

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO
DE ESTADO

TOMO LXXV

AÑO XLIII

NUMEROS 419 Y 420

SEGUNDO SEMESTRE DE 1968

RELATORES:

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

Dr. PEDRO TORRES SUAREZ

CONSEJO DE ESTADO

1968

SEGUNDO 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 TERCERA

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

SECCION SEGUNDA

Doctor Belisario Arciniegas
Doctor Ricardo Bonilla G.
Doctor Nemesio Camacho R.
Doctor Andrés Holguín Holguín

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 Alberto Zuleta Angel
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 Aguilar Vélez

Fiscal Cuarto

Doctora Aydee Anzola Linares

RELATORES:

Doctora Clara Forero de Castro
Doctor Dionisio José Gómez Rodado

PRIMERA PARTE
FUNCION CONSULTIVA

TITULO UNICO
CONSULTAS DEL GOBIERNO

RECEIVED

DEPARTMENT OF THE ARMY

WASHINGTON, D. C.

OFFICE OF THE ADJUTANT GENERAL

MINISTERIO DE FOMENTO

INTERCONEXION ELECTRICA S. A.— La sociedad en referencia es una entidad oficial de las denominadas por la legislación vigente, empresa industrial y comercial del Estado. De la conclusión anterior es fácil deducir que los servidores de la Sociedad Interconexión Eléctrica S. A. son trabajadores oficiales que a la inversa de lo que normalmente ocurre en la administración ordinaria, no son empleados públicos, sino excepcionalmente. Para efecto de prestaciones sociales, los trabajadores de Interconexión Eléctrica S. A., tienen derecho a que se les acumule el tiempo servido a otras entidades oficiales.

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

(Consejero ponente: Doctor Alejandro Domínguez Molina).

Ref.: Consulta. Expediente N° 215.

En relación con la “Sociedad Interconexión Eléctrica S. A.” ha formulado el señor Ministro de Fomento la consulta que se concreta en los siguientes puntos:

“**Primero.** La sociedad denominada “Interconexión Eléctrica S. A.” ha sido organizada por escritura número 3057 del 14 de septiembre de 1967, Notaría 8ª, registrada en el libro segundo número 65818, página 473, copia de la cual se acompaña; son socios la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CVC); la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, las Empresas Públicas de Medellín, el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico (ELECTRAGUAS); la Central Hidroeléctrica de Caldas (CHEC), y la Central Hidroeléctrica del río Anchicayá Limitada (CHIDRAL).

“Se quiere saber si la Sociedad Interconexión Eléctrica S. A. es entidad oficial o particular, y si es lo primero qué clase de entidad oficial es ella.

“**Segundo.** Si los empleados que prestan sus servicios a la Sociedad Interconexión Eléctrica S. A., son empleados públicos propiamente dichos o servidores oficiales vinculados a la administración por un contrato administrativo laboral.

“Tercero. Si las relaciones entre la sociedad y sus trabajadores deben regularse por el Código Sustantivo del Trabajo o por las normas especiales de los servidores públicos.

“Cuarto. Si para efecto de pensiones de jubilación del personal que trabaje con Interconexión Eléctrica S. A., debe acumularse o no el tiempo servido a otras entidades oficiales o de derecho público”.

La Sala considera

Mediante la escritura pública número 3057 de 14 de septiembre de 1967, pasada ante el Notario Octavo del Circuito de Bogotá, se constituyó la sociedad denominada “Interconexión Eléctrica S. A.”, por los siguientes socios fundadores: La Corporación Autónoma Regional del Cauca (CVC), la Central Hidroeléctrica del río Anchicayá Limitada (CHIDRAL), la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, las Empresas Públicas de Medellín, el Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico (ELECTRAGUAS) y la Central Hidroeléctrica de Caldas (CHEC). Según el artículo cuarto de los estatutos, “la sociedad tiene por objeto: a) La interconexión de los sistemas eléctricos de la Corporación Autónoma Regional del Cauca (CVC), de la Central Hidroeléctrica del río Anchicayá Limitada (CHIDRAL), de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, de las Empresas Públicas de Medellín, y del Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico (ELECTRAGUAS) y de su filial, Central Hidroeléctrica de Caldas (CHEC). La interconexión de los sistemas tiene por fin principal el intercambio de energía para atender deficiencias donde la capacidad de generación no pueda servir adecuadamente la demanda; el mejor aprovechamiento de la capacidad de reserva extendida a lo largo del nuevo sistema, y la posibilidad de colocar producción eléctrica sobrante en todas las zonas interconectadas; b) El establecimiento de prioridades en la construcción de nuevas centrales generadoras, en función de sus ventajas técnicas y económicas para todo el sistema interconectado; c) La programación y construcción de las futuras fuentes de generación que permitan ayuda recíproca en el abastecimiento de los propios consumos de las entidades mencionadas y que cubran las necesidades de otras zonas que puedan beneficiarse de la mayor disponibilidad de energía eléctrica y también de la mayor capacidad de generación”. El capital autorizado de la sociedad es de \$ 200.000.000,00, representado en 2.000 acciones de un valor nominal de \$ 100.000,00 cada una, de las cuales los socios fundadores suscribieron 200 acciones o sea en total \$ 20.000.000,00. La enajenación de las acciones está sujeta al derecho de retracto, destacándose entre las reglas a que se sujeta éste, la siguiente: “En la enajenación o cesión de acciones de CHIDRAL, éstas deberán ser ofrecidas en primer lugar a la Corporación Autónoma Regional del Cauca y las acciones de la CHEC al Instituto de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico.

