donde tiene que acreditar su calidad de tal. Auto de 16 de enero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel. Consulta de la sentencia de 27 de febrero de 1967, proferida por el Tribunal Administrativo de Cartagena

225

73. PLANES DE VIVIENDA.

Decreto legislativo 2349 de 1965 y Decreto reglamentario 979 de 1966. La intención del legislador es la de proteger a los ciudadanos que por no tener recursos económicos suficientes tienen que apelar al crédito y demás facilidades que se les brindan para hacerse a una vivienda. Tales ofrecimientos deben estar respaldados por el Estado mediante lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2349 de 1965. Este análisis lleva al siguiente interrogante: dentro de un plan de viviendas, puede excluirse el terreno que es parte integrante y principal de ellas? Obviamente no. El plan de vivienda a que se refiere el Decreto extraordinario 2349 de 1965 es una referencia genérica. Entonces el Gobierno Nacional al reglamentar ese Decreto extraordinario, podía y debía especificar que los solares de las urbaniza-

ciones para esta clase de planes, entraban, como parte integrante de las viviendas, dentro de aquellas operaciones tendientes a facilitar mediante el pago de cuotas la adquisición de las habitaciones de familia. Justamente, los decretos reglamentarios deben —y ésta es su razón de ser— aclarar el ordenamiento de la ley y hacer ésta operante, sin desbordar desde luego la norma que reglamentan. Sentencia de 27 de enero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jorge de Velasco Alvarez. Actor: Carlos Delgado Morales, en acción pública contra el artículo 40 del Decreto reglamentario 979 de 1966 29

74. PODER DE POLICIA.

La adopción y aplicación de medidas de policía como la clausura de establecimientos industriales o de casas públicas por razones de orden público, seguridad personal, salubridad y moralidad públicas, son del resorte exclusivo del poder de policía y extrañas por completo a la competencia de la rama jurisdiccional y en consecuencia las respectivas resoluciones se dictan en ejercicio de la actividad administrativa que es propia de las autoridades de policía. Precisamente, como lo dice el salvamento de voto, los artículos constitucionales invocados por la demanda como transgredidos, constituyen el origen del poder de policía que tienen los gobernadores y que les permiten actuar con miras a preservar, por un lado y a realizar, por otro, el bien común de los ciudadanos. (Ver Nos. 6, 31 y 75 del Índice) 193

75. PODER DE POLICIA.

En un país jurídica y democráticamente organizado tienen que existir autoridades con facultades jurídicas para hacer respetar el deslinde entre lo que es necesario al interés general y lo que corresponde a la iniciativa particular. En el lenguaje del Derecho Administrativo, según Walline, el término *policía* indica la limitación por una autoridad pública y en interés público de actividades de los ciudadanos que no por esto dejan de ser privadas. Esta actividad no deja de ser libre sino en la medida en que no está restringida por las prescripciones de policía. La seguridad, la salubridad, etc., son elementos constitutivos de la noción de policía. Hay por ello normas que limitan el uso y la disposición de la propiedad para acomodarlo al bien público, de ahí, por ejemplo, las regulaciones urbanísticas, la prohibición de construir fábricas en ciertos sectores, la de instalar bombas de gasolina a menos de cien metros de distancia de hospitales, colegios, etc.; las condiciones de higiene y seguridad que se imponen a bares, teatros y lugares de aglomeración de público; y, en fin, las limitaciones al uso y goce de la propiedad en cuanto a higiene, aireación, distribución de pisos, etc. Estas nociones de higiene y seguridad están íntimamente relacionadas con la de orden público que considerada genéricamente, se confunde con la de bien común. Y lo ha expresado acertadamente el salvamento de voto cuando considera que el principal deber de las autoridades es procurar la realización del bien común no entendido como la suma de los bienes particulares o individuales, sino como el que se

concreta en el conjunto de condiciones morales, intelectuales y materiales necesarias al logro del perfeccionamiento humano. (Ver Nos. 6, 31 y 74 del Indice)	193

76. POLICIA NACIONAL.

<i>Penión de invalidez. Artículo 11 de la Ley 72 de 1947.</i> — El inciso del artículo 11 de la Ley 72 de 1947, relativo al desaparecimiento de la incapacidad cuando el individuo estuviere entre los cincuenta y los sesenta años de edad para el efecto del derecho a seguir percibiendo un 50% de la pensión de que venía disfrutando, quiere decir, que la incapacidad total desaparezca en esa edad y no antes de llegar a ella. Se considera entonces que está nuevamente capacitado para alguna clase de trabajo y la pensión, reducida a la mitad, tiende sólo a compensar el deterioro físico producido por la edad. Por eso el inciso siguiente estatuye que si la incapacidad permanente y total desaparece cuando ya el sujeto ha cumplido sesenta años se le siga pagando la totalidad de la pensión. En este caso, son ya innecesarios los exámenes médicos periódicos para comprobar si la incapacidad permanente y total subsiste. La edad es bastante para determinarla según la voluntad de la ley. Los casos de invalidez relativa por enfermedad adquirida en el servicio, pero no de carácter profesional, tendrán que remitirse al artículo 3º de la Ley 74 de 1945 que les da derecho "a la indemnización que determina la ley". Y parece lógico que lo mismo ocurra con quienes pasaron de una incapacidad absoluta y permanente a una invalidez relativa, aun cuando sea permanente. Sentencia de 25 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez. Actor: Justo Albafill Guerrero en acción de Revisión de Reconocimientos. (Ver Nº 68 del Indice)	266

77. POTESTAD REGLAMENTARIA.

La facultad o potestad reglamentaria se ha dado "para la cumplida ejecución de las leyes" (Ord. 3º, Art. 120, C. N.), el decreto que se expide en ejercicio de tal potestad debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y sólo puede desenvolver lo que explicita o implícitamente está comprendido en la ley, y por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. Lo contrario implica una extralimitación de funciones y constituye una invasión en el campo propio del legislador. (Ver Nº 7 del Indice)	52

78. POTESTAD REGLAMENTARIA.

Esta facultad de reglamentación que la Carta otorga al Gobierno debe ceñirse al pensamiento y a la intención del legislador sin excederlo en su contenido; puede el reglamento llenar vacíos, proveer a la cumplida ejecución de la ley, procurar su mejor inteligencia y eficacia. Pero no puede en manera alguna adicionar el texto de la ley, ni restringirlo o ampliarlo. Sentencia de 23 de fe-

brero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Doctor Bernardo Zuleta en acción de nulidad contra los Decretos 1478, artículo 5º y 1634, artículo 3º, de 1962 36

79. PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.

Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. Ausencia temporal. — En nuestro sistema, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Francés, no están expresamente delimitadas las funciones de *Jefe de Estado* y de *Jefe de Gobierno*; sin embargo la Carta colombiana sí las delimita aunque no con precisión. El artículo 120 dice cuáles corresponden al Presidente de la República como *suprema autoridad administrativa*, pese a que en el numeral 20 se intercalan las de Jefe de Estado; y en las normas precedentes (Arts. 118 y 119) se regulan las que le corresponden frente a las otras ramas del poder público. Al viajar en ejercicio de su cargo, el Presidente conserva las de Jefe de Estado y el Designado o el Ministro, en su caso, ejerce las de Jefe de Gobierno, vale decir las de Jefe de la Administración Pública. Y en este evento, no puede hablarse de la existencia de dos Presidentes a la vez. Estas dos calidades —Jefe de Estado y Suprema Autoridad Administrativa— ampliamente aceptadas por la teoría constitucional, recaen en el régimen parlamentario en dos personas diferentes. Entre nosotros debe referirse la primera, principalmente, a la conducción de las relaciones internacionales y la segunda a la dirección de los asuntos internos, calidades ambas que en nuestro sistema posee el Presidente de la República. Salvedad de voto de los doctores Enrique Acero Pimentel y Alfonso Meluk al fallo de 15 de mayo de 1968, del que fue ponente el doctor Jorge de Velasco Alvarez; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Actor: César Castro Perdomo, en acción de nulidad contra el Decreto 624 de 1967. (Ver Nos. 9, 23, 24 y 28 del Índice) 63

80. PRESTACIONES SOCIALES.

De suboficiales de la Policía que gozan de pensión de invalidez. En lo que concierne al monto de sus haberes y prestaciones, su situación es la misma del personal en servicio activo. (Ver Nos. 97 y 98 del Índice) 95

81. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Demanda en forma. — Pueden definirse los presupuestos procesales como los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal; sin ellos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso. En todos los juicios son los siguientes: 1º Demanda en forma. 2º Competencia del juez. 3º Capacidad para ser parte, y 4º Capacidad para obrar procesalmente (agere o legitimatio ad procesum). Por lo que hace al presupuesto procesal de demanda en forma, se refiere al hecho de que el libelo no reúna los requisitos exigidos por las disposiciones de los Códigos

de Procedimiento, ya Civil, ya Administrativo, según la clase de juicio. Si la demanda no llena tales requisitos y el juez no ordena su corrección, entonces, en el momento de fallar, debe declararse inhi-bido para dictar sentencia de mérito. En este caso, las pretensiones del actor son desestimadas por motivos meramente procesales, no por improcedencia sustancial, sino por inconducencia formal. En este presupuesto está comprendida también, entre otras irregulari-dades, la que consiste en que la demanda se adelante por una vía procesal inadecuada, es decir, que no es la señalada por la ley según la clase de juicio de que se trate, como si un proceso que debe se-guirse por la vía ordinaria, se sigue por la especial, o al contrario uno que debe adelantarse por la vía especial se tramita por la ordinaria. En tales casos no existe propiamente la denominada inepti-tud sustantiva de la demanda, o petición de modo indebido, como se le denominaba antiguamente sino, como ya se anotó, un impedi-miento procesal. Sentencia de 10 de mayo de 1968; Sala de lo Con-tencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía. Actor: Cooperativa Santandereana de Trans-portes Ltda. en acción de plena jurisdicción contra una liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios. (Ver N° 25 del Indice)

285

82. PROPIEDAD INDUSTRIAL.

Término para interponer los recursos pertinentes. — El Decreto 2733 de 1959, debe aplicarse a los asuntos relativos a la propiedad indus-trial en armonía con el 209 de 1957, por ser éste de carácter espe-cial. De allí que para terceros que no hayan intervenido en la actua-ción, los recursos en las gestiones marcarlas tengan que ejercitarse, a falta de notificación personal, dentro de los 15 días, contados desde la fecha de la publicación en la Gaceta de Propiedad Indus-trial. Si así no se hace, la respectiva providencia quedará ejecu-to-riada. Sentencia de 30 de enero de 1968; Sala de lo Contencioso Ad-ministrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Maiden Form Inc., en acción de nulidad con-tra algunas resoluciones del Ministerio de Fomento. (Ver N° 27 del Indice)

87

83. PRORROGA.

De patentes de drogas. — Declarada la nulidad de los artículos 19, 29, 39 y 49 del Decreto 1707 de 1931, reglamentario de las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, desapareció el derecho a obtener patentes y consecuencialmente a las presuntas prórrogas del privilegio. (Ver Nos. 32, 67 y 90 del Indice)

13

R

84. REAJUSTE PENSIONAL.

Base para liquidarlo según el artículo 59 de la Ley 49 de 1966. Si los artículos 29 y 39 de la Ley 65 de 1946 determinan como sueldo

básico para la liquidación de la cesantía o la pensión de jubilación "no sólo el salario fijo sino lo que se perciba a cualquier otro título y que implique directa o indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como la prima móvil, las bonificaciones, etc.", en lo cual dicha ley resulta armónica con lo que constituye la noción de salario para los trabajadores particulares, según el artículo 127 del C. S. del T., es en extremo forzado interpretar el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, por cuanto emplea la expresión "asignación actual del cargo o cargos" que se quiso referir sólo a la remuneración fija u ordinaria y no a todo lo que se comprende jurídicamente por salario o sueldo. El vocablo "asignación" como acertadamente lo dice el señor Ministro de Fomento en su consulta, está empleado en la ley como sinónimo de salario, dado el significado que le da el Diccionario de la Real Academia Española, y, como tal lo emplea evidentemente el legislador en otros textos legales como en el artículo 9º de la Ley 1ª de 1963 y en el artículo 25 de la Ley 72 de 1947 en que expresamente se dijo: "Las asignaciones mensuales de los empleados de la Caja (se refería a la Caja de Protección Social de la Policía Nacional) serán aumentadas en un cuarenta por ciento sobre las actuales". Por consiguiente, la interpretación lógica es la de que por "asignación actual", base para liquidar el 75% del reajuste pensional concedido por la Ley 4ª de 1966, no puede entenderse, simplemente, la remuneración fija u ordinaria, es decir el sueldo de nómina, sino lo que legalmente se tiene por sueldo, salario o remuneración, porque de no ser así, se burlan en la práctica las finalidades o propósitos buscados por el legislador al expedir dicha ley. Concepto de 17 de mayo de 1968, sobre la interpretación del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Alejandro Domínguez Molina. Su publicación fue autorizada mediante Oficio número 3734 del señor Ministro de Fomento. (Ver Nº 69 del Índice)