Sólo en el caso de que estas dos entidades, usando el mismo procedimiento indicado antes para el traspaso de las demás acciones, no expresen su voluntad de adquirirlas, deberán entonces ofrecerse a los demás socios para que éstos puedan hacer uso de la opción, antes de su enajenación a terceros”.

La sociedad es, pues, en su estructura una persona de derecho privado que no difiere en su constitución y administración de lo que es una sociedad anónima común y corriente. Mas, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 1º de la Ley 151 de 1959, la empresa así constituida es parte de la administración pública, tanto por la calidad de sus socios fundadores todos los cuales son establecimientos públicos y empresas oficiales, según diversos textos legales que la Sala estima innecesario citar, como porque el capital de la sociedad ha sido aportado indirectamente por el Estado, pues el patrimonio de los fundadores, por su origen, es desmembración del patrimonio público. Si a lo expuesto se agrega que el capital de la Sociedad Interconexión Eléctrica S. A. está destinado, según el objeto de la empresa, al adecuado y mejor suministro de energía eléctrica en las zonas interconectadas, lo cual "es un servicio público fundamental", como lo expresa el artículo 1º de la Ley 126 de 1938, cabe afirmar que tal sociedad puede ser calificada como una empresa industrial y comercial del Estado, de acuerdo con lo que sobre esta clase de organismos dice el artículo 6º del Decreto extraordinario 1050 de 1968, pues, tal actividad es de naturaleza industrial, aunque se la califique también de servicio público, y para su desarrollo se la ha sometido a las reglas del derecho privado.

En consecuencia, la sociedad en referencia es una entidad oficial de las denominadas por la legislación vigente, empresa industrial y comercial del Estado.

De la conclusión anterior es fácil deducir que los servidores de la Sociedad Interconexión Eléctrica S. A. son trabajadores oficiales que a la inversa de lo que normalmente ocurre en la administración ordinaria, no son empleados públicos, sino excepcionalmente, cuando se trata de algunas personas vinculadas a su dirección o administración, como lo tiene admitido la doctrina y la jurisprudencia y los consagra también el artículo 28 del decreto extraordinario ya citado. Los demás servidores son trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo y sometidos consecuentemente, en sus relaciones de servicio al derecho individual y colectivo del trabajo según las normas del Código Sustantivo del Trabajo y del Decreto 2127 de 1945.

Consecuentemente, para efecto de prestaciones sociales, los trabajadores de Interconexión Eléctrica S. A., tienen derecho a que se les acumule el tiempo servido a otras entidades oficiales.

En los términos anteriores se responde a la consulta mencionada.

Transcribese al señor Ministro de Fomento.

Alberto Zuleta Angel, Alejandro Domínguez Molina, Guillermo González Charry, Héctor Martínez Guerra.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

CONCEPTO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL FORMULADA POR EL SEÑOR MINISTRO DE COMUNICACIONES

INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA confiada a los servicios postales del Gobierno y la facultad de la Prefectura de Control de Cambios para solicitar su entrega. Fundamento en la Constitución Nacional y en las leyes de la República de la no existencia de la facultad de la Prefectura de Control de Cambios para revisar correspondencia privada confiada a los Correos Nacionales.

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

(Consejero ponente: Doctor Alberto Hernández Mora).

Ref.: Respuesta a la consulta formulada por el señor Ministro de Comunicaciones doctor Douglas Botero Boshell sobre la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los servicios postales del Gobierno y la facultad de la Prefectura de Control de Cambios para solicitar su entrega.

Fecha de la providencia: Noviembre 5 de 1968.

Publicación: Autorizada por el señor Ministro de Comunicaciones doctor Humberto González Narváez en oficio N° 04859 de noviembre 20 de 1970.

"LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES PUBLICAS EN LA CONSTITUCION COLOMBIANA"

El señor Ministro de Comunicaciones somete a consulta con el Consejo de Estado lo siguiente:

La Prefectura de Control de Cambios se ha dirigido a la Administración Postal Nacional, establecimiento público adscrito a este Ministerio, solicitándole la entrega de unos envíos recomendados, cuyos destinatarios son personas naturales o jurídicas.

Al estudiar la solicitud se ha encontrado que el artículo 38 de la Constitución Nacional garantiza la inviolabilidad de la correspondencia

y dispone que ella no podrá ser interceptada ni registrada "sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales".

Acorde con el precepto constitucional, el Código de Procedimiento Penal en sus artículos 340, 341 y 342, incluidos en el capítulo II, que se intitula "investigación de los hechos", faculta al funcionario de instrucción para ordenar la detención de correspondencia privada, postal o telegráfica, que el procesado reciba o remita, y establece claramente, que, para la apertura de la misma, se citará al interesado el cual podrá presenciar la diligencia por sí o por medio de representante.

En las anteriores condiciones considera este despacho que por cuanto no tiene el Prefecto de Control de Cambios la calidad de funcionario de instrucción, no se le puede hacer entrega a la Prefectura de correspondencia que no está dirigida a ese organismo. Sin embargo, la Prefectura justifica su demanda en las facultades que le confiere el artículo 217 del Decreto-ley 444 de 1967 que a la letra dice:

"Son funciones de la Prefectura de Control de Cambios:

- a) Ejercer la vigilancia sobre el cumplimiento de las disposiciones que regulan el control del oro y del cambio;
- b) Solicitar de las entidades oficiales los informes generales o particulares que considere necesarios para el ejercicio de sus funciones;
- c) Adelantar toda clase de diligencias, pesquisas, averiguaciones, que se estimen necesarias para comprobar que ha habido violación de las disposiciones sometidas a su vigilancia. Para estos efectos tendrá acceso a todas las oficinas públicas y a sus archivos, a los establecimientos, empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, los departamentos, o los municipios y a las oficinas y domicilios de las entidades bancarias y de las demás personas naturales o jurídicas, con el solo objeto de buscar pruebas. Podrá igualmente solicitar que se le expidan copias auténticas de los documentos que allí reposan. Dentro de las diligencias administrativas, la Prefectura tomará las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho, para asegurar los instrumentos, cosas, objetos y efectos del mismo; para allegar los datos y elementos que sirvan a la averiguación;
- d) Imponer multas a los infractores de las disposiciones cuya vigilancia le corresponde, y
- e) Enviar copias de las diligencias que practique a los jueces penales cuando de lo actuado aparezca la posible comisión de un delito.

Parágrafo. Los documentos e informes que la Prefectura solicite u obtenga, seguirán amparados por la reserva que la ley establece para ellos".

“Siendo como lo es, un caso de excepcional importancia, me permito consultarle a esa honorable corporación si la Prefectura de Control de Cambios está facultada para solicitar la entrega de correspondencia y en consecuencia los servicios postales deben entregarla cuando ella la pida y, en caso afirmativo, cuál sería el procedimiento legal que la Prefectura debe seguir para el trámite de la retención de la correspondencia”.

La Sala considera

La consulta formulada por el Ministerio de Comunicaciones sobre la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los servicios postales del Gobierno, toca aspectos fundamentales de nuestra organización política y su respuesta exige a la Sala algunas consideraciones previas de carácter doctrinario, para determinar con suficiente claridad el alcance del precepto constitucional citado en la consulta y la finalidad que persigue el conjunto de disposiciones de la Carta sobre derechos civiles y garantías sociales.

I. El sistema constitucional como protección de las libertades individuales

Es seguramente el tema de los derechos fundamentales de la persona humana y de las libertades individuales, el que con más pasión ha preocupado el pensamiento político de todas las épocas. En el derecho público contemporáneo constituye el precepto predominante.

La necesidad de encontrar garantía a la libertad es el origen de los estatutos constitucionales.

Así, surgen históricamente con la intención de proteger al individuo de los poderes del gobernante. Es el significado de la Carta Magna en 1215 y de la Declaración de derechos de 1688 en Inglaterra, y el de las Constituciones de América y de Francia en el siglo XVIII que inspiraron y antecedieron las nuestras como Nación independiente.

En las tendencias filosóficas que estructuraron políticamente el nacimiento de la democracia moderna la libertad se concibe como el fundamento del orden social y al Estado corresponde respetar primero y después garantizar el conjunto de derechos individuales en que se concreta el contenido de las libertades públicas para su protección.

“Para el lenguaje del liberalismo burgués, sólo hay una constitución cuando están garantizadas propiedad privada y libertad personal. Cualquiera otra cosa no es “Constitución” sino despotismo, dictadura, tiranía, esclavitud como se quiera llamar” (Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, Pág. 42. Ed. Nacional, México, 1961).

Todo el edificio constitucional del siglo XVIII es una fuerte estructura de protección de la libertad individual. Se proclaman los derechos fundamentales de la persona, se limitan los deberes de la autoridad al amparo de la autonomía individual, se divide en órganos distintos el ejercicio del poder público para evitar el despotismo que se presume de

la acumulación de funciones, y además, con el principio de la soberanía popular se reserva al ciudadano la escogencia de los gobernantes y la elaboración, a través de sus delegatarios, de las leyes que lo obliguen.

Desde entonces, el individuo como fin último del derecho y del Estado es una línea constante en las convicciones políticas de la democracia.

“Nuestra tarea, dice Laski, (La Libertad en el Estado Moderno) consiste en asegurar un equilibrio armónico entre la libertad que necesitamos y la autoridad que es esencial, a fin de dotar al hombre común de la perfecta convicción de que posee espacio suficiente para la continua expresión de la personalidad”.

El Estado de derecho tiene como finalidad esencial el señalar fronteras constitucionales a todas las manifestaciones del poder público y transformar su actividad en competencias cuidadosamente limitadas y sometidas a un riguroso sistema de controles internos.

Consagrando este principio, dice el artículo 20 de nuestra Constitución:

“Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”.

II. Los derechos individuales en el derecho público moderno

Si en los Estados contemporáneos el bienestar y el desarrollo de la persona humana continúa siendo el fin último del ordenamiento jurídico, en dos siglos de vida constitucional ha cambiado, sin embargo, el concepto de derechos individuales, y se ha alterado fundamentalmente la posición tradicional del individuo y del gobernante dentro del Estado liberal.

La imagen clásica del hombre aislado en estado de naturaleza que renuncia a una porción de su independencia original para constituir la autoridad política y que reduce la función de ésta a la garantía de la restante libertad individual, se esfuma como una entidad inexistente.

Los derechos individuales dejan de ser un mero concepto protector de la persona frente al Estado, para convertirse además en una obligación y participación activa en el desarrollo y bienestar de la comunidad.

La función del Estado no es más de mero garante de las libertades públicas sino que asume un papel de sistemática intervención para crear las condiciones materiales y sociales que ofrezcan a todos posibilidad igual de aprovechar las libertades que definen el sistema constitucional.

El individuo de la sociedad industrial y de los países que despiertan al desarrollo económico no se conforma con la libertad teórica, quiere que el Estado le proporcione los elementos materiales que le den vida

real. El concepto del hombre independiente igual o abstracto de la revolución, que no requiere sino autonomía para lograr su pleno desarrollo y felicidad, cede ante la del hombre aprisionado por un medio económico y social que individualmente está en incapacidad de superar.