17

85. RECONOCIMIENTOS.

¿Es obligatoria su notificación? Es cierto que en los juicios por jurisdicción coactiva, el título suele provenir, no del deudor sino de la Administración que lo produce contra aquél, por lo cual pudiera pensarse que en este último caso la notificación se justifica. Pero debe tenerse en cuenta no sólo que a los documentos enumerados en el artículo 1059 del C. J. la ley les da mérito ejecutivo, o sea, que con base en ellos permite decretar la ejecución "sin citar ni oír al deudor", sino también que al notificarse del mandamiento de pago el demandado puede hacer valer sus derechos mediante la alegación de excepciones, y que la existencia de una deuda fiscal supone que ella sea "actualmente exigible", lo que quiere decir que se convino con ella o que se agotaron los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para poder controvertirla. Exactamente, no es que un Reconocimiento sea el último acto del procedimiento administrativo, sino el primero del procedimiento judicial de cobro. Ese acto no puede producirse sino cuando ya existe la duda, y lo que hace es reconocerla y no crearla. No hay, según lo dicho, razón que justifique la notificación del título ejecutivo, como acto previo a la notificación del mandamiento de pago. Sentencia de 29 de mar-

- zo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez. Juicio Ejecutivo por jurisdicción coactiva, del Municipio de Cali contra "Consorcio de Cervecerías Bavaria S. A." (Ver Nos. 61 y 64 del Índice) 333

Nota. En esta providencia la Sala rectifica las anteriores tesis del Consejo, relativas a la notificación de los reconocimientos.

86. REFORMA AGRARIA.

Extinción del dominio. Calificación de la conducencia de las pruebas sobre explotación económica. — El artículo 23 de la Ley 135 de 1961, establece un término de 30 días para solicitar las pruebas que deban practicarse, y el 24 establece que sólo se podrá demostrar la explotación económica mediante las pruebas que determina la misma norma en forma por demás taxativa e imperiosa de manera que el artículo 4º del Decreto 1902 de 1962 a más de sobrar en el reglamento, ya que las pruebas señaladas por el artículo 24 de la Ley, son de necesario recibo en los trámites administrativos de extinción de dominio por lo cual no hay lugar a la calificación de su conducencia, es violatoria de la ley al dejar a la discrecionalidad de un funcionario administrativo una cuestión que la norma que se pretende reglamentar ha definido en forma exacta y precisa. No cabía reglamentación de este tipo para la norma comentada, estableciéndose con ello una peligrosa limitación al contenido de la Ley 135 de 1961. De manera que existiendo una tarifa probatoria señalada por la ley no cabe calificación sobre la conducencia de las pruebas: La ley ha hecho previamente la calificación, las consagradas en la tarifa son conducentes, las que no lo están son inconducentes. Por manera que también aquí se ha violado la ley, al establecer el reglamento un criterio de discrecionalidad en una materia en la que no cabe por estar previamente definida en la ley la cuestión probatoria. Se modifica con ello el contenido de la norma reglamentada limitándola, e introduciéndole un nuevo elemento: la arbitraria discrecionalidad del funcionario administrativo. Sentencia de 23 de febrero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Bernardo Zuleta Torres en acción pública contra el Decreto 1902 de 1962 39

87. REINTEGRO DE SUELDOS.

No hay lugar a él cuando las sumas fueron recibidas de buena fe y más aún, con apoyo en un fallo jurisdiccional, pues en ese caso no hay pago indebido. Sentencia de 12 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Andrés Holguín. Demandas acumuladas de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares y el General (r) Domingo Espinel. (Ver Nos. 37 y 38 del Índice) 258

88. REPARTO DE UTILIDADES ENTRE LOS SOCIOS.

Renta bruta. — Mientras el artículo 26, ordinal b), de la Ley 81 de 1960 acepta el principio de que las estipulaciones contractuales

entre particulares son válidas jurídicamente, siempre que no contravengan el orden público ni las buenas costumbres, al atenerse a las disposiciones estatutarias sobre reparto de utilidades entre los socios, el artículo 2º del Decreto 15 de 1967 no reconoce validez ante las autoridades fiscales a las cesiones de cuotas de interés social o de acciones, de utilidades o participaciones que verifiquen los socios entre sí, las compañías con sus asociados o unas sociedades con otras sociedades, si de tales negocios resulta merma en las participaciones que correspondan a las personas naturales vinculadas como socios a dichas compañías. O sea, que la norma reglamentaria introduce una limitación no contemplada en la ley al reconocimiento pleno del principio de la autonomía de la voluntad en lo que atañe a la distribución de las ganancias entre los socios de una compañía, sean éstos personas naturales o jurídicas. Por otra parte, mientras el artículo 26 de la ley les reconoce plena validez fiscal a las normas contenidas en el contrato social sobre reparto de las utilidades entre los socios, trátase de personas naturales o jurídicas porque la ley no establece diferencias; el artículo 1º del Decreto 15 no tiene en cuenta las provisiones estatutarias que en concreto regulen la distribución de los beneficios sociales, para disponer que esos beneficios o utilidades forzosamente deban computarse como renta bruta de los socios personas naturales. Es decir, que por este aspecto el reglamento viene a restringir el alcance del querer del legislador. Y mientras el artículo 26, ordinal b) de la Ley 81 no establece distinción entre personas naturales y morales al referirse a la forma como deben distribuirse las utilidades de una compañía entre sus asociados, el artículo 1º del Decreto sí distingue las dos especies de socios, para disponer que los beneficios de la compañía forzosamente deban contarse como renta bruta de los socios personas naturales, sin mencionar para nada a los socios que sean personas jurídicas. Lo cual implica que el reglamento introduce discriminaciones en el régimen impositivo de los socios contribuyentes, que no están contempladas en la ley. Sentencia de 22 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz. Actor: Carlos del Castillo R. en acción de nulidad contra los artículos 1º y 2º del Decreto 15 de 1967. (Ver Nº 66 del Índice) 81

89. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

Excepción perentoria temporal o del juicio. — Con relación a los perjuicios materiales dependientes de la destrucción de un bien perteneciente a la sociedad conyugal en liquidación, no puede uno de los cónyuges demandar para sí la indemnización correspondiente, cuando en realidad de verdad se debe pedir para la sociedad conyugal disuelta e ilíquida (Sentencia de 10 de junio de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge A. Velásquez D. Actor: Mariana Becerra vda. de Parra). (Ver Nº 51 del Índice) 244

90. REVISION DE PATENTES.

Productos farmacéuticos. — Ante la obligación constitucional y legal en que se encuentra el Gobierno de dar cumplimiento a una decisión

de los jueces, conforme a la cual el decreto que reglamentó en este aspecto las Leyes 31 de 1925 y 94 de 1931, las quebrantó en su texto y espíritu, pues permitió conceder patentes en casos y para productos que la ley negaba, las patentes otorgadas pueden y deben ser revisadas a fin de levantar el privilegio concedido. Concepto de 5 de abril de 1968; Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry. Su publicación fue autorizada mediante oficio 3203 de 21 de mayo de 1968. (Ver Nos. 32, 67 y 83 del Indice)

13

91. REVISION DE SENTENCIAS.

El artículo 164 del C. C. A. la ha establecido para que tanto el Consejo de Estado como el respectivo Tribunal Administrativo revisen solamente sus propias sentencias. (Ver el N° 1 del Indice)

255

92. REVOCACION DIRECTA.

De los actos de la Superintendencia de Regulación Económica, cuando fijan precios para un artículo. — A juicio de la Sala, no cambia el propósito ni la naturaleza jurídica del acto administrativo cuando la Superintendencia de Regulación Económica fija precios para un artículo, bien determinándolo por su nombre exclusivamente, o ya sea indicando también la persona que lo produce y sus calidades distintivas. En uno y otro caso el propósito de la Superintendencia es el de regular en forma general y abstracta las operaciones comerciales de compraventa que se realicen con determinada mercancía, en número indefinido mientras esté vigente la providencia de control. Si en algunas resoluciones se indica el nombre del productor y las calidades del artículo, es simplemente para mejor identificar la mercancía controlada, o para restringir el control a determinados artículos según lo requieran las necesidades del mercado, pero no con el propósito de crear un derecho subjetivo individual para determinado fabricante o productor, inmodificable unilateralmente por la administración. Providencias de este alcance irían contra la finalidad misma de la intervención en materia de precios que es la de amparar al consumidor controlando objetiva y permanentemente la actividad económica de acuerdo con factores y circunstancias esencialmente variables. Así lo establece expresamente el Decreto 3092 de 1966 en su artículo 1º. Son pues, providencias de carácter normativo, general y abstracto, que no crean situaciones jurídicas individuales o subjetivas y, en consecuencia, puede la administración revocarlas o modificarlas unilateralmente, como actos reglamentarios que son, dentro de la órbita de sus competencias legales y con observancia de los procedimientos que establezca la ley. (Ver Nos. 3, 58 y 93 del Indice)

9

93. REVOCACION DIRECTA.

De los actos administrativos. — El Decreto-ley 2733 de 1959, en su Capítulo III, consagra la revocación directa de los actos administrativos cuando no estén conformes con el interés público o social, o

atenten contra él, o cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona, pero limita y condiciona la revocación de los actos administrativos que hayan creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría, al consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. En la aplicación de estas normas resulta, en consecuencia, indispensable la distinción de las situaciones jurídicas creadas para establecer los poderes de la administración en la revocación directa de sus actos. Para distinguir cuándo se está frente a situaciones jurídicas legales o individuales, debe tenerse en cuenta la finalidad y alcance del acto administrativo, el propósito que con él se persigue. Si éste contiene en sí mismo una disposición que no desaparece por ser aplicada a un caso concreto, sino que sobrevive a esta aplicación y puede y debe aplicarse, mientras no se derogue, a todos los casos idénticos al previsto, la situación jurídica es de carácter general, abstracto, impersonal y reglamentario. Si por el contrario, la administración dispone exclusivamente para un caso particular y aplicada la decisión al caso previsto desaparece su objeto, la situación que crea el acto administrativo es individual y subjetiva. (Ver Nos. 3, 58 y 92 del Indice)

9

S

94. SISTEMAS IMPOSITIVOS.

No pueden extremarse hasta desconocer el artículo 30 de la Constitución Nacional. — Abundante es la doctrina de esta Corporación sobre el alcance que tiene el texto del artículo 30 en donde la propiedad se encuentra garantizada así como los derechos a los cuales ampara un justo título. Y si ella no es absoluta y está condicionada al bien común, como no es absoluto ningún derecho, ello no significa que pueda desconocérsela. Además, llegar por el camino del arbitrio rentístico al linde del monopolio con el pretexto de combatir la especulación y el acaparamiento de productos esenciales para la vida comunitaria, choca contra el precepto de la norma del artículo 31 de la Carta. Igualmente la libertad de escoger profesión u oficio y la garantía al trabajo (Art. 39), se ven afectadas por la imposibilidad en que un impuesto exorbitante coloca a quienes afecta para continuar el desarrollo normal de una actividad que venía ejerciéndose bajo el amparo de la ley. Sentencia de 30 de abril de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Doctor Uladislao Domínguez, en acción de nulidad contra los artículos 67 y 69 del Acuerdo número 21 de 1965, expedido por el Concejo Municipal de Buga. (Ver Nos. 30, 40, 46 y 49 del Indice)