Se opera un gran desdoblamiento de las libertades públicas, las que afirman la autonomía de la persona humana y las que garantizan a todo individuo condiciones materiales y culturales para el desarrollo efectivo de su personalidad.

El derecho público tradicional se enriquece con los nuevos conceptos de función social de los derechos económicos del individuo, el de los derechos sociales y el del Estado intervencionista, benefactor y planificador.

Sin embargo, por profunda que haya sido esta transformación del concepto de los derechos de la persona y de las obligaciones del gobernante y de los particulares, el individuo, su bienestar y desarrollo, siguen siendo el alto fin del derecho y del Estado, pero no ya para amparar una libertad inexistente, sino para crearla, fomentarla y garantizarla.

Este gran proceso se cumple dentro del Estado democrático al margen de lo que ha sido tradicionalmente el respeto de ciertos fueros de la persona humana que se refieren al hombre mismo, que lo protegen en su dignidad, en su autonomía esencial y en la más íntima expresión de su individualidad, y que cobran mayor importancia en la medida que el Estado se torna más poderoso.

La finalidad propia del Estado burgués de derecho, como protector de la libertad individual, sobrevive en las Constituciones modernas, a pesar de los nuevos conceptos sobre obligaciones económicas y sociales del Estado y del contenido de función social que se atribuye a los derechos individuales.

Si se examina la evolución de nuestro estatuto constitucional en este aspecto, no se encuentra una rectificación doctrinaria sino una acumulación de conceptos. Sobre las libertades individuales clásicas se construye el edificio del Estado intervencionista y socializante.

Las libertades del hombre aislado se respetan: su libertad personal, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de la correspondencia, son los mismos preceptos de 1886.

La propiedad individual cede ante el interés público, pero con fuertes protecciones indemnizatorias y judiciales.

Al derecho individual se le atribuye una función social, pero se le garantiza constitucionalmente.

Al Estado se le señalan nuevas funciones de intervención económica, pero se le agobia de obligaciones para con el individuo.

En materia política se acrece con el voto femenino el número de ciudadanos que participan en el gobierno de la Nación.

Si bien es cierto que en el pensamiento jurídico actual es a través del grupo a que pertenece como el hombre puede ser considerado destinatario del derecho, indefectiblemente es en el bien del individuo en el que halla su inspiración y su medida el proceso social, y es en el respeto del hombre, de su integridad física y moral, de su intimidad y dignidad donde encuentra su límite el ordenamiento jurídico y el interés colectivo.

“El derecho, aunque no tenga al hombre directamente por objeto, dice Burdeau-Les Libertés Publiques, edición 1966, página 7, va a encontrar en él un límite a su vocación de organizar lo social. Este límite se debe a la dualidad en la naturaleza del hombre, que al mismo tiempo que ser social es una persona autónoma.

“En tanto que ser social el hombre puede ver su actividad integralmente subordinada a los preceptos que la idea del derecho coloca como fundamento del orden social. Sus libertades, reglamentadas en cuanto a las condiciones de su ejercicio, estarán sometidas a las fluctuaciones tributarias de la evolución social. Pero en cuanto se trate de la personalidad propia del hombre, de los actos y de los pensamientos que no importan sino a su conciencia, en cuanto no compromete sino sus fines particulares, entonces la idea del derecho no tiene ningún título para ejercer su cometido.

“Es este el primer aspecto, posiblemente el más esencial de la libertad. Existe una libertad que no puede cercenar ninguna idea de derecho porque ella garantiza la facultad para el hombre de ser él mismo, frente a sus propias responsabilidades personales. Esta libertad no podría ser parcelada en libertades particulares, que tienen como característica la de exigir reglamentación en su ejercicio; es un absoluto, un dominio reservado. El hombre es libre por el hecho de que fuera de su pertenencia a un grupo, él, es hombre”.

Esta doble consideración de la persona, en su indispensable autonomía como ser humano, y en su vida de relación para constituir y gobernar la sociedad política, es fundamental si se quiere apreciar en su correcta perspectiva la significación de las libertades públicas y las garantías sociales que nuestro estatuto constitucional reconoce y establece. El poder regulador del Estado encuentra límites distintos cuando se trata de una u otra situación.

III. Clasificación de los derechos individuales

Son ciertamente diversas las clasificaciones que los tratadistas hacen de las libertades individuales, pero todas ellas coinciden en último término en la enumeración de una serie de derechos que contemplan al individuo en sus tres situaciones posibles dentro de la comunidad: en su vida aislada y como unidad social, enfrentado a relaciones civiles o participando en el gobierno de la Nación.

Andrés Hauriou, actual profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de París, en su reciente tratado de “Droit cons-

titutionel et institutions politiques" edición de 1968, página 170, considera las libertades "como derechos, poderes de acción que pertenecen naturalmente a los individuos y que se presentan como cristalización de su soberanía individual".

Tomando esta perspectiva divide las libertades en: a) Libertades de la vida civil, y b) Libertades de la vida pública: derechos cívicos y políticos.

Las libertades de la vida civil, las subdivide en un grupo de libertades primeras, que comprende:

- a) La libertad física de ir y de venir o libertad personal;
La libre correspondencia y la garantía de su secreto está vinculada a esta libertad;
- b) La seguridad, es decir el derecho de no ser detenido sin juicio;
- c) Las libertades de la familia: justas nupcias, filiación, autoridad paterna y marital, libertad de donación y de testamento;
- d) La propiedad privada, que se asimila por todas las declaraciones de derechos de la época clásica a una libertad;
- e) La libertad de contratar;
- f) La libertad de empresa, es decir, la libertad de comercio o industria.

Este grupo de libertades, anota Hauriou, que históricamente han aparecido en primer lugar, contempla fundamentalmente la realización para cada uno de su destino personal en el dominio familiar y profesional.

Estas son las libertades necesarias a un hombre que desea realizar su vida sobre el plan material, pero que poco se preocupa de superar este nivel, sea por la especulación intelectual, sea por la acción sobre sus semejantes.

El segundo grupo de libertades corresponde, por el contrario, a este nuevo orden de consideraciones:

- a) La libertad de conciencia y de cultos;
- b) La libertad de enseñanza;
- c) La libertad de prensa;
- d) La libertad de reunión;
- e) La libertad de asociación y la libertad sindical.

Las libertades de la vida pública (derechos cívicos y políticos) son las que se relacionan con la participación del individuo en el gobierno de la Nación.

Carl Schmitt (obra citada), trae una clasificación muy pertinente para el propósito de este estudio:

1. Derechos de libertad del individuo aislado. La libertad de conciencia, libertad personal, propiedad privada, inviolabilidad de domicilio (secreto de la correspondencia).
2. Derechos de libertad del individuo en relación con otros. Libre manifestación de las opiniones, libertad de discurso, libertad de prensa, de cultos, de reunión y de asociación.
3. Derechos del individuo en el Estado, como ciudadano. Igualdad ante la ley, derecho de petición, sufragio igual, acceso igual a los cargos públicos.
4. Derechos del individuo a prestaciones del Estado. Derecho al trabajo, derecho a asistencia y socorro, derecho a la educación, formación e instrucción.

Las dos primeras categorías las clasifica como "garantías liberal-individualistas de la esfera de la libertad individual, de la libre competencia y la libre discusión", la tercera, "como derechos políticos democráticos del ciudadano individual"; y la cuarta, como "derechos y prestaciones socialistas" (o más suavemente: "sociales").

En su Derecho de Policía, página 210, Miguel Lleras Pizarro, que coincide fundamentalmente con la agrupación de derechos individuales de Schmitt, al estudiar estas libertades desde el punto de vista de la policía, trae el siguiente análisis:

"Hay una clase de derechos que algunos llaman naturales y otros apellidan fundamentales, y que son considerados universalmente como la base esencial para poder disfrutar de la libertad. Respecto de estos derechos, que pertenecen tan íntimamente al individuo, que le son tan necesarios para la expresión de su personalidad, todas las Constituciones se revelan celosas de su enunciación, y precisas en las posibilidades de su limitación. Pertenecen en una forma tan definida a la esfera de la vida privada de cada uno, su ejercicio importa tan poco en la vida social, que sus limitaciones preventivas son manifiestamente escasas. La policía, respecto de este primer grupo de derechos, en su actuación, está severamente ligada por la Constitución y la ley. El ejercicio de ellos, difícilmente origina perturbaciones de orden público, y por esa razón su naturaleza se muestra extraña a las intervenciones policiales. Son los derechos cuyo ejercicio está más ampliamente garantizado y menos sometido a restricciones. En este grupo, la intervención del Estado ordinariamente se opera por vía represiva.

Los llamaremos los derechos del individuo aislado; son los que están situados más lejos de la acción de la policía.

En consecuencia, el primer grupo podemos presentarlo así:

DERECHOS DEL INDIVIDUO AISLADO	Inviolabilidad personal	Inviolabilidad del domicilio	Libertad de residencia
	Libertad de conciencia	Inviolabilidad de la correspondencia	

“El ejercicio de otros derechos, llamados por algunos institucionales, y por otros, relativos, implica siempre manifestaciones que inciden en la vida social, importan a otros individuos e importan al Estado. Por lo que el ejercicio de este segundo grupo de derechos se relaciona, tan íntimamente con la comunidad, por cuanto sus manifestaciones son casi siempre externas por lo que pueden interferir el ejercicio del derecho de otros, en una palabra, porque pueden dar lugar a perturbaciones del orden público, deben ser y son más intervenidos por la policía. El ejercicio de muchos de ellos reclama severas reglamentaciones que prevengan con eficacia las colisiones y, por tanto, las alteraciones del orden”.

IV. Garantías constitucionales de la libertad individual

Objetivamente considerada la libertad es un fenómeno social que depende del ordenamiento jurídico que la proteja. El orden adquiere entonces la significación de un presupuesto indispensable al ejercicio de la libertad.

En la concepción del Estado liberal, el orden no es el sometimiento absoluto del individuo a la autoridad, la mera relación de poder entre gobernantes y gobernados.

El orden, dentro del Estado liberal, resulta del sometimiento de los agentes del poder público y de los particulares, a una misma norma jurídica, superior a ellos, que gobierna esta relación. Es la noción del Estado de derecho.

Conforme con este criterio, Andrés Hauriou (obra citada) define el derecho constitucional como “la técnica de la conciliación de la autoridad y de la libertad en el cuadro del Estado-Nación”.

Esta definición coincide con el sentido histórico del sistema constitucional contemporáneo antes comentado. En nuestra época, en que la Constitución es el medio común que emplean todos los Estados para determinar su organización política y el ejercicio de la autoridad pública, por sistema constitucional se entiende y debe entenderse, de acuerdo con la tradición liberal, el que garantiza efectivamente un conjunto de derechos inherentes a la persona humana y el mínimo de libertades que aseguran su ejercicio. El significado propio del sistema constitucional, no es el de la mera adopción de un estatuto, sino el de su virtualidad protectora de los derechos humanos.