213

95. SOBREGIROS.

Facultad de la Superintendencia Bancaria al respecto. Cuando el legislador en el artículo 1º de la Ley 133 de 1948 adscribió al Superintendente Bancario la función de "expedir certificados acerca del monto líquido que arrojen, de conformidad con las constancias existentes en los libros y documentos de los bancos, los saldos en contra

de clientes de éstos por concepto de pagos de sobregiros o descubiertos en cuenta corriente" lo hizo habida consideración de que él mismo, al crear la Superintendencia Bancaria, puso en sus manos el control y vigilancia de los establecimientos de esta índole. La función de expedir certificados de la naturaleza del que se estudia, deriva, pues, de la más alta de controlar y vigilar a los bancos. Y no es, no puede ser mera función mecánica, función de amanuense la que está llamada a cumplir la Superintendencia, porque para producir certificación acerca del monto que arrojen los saldos por concepto de sobregiros, el propio ordenamiento legal le indica que debe hacerlo de conformidad con las constancias existentes en libros y documentos de los bancos, lo que implica que anteladamente a la expedición del certificado deba examinarlos. Ciertamente, no es privativa de la rama jurisdiccional la aplicación de la ley a casos concretos. La administración la aplica también porque sus funciones implican la actividad estatal hacia el logro de la cumplida ejecución de la ley. Bien dice la doctrina del Consejo que el acto administrativo es manifestación por excelencia de la función administrativa y aplica el derecho, bien a través de disposiciones reglamentarias de contenido general e impersonal, ya por medio de decisiones particulares y concretas. Sentencia de 12 de febrero de 1968. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Banco Comercial Antioqueño, en acción de plena jurisdicción contra algunos actos de la Superintendencia Bancaria

119

96. SUBSIDIO FAMILIAR.

Al confrontar los artículos 9º, 11 y 20 del Decreto 1521 de 1957 y el artículo 5º del Decreto 3151 de 1962, con los Decretos 118 y 249 de 1957, se observa que en éstos no se habla ni de caducidad del derecho al subsidio, ni se extiende a "los hijos adoptivos y a los entenados o hijastros"; sino simplemente a los "hijos legítimos o naturales" del trabajador; ni de la remuneración de \$ 1.500.00 por mes, en ciudades de cien mil habitantes, y de \$ 1.000.00 la del resto del país, aumentadas a \$ 2.000.00 y \$ 1.500.00 por el Decreto 3151 de 1962, ya que tales decretos no establecen limitación alguna en cuanto a remuneración, lo cual está indicando que tales artículos excedieron la potestad reglamentaria, al referirse a aspectos no contemplados en los decretos que reglamentan, por lo cual debe decretarse su nulidad. En cuanto al párrafo del artículo 26 del Decreto 3151 de 1962, al decir que la caducidad establecida en el artículo 9º del 1521 sólo es alegable respecto de los subsidios relativos a los meses en que el empleado haya cumplido cabalmente con sus obligaciones, al declararse la nulidad de dicho artículo, lógicamente también lo es esta norma, que establece cuándo es alegable dicha caducidad. Sentencia de 28 de marzo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk. Actor: Manuel Manotas Manotas, en acción de nulidad contra algunos artículos de los Decretos 1521 de 1957 y 3151 de 1962, reglamentarios del subsidio familiar

57

97. SUBOFICIALES DE LA POLICIA NACIONAL.

Páginas

Pensionados por invalidez. — Para efectos de prestaciones sociales, se equiparan al personal en servicio activo. (Ver Nos. 80 y 98 del Indice) 95

98. SUBSIDIO FAMILIAR.

De oficiales y suboficiales de la Policía pensionados por invalidez. La situación del pensionado por invalidez —cuando se ha reconocido que tiene derecho al sueldo y demás asignaciones correspondientes al funcionario en actividad— es la misma de éste en lo que concierne al monto de sus haberes y prestaciones. No resulta adecuado por lo mismo, aplicar al pensionado por invalidez, las normas sobre subsidio familiar correspondientes a quienes están en retiro. Los casos que pueden surgir respecto a prestaciones sociales de este personal son tres: un suboficial en actividad, un suboficial en retiro, un suboficial retirado por invalidez. A este último, por disposición de la ley, se le deben aplicar, como ya se dijo, las disposiciones correspondientes al personal en servicio activo. Sentencia de 6 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Andrés Holguín. Actor: José Eurípides Martínez, en acción de plena jurisdicción contra la Resolución 6421 de 1965, emanada del Ministerio de Defensa. (Ver Nos. 80 y 97 del Indice) 95

T

99. TASAS E IMPUESTOS.

Servicio de aseo y recolección de basura. — Impuesto, ha dicho Seligman, es "el tributo obligatorio exigido por el Estado a los individuos para atender a las necesidades del servicio público sin tener en cuenta compensaciones o beneficios especiales", a cuya definición corresponde lo que debe entenderse como tal, en lo cual se encuentran acordes los demás tratadistas de la materia. En cambio, *Tasa* es el valor cobrado por el Estado, llámese Nación, Departamento o Municipio, por la prestación de un servicio. Es decir, el impuesto tiene carácter impositivo, sin contraprestación alguna, fundamentado en la Soberanía del Estado, con el fin de allegar recursos para atender a los gastos públicos que exige la organización Estatal. En cambio, el cobro de la Tasa requiere una compensación consistente en la prestación de un servicio, sin cuya retribución a quien lo recibe no puede serle exigible. De aquí se concluye, como primera premisa, que el servicio de aseo y recolección de basura, establecido por el Municipio de Medellín, es una simple tasa, por lo mismo que con ello le está prestando un servicio a la ciudadanía, para mantener la higiene de sus habitaciones y establecimientos industriales, así como la limpieza de la ciudad. Por lo mismo, no puede hablarse de "impuesto predial o especial". De otra parte, para hacer efectivo dicho cobro, tenía que adoptarse un sistema. Cobrar por el sistema de avalúo catastral

es lo técnico, no sólo porque es de presumir que el mayor valor de la propiedad exige también un mayor servicio de aseo, sino porque lo equitativo es que ese avalúo deba traducirse en una tasa más elevada, como se cobran todos los servicios públicos, no resulta lógico, por ejemplo, que el propietario de una casa modesta pagase lo mismo que el de un edificio de varios pisos. El fundamento legal del cobro de tal servicio, se encuentra en la Ley 97 de 1913, cuando autorizó al Concejo Municipal de Bogotá para establecer el "impuesto sobre barrido y limpieza de las calles", que la Ley 84 de 1915 hizo extensiva a los demás municipios, en su artículo 1º. Sentencia de 22 de febrero de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk. Actor: Jaime Soto Gómez, en acción de nulidad contra los Acuerdos 30 de 1956 y 51 de 1962 proferidos por el Concejo Municipal de Medellín. (Ver Nº 35 del Índice)

209

V

100. VICIOS DE FORMA.

Causal de nulidad de los actos administrativos. — Se desprende de que los actos administrativos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley y de que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino porque la actividad de la administración es instrumental, para asegurar la certeza documental y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto a su validez, al revés de lo que sucede en la actividad privada, que muchas veces se ejerce mediante negocios jurídicos que se perfeccionan con el simple intercambio del consentimiento de las personas que en ellos intervienen. La doctrina divide las formas en tres categorías a saber: Las previas o requisitos que es menester llenar antes de dictar el acto administrativo correspondiente; las concomitantes que deben adoptarse al tiempo de la expedición del acto, y las posteriores cuando la ley las establece para ser cumplidas después de la emisión del acto. Aunque generalmente las formalidades hacen parte integrante de la manera de manifestarse la voluntad de la administración, no toda omisión de ellas acarrea la nulidad del acto. Para distinguir entre las formas sustanciales y las accidentales, los Tribunales deben examinar cada caso, con base en que sólo las que constituyan una verdadera garantía y por ende, un derecho para los asociados, su incumplimiento induce a nulidad. Sentencia de 25 de mayo de 1968; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk. Salvedad de voto de los doctores Jorge de Velasco Alvarez y Alfonso Arango Henao. Apelación del fallo del Tribunal Administrativo de Córdoba que decretó la nulidad de la Ordenanza número 6 de 1963, orgánica del Municipio de "Los Córdoba". (Ver Nos. 11, 21 y 22 del Índice)

186

INDICE GENERAL

PRIMERA PARTE

FUNCION CONSULTIVA

TITULO I

CONSULTAS DEL GOBIERNO

Páginas

1. (Ministerio de Fomento). Consulta relacionada con la facultad de la Administración para revocar directamente sus propios actos, y en particular con las resoluciones que dicta la Superintendencia de Regulación Económica para el control de precios de algunos artículos de consumo popular. Concepto de 11 de marzo de 1968. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Alberto Hernández Mora. Su publicación fue autorizada mediante Oficio número 2335 de 1968 del señor Ministro de Fomento 9
2. (Ministerio de Fomento). Consulta acerca de patentes de drogas y su vigencia con posterioridad a la sentencia de 11 de agosto de 1967 del Consejo de Estado. Concepto de 5 de abril de 1968. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Informante: Doctor Guillermo González Charry. Su publicación fue autorizada por Oficio número 3203 de 21 de mayo de 1968 13
3. (Ministerio de Fomento). Consulta acerca de lo que debe entenderse por asignación actual de que habla el artículo 5º de la Ley 4ª de 1966 sobre reajustes pensionales. Concepto de 17 de mayo de 1968. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Alejandro Domínguez Molina. Su publicación fue autorizada mediante Oficio número 3734 de 1968 17

TITULO II

CONCEPTOS OBLIGATORIOS DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

1. (Departamento Administrativo del Servicio Civil). Consulta sobre el concepto de "justa causa", que el inciso 2º del artículo 291 del C. de R. P. y M. exige para la prórroga de la licencia concedida a un funcionario público. Concepto de 29 de febrero de 1968. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Doctor Guillermo González Charry 25

SEGUNDA PARTE

FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I

ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO

Decretos del Gobierno

	<i>Páginas</i>
1. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el artículo 40 del Decreto 979 de 1966, reglamentario del Decreto legislativo número 2349 de 1965, sobre prohibición de anunciar planes de "urbanizaciones de terrenos y ventas de solares". Actor: Carlos Delgado M. Sentencia de 27 de enero de 1968 que niega las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jorge de Velasco Alvarez	29
2. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el inciso segundo del artículo 10 del Decreto 1881 de 1966, reglamentario del Decreto legislativo 1595 de 1966, sobre impuesto a las ventas. Actor: Alfonso Charria. Sentencia de 22 de febrero de 1968 que accede a las súplicas del libelo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk	32
3. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra los artículos 5º del Decreto 1473 de 1962 y 3º del número 1634 del mismo año, reglamentarios de la Ley 15 de 1959. Actor: Doctor Bernardo Zuleta. Sentencia de 23 de febrero de 1968 que accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel	36
4. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra varios apartes del Decreto 1902 de 1962, reglamentario de la Ley 200 de 1936 y el Capítulo VII de la Ley 135 de 1961, sobre reforma social agraria. Sentencia de 23 de febrero de 1968 que accede en parte a las súplicas del libelo. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao. Actor: Doctor Bernardo Zuleta T.	39
5. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el Decreto número 3072 de 1962, reglamentario de la Ley 48 de 1946. Actor: Doctor Diógenes Reyes Posada. Sentencia de 4 de marzo de 1968 que accede en parte a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao	52
6. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra los Decretos 1521 de 1957 y 3151 de 1962, en varios apartes, reglamentarios del Decreto	

- legislativo 118 de 1957 sobre subsidio familiar. Actor: Manuel Manotas M. Sentencia de 28 de marzo de 1968 que accede en parte a las súplicas del libelo. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk 57
7. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra el inciso segundo del artículo 6º del Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4ª de 1966, sobre pensiones oficiales. Actor: Roberto Barbosa M. Sentencia de 10 de mayo de 1968 que accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel 61
8. (Decretos ejecutivos). Acción de nulidad contra el Decreto 624 de 1967, por medio del cual el Presidente de la República delegó en el Ministro de Justicia funciones presidenciales. Actor: César Castro. Sentencia de 15 de mayo de 1968 que declara la nulidad de la norma demandada. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Jorge de Velasco Alvarez. Salvedad de voto de los Consejeros: Doctores Enrique Acero Pimentel y Alfonso Meluk 63
9. (Decretos reglamentarios). Acción de nulidad contra los artículos 1º y 2º del Decreto 15 de 1967, reglamentario de los artículos 26 y 47 de la Ley 81 de 1960, sobre exención a las participaciones fiscales. Actor: Carlos del Castillo. Sentencia de 22 de mayo de 1968 que declara la nulidad pedida. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 81

CAPITULO SEGUNDO

Resoluciones ministeriales y otros actos de los Ministros

1. (Ministerio de Fomento). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución número 395 de 27 de abril de 1962, por la cual se declaró la nulidad de unos registros de marcas y rótulos comerciales. Actor: Malden Form Inc. Sentencia de 30 de enero de 1968 que accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao 87
2. (Ministerio de Defensa). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 6421 de 1965. Actor: José Eurípides Martínez. Sentencia de 6 de mayo de 1968 que accede en parte las peticiones del libelo. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Andrés Holguín H. 95
3. (Ministerio del Trabajo). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 745 de 1965. Actor: Manufacturas de Cerámica S. A. Sentencia de 10 de junio de 1968 que accede a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez 101
4. (Ministerio de Minas y Petróleos). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 906 de 22 de junio de 1964. Actor: Texas Petro-

leum Company. Sentencia de 12 de junio de 1968 que accede en parte a las súplicas del libelo. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Samuel de Sola Roncallo	111