Desde la aparición de las primeras constituciones la técnica jurídica del derecho público en la garantía de las libertades individuales, se ha proyectado particularmente sobre tres aspectos básicos:

- a) Reconocimiento de los derechos fundamentales;
- b) División de poderes;
- c) Participación del pueblo en la función legislativa por delegación o directamente.

No todos estos procedimientos protectores de la libertad tienen el mismo alcance. La proclamación de derechos fundamentales significa

una declaración teórica que marca la tendencia y finalidad de la organización política y que no tiene un alcance práctico sino en los países que consagran el control constitucional de las leyes. En cambio, la participación en el ejercicio de la función legislativa y la llamada división de poderes, con su distinción entre legislación, administración y justicia, contienen una garantía orgánica contra los abusos del poder del Estado. Los tres procedimientos se han considerado tradicionalmente en el pensamiento político liberal como contenido necesario de toda constitución auténticamente democrática.

Ya en 1789, en la Declaración francesa de los derechos del hombre (artículo 16), se consagraba:

“ Toda sociedad donde no está asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución ”.

Siguiendo estas técnicas tradicionales la Constitución colombiana en su preámbulo proclama como finalidad esencial de la organización política, la de “ asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz ”, y consagra uno de sus títulos, el III, al reconocimiento de los derechos civiles y garantías sociales. Lo integran una serie de principios y normas que plasman y concretan en nuestro derecho público la doctrina de los derechos fundamentales de la persona humana. El artículo 16 señala que “ las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares ”.

El 51 dispone “ que las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos los funcionarios públicos de todas clases que atenten contra los derechos garantizados en este título ” (el III). La separación de funciones del poder público en diferentes órganos del Estado la consagra el artículo 55 de la Carta y la confirma el 61 que prohíbe la acumulación de funciones:

“ Ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz la autoridad política o civil y la judicial o la militar ”.

El preámbulo de la Carta y sus artículos 55 y 61, son preceptos que deben guiar al intérprete de las normas constitucionales sobre derechos civiles y garantías sociales; los principios políticos que encierran restringen la capacidad del legislador al reglamentar y limitar las libertades individuales.

V. Limitación de las libertades individuales o poder de policía

No obstante el concepto de libertad en la doctrina política individualista y en el orden constitucional no es absoluto. La libertad no tiene significado sino en la vida social, que es el objeto del derecho. La libertad es un concepto en función de la comunidad, y en consecuencia, por su propia naturaleza no puede ser sino un concepto relativo.

El orden jurídico implica necesariamente una restricción de la libertad que para ser posible debe ejercerse dentro de los límites que permitan la libertad de los demás y en armonía con los intereses generales de la colectividad.

Si el ordenamiento constitucional proclama los derechos fundamentales y las libertades del individuo que debe respetar el poder público, por otra parte señala a éste con singular énfasis precisas funciones para el gobierno de la Nación.

En la Constitución colombiana si la autoridad está obligada a proteger los derechos fundamentales del individuo; además debe "asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares". Al presidente corresponde como suprema autoridad administrativa "conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado". Estas atribuciones constitucionales de la autoridad, necesariamente encierran el poder de reglamentar y limitar el ejercicio de las libertades que reconoce la Carta, pero en armonía con los principios y finalidades que esta misma enseña.

La obligada conciliación de dos elementos en principio aparentemente opuestos, como son el ejercicio del poder público y el respeto de ciertos derechos y libertades que la Constitución como pacto primario reconoce a toda persona humana, la confrontación de intereses y objetivos que ella significa, ha dado lugar en el derecho público a la teoría conocida como "poder de policía", que pretende organizar conceptualmente la limitación de la libertad pero dentro de un marco jurídico que permita a la vez alcanzar los fines propios de la colectividad y los que pertenecen al individuo.

Esta teoría que aparece en el derecho público norteamericano en 1827, y se debe al juez Marshall, elaborada con la intención de regular todo el proceso de limitaciones de la libertad individual dentro del Estado, es explicable que en el derecho europeo y particularmente en el derecho francés se le haya circunscrito al estrecho concepto de "orden público" como noción material del orden y a las obligaciones de la autoridad administrativa para preservarlo y restablecerlo, porque en la tradición europea la ley se presume constitucional y no admite confrontación para establecer su armonía con las libertades individuales que proclama la Constitución.

Pero en Colombia, como en los Estados Unidos de Norteamérica, donde la Corte es juez constitucional y donde el extremo de las garantías individuales es el que más celosamente cae bajo su control en el examen de la ley, la teoría jurídica del poder de policía es necesaria y además la científicamente adecuada para encontrar a la autoridad del legislador límites razonables dentro del marco de la Constitución.

Algunos autores consideran que cuando el legislador interviene el ejercicio de las libertades individuales para señalarle condiciones, hace uso de la potestad legislativa y no del poder de policía. Esta conclusión no es estrictamente científica. La potestad legislativa como función reguladora general, debe ejercerse en desarrollo de las normas constitucionales y se apoya en sus disposiciones, está limitada por ellas y particularmente por las que proclaman las libertades y garantías de

la persona humana. La reglamentación y limitación de las libertades que puede hacer el legislador no emana de su potestad legislativa que es un medio para ejercer las funciones del Congreso, sino directamente de otras normas de la Carta, como la del artículo 16 que invisten a las autoridades de un poder general para ordenar y garantizar el ejercicio de los derechos individuales, proteger los intereses sociales y asegurar el desarrollo de la comunidad, que se expresa en el Congreso por medio de la ley y que la doctrina identifica como poder de policía. Este poder, por la propia naturaleza de sus funciones, corresponde al legislador y al ejecutivo. En el primero, en el Congreso, es un concepto que alcanza la plenitud de su significado. En el ejecutivo se restringe al mantenimiento del orden público, en sus tres dimensiones tradicionales de seguridad, tranquilidad y salubridad.