CAPITULO TERCERO

Actos de otras autoridades y personas administrativas del orden nacional

1. (Superintendencia Bancaria). Acción de plena jurisdicción contra varios actos de la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco Comercial Antioqueño S. A. Sentencia de 12 de febrero de 1968 que niega las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel	119
2. (Instituto de Fomento Algodonero). Acción de plena jurisdicción contra el Acta número 328 de 3 de julio de 1963. Actor: Alberto Rojas Ch. Sentencia de 20 de febrero de 1968 que declara caducada la acción y absuelve a la Nación de los cargos formulados en el libelo. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez	129
3. (Contraloría General de la República). Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones 1391 y 1527 de 1963. Actor: María V. Ortega A. Sentencia de 27 de febrero de 1968 que niega las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Belisario Arciniegas	135
4. (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). Revisión de varios actos administrativos del Incora por los cuales se declaró extinguido el derecho de dominio sobre un predio rural. Actor: Brígido Cano G. Sentencia de 30 de marzo de 1968 que accede en parte a las súplicas del libelo. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Samuel de Sola Roncallo	143
5. (Consejo de Política Aduanera). Acción de nulidad contra los literales b) y c) del artículo 4º y el artículo 6º de la Resolución 0001 de 1965. Actor: Vasco J. Vejarano. Sentencia del 17 de mayo de 1968 que accede en parte a las pretensiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel	158
6. (Instituto Colombiano de Seguros Sociales). Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 863 de 1964. Actor: Gaseosas Colombianas S. A. Sentencia de 11 de junio de 1968 que declara nulo todo lo actuado en el presente juicio. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Belisario Arciniegas	162

TITULO II**ORDEN DEPARTAMENTAL****CAPITULO PRIMERO***Ordenanzas departamentales*

Páginas

1. (Asamblea Departamental de Bolívar). Acción de nulidad contra varios artículos de la Ordenanza 52 de 1964. Actor: Ricardo Camargo S. Sentencia de 28 de marzo de 1968 que revoca el fallo del Tribunal Administrativo de Bolívar y niega las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk 173
2. (Asamblea Departamental de Córdoba). Acción de nulidad contra la Ordenanza número 6 de 1963, orgánica del Municipio de "Los Córdoba". Actor: Personero Municipal de Montería. Sentencia de 25 de mayo de 1968 que revoca el fallo apelado y niega las súplicas del libelo. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk. Salvedad de voto de los Consejeros: Doctores Alfonso Arango Henao y Jorge de Velasco Alvarez 177

CAPITULO SEGUNDO*Decretos de los Gobernadores*

1. (Gobernación de Cundinamarca). Acción de plena jurisdicción contra los Decretos 0376 y 0384 de 1960. Actor: "Curtiembres España Ltda." Sentencia de 22 de marzo de 1968 que revoca el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y niega las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel 193

CAPITULO TERCERO*Suspensiones provisionales de actos del orden departamental*

1. (Gobernación del Chocó). Auto de 5 de febrero de 1968 que revoca la providencia del Tribunal Administrativo del Chocó y en su lugar decreta la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto 204 de 1967. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Arango Henao 203

TITULO III**ORDEN MUNICIPAL****CAPITULO PRIMERO***Acuerdos de los Concejos*

1. (Concejo Municipal de Medellín). Acción de nulidad contra el Acuerdo 30 de 1956, el 51 de 1962 en sus artículos 341 y 342 y otros actos.

	Actor: Jaime Soto G. Sentencia de 22 de febrero de 1968 que confirma en todas sus partes el fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Alfonso Meluk	209
2.	(Concejo Municipal de Buga). Acción de nulidad contra los artículos 67 y 69 del Acuerdo número 21 de 1965. Actor: Doctor Uladislao Domínguez. Sentencia de 30 de abril de 1968, que confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel	213
3.	(Concejo Municipal de Bucaramanga). Acción de nulidad contra el artículo 13 del Acuerdo número 66 de 1965. Actor: Guillermo Pinzón. Sentencia de 27 de junio de 1968 que confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar T.	220

CAPITULO SEGUNDO

Decretos y resoluciones de los alcaldes y actos de otras personas administrativas del orden municipal

1.	(Junta de Licitaciones Municipales de San Andrés (Islas). Auto de enero diez y seis de 1968 que negó la solicitud sobre nulidad de lo actuado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel. Consulta de la Sentencia de 27 de febrero de 1967, proferida por el Tribunal Administrativo de Cartagena	225
2.	(Junta de Licitaciones Municipales de San Andrés (Islas). Sentencia de 5 de febrero de 1968, que confirmó la proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el juicio de nulidad del acto proferido el 22 de febrero de 1965 por la Junta de Licitaciones Municipales de San Andrés. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel. Actor: Alfonso Borrero Vargas	227

TITULO IV

INDEMNIZACIONES

1.	Indemnización de perjuicios por pérdida de mercancía extranjera en las aduanas. Tipo de cambio a que debe liquidarse. Actor: Manufacturas Sedeco S. A." por medio de apoderado. Auto de 15 de febrero de 1968 que no accede a la reposición solicitada. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Samuel de Sola Roncallo	233
2.	Personería sustantiva de los herederos para ejercitar la acción indemnizatoria. Actor: Rosalbina Forero vda. de Reina. Sentencia de	

25 de abril de 1968 que revocó la sentencia recurrida. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez 236

3. Excepción perentoria temporal o del juicio. Actor: Mariana Becerra vda. de Parra. Sentencia de 10 de junio de 1968 que declaró probada la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demanda determinada en la parte motiva. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Jorge A. Velásquez D. 244