En su aspecto más amplio, la función de policía es la potestad del Estado para el ordenamiento de las actividades individuales a fin de garantizar el conjunto de elementos sociales necesarios al bienestar y desarrollo de todos los individuos y el libre desenvolvimiento de la actividad de cada uno, o como dice Fiorini: "la actividad estatal que tiende a regular el equilibrio necesario entre la existencia individual y el bien común cuando es perturbado" (Fiorini, Poder de Policía, Ed. 1963, Pág. 100).

Dentro de este criterio el concepto de orden público propio de la función policiva del Estado, para crearlo, mantenerlo o restablecerlo, es mucho más amplio, y comprende tanto la acción del legislador como la del ejecutivo, aunque la acción de uno y otro se desarrollen en órbitas distintas, según sus competencias constitucionales y en momentos y circunstancias diferentes. Lo que importa, empero, es que la función de policía se rija por los mismos principios jurídicos, con independencia de los órganos en que se origina.

"La regulación policial tiene por objeto la ordenación de los bienes comunes en su relación con las necesidades individuales, creando en consecuencia un orden general que se halla fuera de la órbita particular o privada. Esta regulación ordenada de las cosas comunes es lo que se llama el orden público. Este —el orden público— es consecuencia necesaria de la función de equilibrio que custodia la policía, pues la existencia jurídica de este orden tiene como necesario supuesto el ejercicio de la función policial.

"El orden público aparece como una consecuencia de la actividad legislativa fundamental del Estado que encarga sus funciones de custodiar y realizar a la administración pública. Sin una normación legislativa previa, que como consecuencia de ejecutar la ley fundamental establece el orden público de un Estado, jamás podría hablarse de su esencia jurídica. Sólo se concibe a la actividad de la administración pública en sus funciones policiales, cuando existe un orden público reconocido y establecido. Hacemos estas consideraciones, pues ciertos autores cuando definen a la policía como la mantenedora del orden público quieren referirse a la policía administrativa". (Fiorini, Poder de Policía. Págs. 102 y 103).

El concepto de policía del derecho público norteamericano como el "poder de promover el bienestar general público restringiendo y limitando el uso de la libertad y de la propiedad" según la definición de Finer (Teoría y práctica del gobierno moderno, Edic. 1964) y el del derecho francés que entiende por poder de policía solamente el administrativo y le señala la conservación del orden público, como "orden material y exterior considerado como un Estado de hecho opuesto al desorden, el Estado de paz opuesto al Estado de turbulencia" (Maurice Hauriou), no son opuestos sino complementarios, son dos etapas de la misma función.

"Confírmase entonces —dice Fiorini, ob. cit., pág. 108—, que lo único que distingue a estas dos clases de policía es el momento de su realización normativa dentro del orden lógico-jurídico que crea el Estado moderno. No existe entonces distinta clase de actividad policial sino una misma función que se expresa en forma distinta por el momento de concreción jurídica correspondiente a las normas. Lo esencial, lo que caracteriza a la policía se halla inmanente en cualquiera de las normas que la regulan, sean de la legislación, sean de la administración".

Aceptando un criterio integral de la policía como función independiente del órgano que la desarrolla, se alcanza mayor claridad científica para determinar las competencias propias del legislador y del ejecutivo.

En el derecho público colombiano, como principio general, al Congreso que tiene la potestad legislativa compete, dentro de la órbita constitucional, la reglamentación de las libertades, y eventualmente, la limitación para garantizar su ejercicio. En forma expresa, la regulación de ciertas libertades el constituyente la reserva a la ley pero en general la limitación de la libertad por vía reglamentaria es privativa del legislador, por ser de su competencia establecer el orden jurídico. La función de la autoridad administrativa la limita la Constitución (Art. 120, Ord. 7º), a "conservar en todo el territorio el orden público y a restablecerlo donde fuere turbado", o a la inspección de las "profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas" (Art. 39).

En el caso del legislador este poder de policía que permite a la ley entrar en el recinto de las libertades individuales es más amplio y tiene que ser más amplio, en su alta vocación de conciliar en el manejo de la cosa pública el interés de la comunidad con las conductas individuales. Su finalidad no es solamente la de establecer y preservar el orden jurídico, la de adoptar las normas necesarias al mantenimiento del orden económico y social de la Nación, sino todas las medidas conducentes a la estabilidad, fomento, desarrollo y defensa de su economía y del bienestar colectivo e individual de sus habitantes.

El poder de policía de las autoridades administrativas está circunscrito a la conservación y restablecimiento del orden público, concebido en las tres dimensiones que señala la doctrina jurídica, de tranquilidad, salubridad y seguridad públicas, orden que es una resultante del ordenamiento jurídico creado por el legislador. Este poder de policía

de la administración tiene como sentido profundo el de garantizar el ejercicio de las libertades públicas dentro del marco de la Constitución y la ley y el de tomar todas las medidas conducentes a esta finalidad.

El ejercicio del poder de policía se desarrolla paralelamente a la organización constitucional y administrativa de la Nación. En principio el legislador es la única autoridad calificada para determinar el régimen jurídico de las libertades. Por facultad constitucional las asambleas desarrollan y complementan la ley y regulan la policía local en todo aquello no reglamentado por el legislador. A su vez por atribución legal, los concejos dentro del territorio municipal ejercen el poder de policía. Estas disposiciones de tipo reglamentario integran en orden jerárquico el sistema normativo permanente de las libertades públicas.