TITULO V

REVISION DE RECONOCIMIENTOS

1. El artículo 164 del C. C. A. ha establecido la acción de revisión para que tanto el Consejo de Estado como el respectivo Tribunal Administrativo revisen solamente sus propias sentencias. Actor: Aníbal Pérez Sotomayor. Auto de 30 de abril de 1968 que estimó bien denegada la apelación interpuesta contra la sentencia de 27 de noviembre de 1967 del Tribunal Administrativo de Bolívar. Sala de lo Contencioso, Administrativo Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Belisario Arciniegas. Recurso de hecho 255
2. Revisión de las sentencias del Consejo de Estado que aplicaban la excepción de inconstitucionalidad del artículo 7º de la Ley 126 de 1959. Demandas acumuladas de la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares y el General (r) Domingo Espinel. Sentencia de 12 de junio de 1968 que negó las súplicas contenidas en la demanda instaurada por el General (r) Espinel y revisó la sentencia dictada por el Consejo de Estado en el caso del General Espinel el 2 de julio de 1964 y negó las demás peticiones formuladas en el libelo presentado por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Andrés Holguín 258
3. Policía Nacional. Pensión de invalidez. Artículo 11 de la Ley 72 de 1947. Actor: Justo Albañil Guerrero. Sentencia de 25 de junio de 1968 que no accedió a las peticiones de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez 266

TITULO VI

REVISION DE IMPUESTOS

1. (Impuesto de Valorización). Revisión de la liquidación del Impuesto de Valorización efectuada por la C. V. C. Actor: Marco Trujillo & Cia. en acción de revisión de impuestos. Auto de 5 de febrero de 1968 que confirmó el auto suplicado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Belisario Arciniegas 283

2. (Impuesto de Renta, complementarios, recargos y sanciones). Revisión de la liquidación del Impuesto de Renta, complementarios, recargos y sanciones de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga. Actor: Cooperativa Santandereana de Transportes Ltda. Sentencia de 10 de mayo de 1968 que revoca la sentencia de 18 de enero de 1967 del Tribunal Administrativo de Santander y en su lugar se inhibe para decidir a fondo. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente Doctor Hernando Gómez Mejía 285

3. (Impuesto sobre la Renta y complementarios). Revisión de la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios del año de 1960. Actor: Ramón Peñaranda C. Sentencia de 22 de mayo de 1968 que modificó la sentencia apelada. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 289

4. (Impuesto de Consumo de Cervezas). Revisión de la liquidación del impuesto de consumo de cervezas contenida en las Resoluciones 301 y 399 de 1965 dictadas por el Secretario de Hacienda del Valle y 4262 del mismo año proferida por el Gobernador de dicho Departamento. Actor: Bavaria S. A. Sentencia de 11 de junio de 1968 que confirmó la sentencia apelada del Tribunal Administrativo del Valle. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 292

5. (Impuesto sobre la renta). Revisión de la liquidación del impuesto de renta a cargo de la "Comunidad Ley", efectuada por la Sección de Recursos Tributarios de Antioquia. Actor: "Comunidad Ley". Sentencia de 17 de junio de 1968 que confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía 295

6. (Impuesto de ausentismo). Revisión de las liquidaciones del impuesto sobre la renta y complementarios, en cuanto al recargo por ausentismo, referentes al año gravable de 1960, efectuadas por la Sección de Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Barranquilla y por la División de Impuestos Nacionales. Actor: Celio Villalba. Sentencia de 20 de junio de 1968, que revoca la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico y no accede a las súplicas de la demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía. Salvedad de voto del doctor Alvaro Orejuela Gómez 301

7. (Impuesto sobre la renta y complementarios). Revisión de la liquidación del impuesto sobre la renta y complementarios hecha por la División de Impuestos Nacionales a la Sucesión de Margarita Mora vda. de Villa por el año gravable de 1960. Actor: Sucesión de Margarita Mora vda. de Villa. Sentencia de 24 de junio de 1968, que confirmó el fallo de 15 de diciembre de 1965 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Doctor Gustavo Salazar T. 319

TITULO VII

JURISDICCION COACTIVA

CAPITULO PRIMERO

Apelaciones

Páginas

1. Apelación de los autos de mandamiento de pago de fechas, enero 28 de 1964, febrero 20 y marzo 3 del mismo año, dictados por la Administración Regional de Impuestos Nacionales de Pereira. Juicio de Jurisdicción Coactiva instaurado por la Nación contra Gaseosas Posada Tobón S. A. Auto de 21 de mayo de 1968, que ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Risaralda, por ser de su competencia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía 327

CAPITULO SEGUNDO

Excepciones

1. Excepciones de Invalidez del Título Ejecutivo y de inexistencia de la obligación propuestas por "Consortio de Cervecerías Bavaria S. A.", dentro del juicio ejecutivo adelantado contra ella por la Tesorería Municipal de Cali. Sentencia de 29 de marzo de 1968, que declaró la excepción de Ineficacia del Título Ejecutivo y ordenó cesar la ejecución y levantar los embargos y los secuestros. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez 333
2. Excepciones propuestas por el señor Gonzalo López Arango en el ejecutivo promovido contra él por el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales. Sentencia de 15 de mayo de 1968, que declaró probada la excepción perentoria de ineficacia del Título Ejecutivo y como consecuencia ordenó cesar la ejecución y desembargar. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Juan Hernández Sáenz 337
3. Excepciones propuestas en el juicio por jurisdicción coactiva de la Tesorería Municipal de Bucaramanga contra María Luisa Nougues Mantilla. Auto de 15 de mayo de 1968, que resolvió remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Santander por ser de su competencia la decisión de las excepciones propuestas. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía 342

APENDICE

PROPOSICIONES Y ASUNTOS VARIOS

Páginas

1. Competencia de las Jurisdicciones Ordinaria y Contencioso Administrativa en litigios en que sea parte una entidad pública. Ocupación permanente de bienes inmuebles por parte de entidades públicas. Actores: Justina Ospina de Stand y otra, en acción reivindicatoria. Auto de 15 de febrero de 1968, que decidió declarar nulo lo actuado en el juicio a partir del auto de 10 de marzo de 1966, inclusive y que, una vez ejecutoriada la providencia, por la Secretaría se remita el proceso al Tribunal de donde provino. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez 349
2. Acuerdo número 1 de 1968 (enero 30) del Consejo de Estado, Sala Plena que distribuye los negocios de que conoce la Corporación entre las distintas secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo 355

INDICES

1. Indice Analítico-Alfabético de las materias tratadas en las providencias contenidas en el presente Tomo 359
2. Indice General del Tomo LXXIV 404

**PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA**

*Esta obra fue impresa en los Talleres
Gráficos de la Penitenciaría Central
de Colombia.*

**(Una empresa editorial y humana al servicio
de la Rehabilitación del Recluso).**

BOGOTÁ, D. E. 1976