Por otra parte, al presidente le corresponde conservar en todo el territorio el orden público y consecuentemente a sus agentes, gobernadores o alcaldes, en sus respectivas jurisdicciones. En este carácter las autoridades administrativas tienen al mismo tiempo competencia para reglamentar las normas de policía que deben aplicar y el de tomar las medidas de carácter jurídico y de hecho encaminadas al mantenimiento del orden público. La primera es una facultad supeditada a la norma que se ejecuta; la segunda, es un poder autónomo que le corresponde a la administración como responsable del orden público.

El sistema constitucional supone que en materias de policía el legislador expida los reglamentos nacionales que le corresponden, lo que no ha sucedido hasta ahora, existiendo un gran vacío que llenar. De ahí la necesidad de que se dicte el Código Nacional de Policía, que a sugerencia de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, está contemplado en las facultades extraordinarias que se le otorgaron al Presidente de la República por la Ley 16 de 1968, sobre reforma judicial.

VI. Límites del poder de policía

La idea de la libertad como fundamento del orden jurídico y los fines del poder de policía en uno y otro órgano necesariamente marcan sus límites.

El legislador puede y debe organizar el ejercicio de las libertades dentro de los conceptos constitucionales de respeto a los derechos del individuo, obligaciones sociales del Estado y de los particulares, prevalencia del interés público sobre el privado, y observancia de las disposiciones procedimentales o sustantivas que la Carta establece como protección de la libertad.

Según la doctrina jurídica francesa acogida por nuestra jurisprudencia, "la policía administrativa tiene por fin mantener el orden público, previniendo las perturbaciones posibles por una adecuada reglamentación y reprimiendo las perturbaciones que se produzcan por la coerción, es decir, por un despliegue de fuerzas".

"Si bien es cierto —dijo la Corte, sentencia octubre 7 de 1936, ponente doctor Eduardo Zuleta Angel— que el Gobierno, de acuerdo con los poderes constitucionales que tiene, en orden al mante-

nimiento de la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, puede dictar reglamentos de policía y en ciertos casos excepcionales hacer cumplir sus órdenes por medio de la coerción, esos reglamentos y el uso de esa coerción están subordinados:

1º A la finalidad de la policía administrativa, que es la conservación del orden público, pero del orden exterior, material, no del orden en los sentimientos y en las ideas; 2º A la prohibición de emplear medios de policía, que aunque conducentes al mantenimiento del orden público, no sean admisibles, y ya por ser contrarios a la legalidad, ya por no estar autorizados por las leyes reglamentarias de las libertades públicas, cuya reglamentación incumbe al legislador, ya por no tener el carácter enteramente provisional y transitorio que deben tener esos medios por lo que respecta a la coerción; ya, finalmente, por implicar restricciones o limitaciones a las libertades públicas incompatibles con el espíritu de la Constitución y de las leyes”.

Armonizar el ejercicio del poder de policía que se traduce fatalmente en la limitación de las libertades con el respeto de éstas, es un problema de interpretación constitucional que no puede definirse sino frente a las necesidades públicas que se pretende proteger y del examen de los medios empleados para que resulten razonables y adecuados dentro del marco de garantías constitucionales que protegen a toda persona.

Dentro del marco constitucional y legal, el poder de policía del legislador y del ejecutivo puede desarrollarse en la medida que lo requieran la tranquilidad, la seguridad, el bienestar y el desarrollo de la Nación y con la amplitud necesaria que las circunstancias razonablemente exijan, pero sin que su ejercicio llegue a desconocer la existencia misma de los derechos individuales. La reglamentación de la libertad debe tener como exclusivo propósito el de hacer socialmente posible su ejercicio. Pero la necesidad del orden no puede servir de pretexto para sacrificar la libertad.

“El orden democrático, dice Burdeau (obra citada, Pág. 31), supone la existencia de las libertades y las utiliza. Hemos visto que es inexacto oponer libertad y reglamentación, y peligroso, porque el antagonismo supone restricciones y, de restricción en restricción se llega a la desaparición de la libertad. En realidad la democracia no podría, sin renegar de su principio, limitar las libertades, ella las utiliza. Qué quiere decir? Simplemente esto: que una reglamentación democrática propone a las actividades individuales fines conformes con la libertad contemplada en su ejercicio social. Cuando el código de la ruta decide que la circulación tenga lugar a la derecha, no paraliza la libertad de circular a la izquierda porque, socialmente, no es posible tener libertad de circular en los dos sentidos; él utiliza la libertad individual existente para introducirla en el cuadro de la vida social: no la mutila, la hace posible”.

“El derecho, por lo mismo que contempla los comportamientos sociales, integra la actividad individual en la vida colectiva; le

ofrece la posibilidad de existir, no en el mundo soñado sino en el mundo tal como es. Así hace el derecho las libertades. Los cuadros que les ofrece son también condiciones de su existencia, y "decir que la libertad tiene sus condiciones, no es negarla, ni disminuirla, sino definirla" (A. Sorel, *Nouv. essais de crit. et d'hist.*, 1898, Pág. 26). No se trata de saber si, sin régimen de derecho o de policía, la libertad sería más amplia y más cómoda porque, sin reglas no habría orden y, sin orden, no habría libertades. El orden democrático es un instrumento de las libertades precisamente porque organiza su ejercicio.

"Así como la reglamentación no se opone al derecho individual, el orden público no se opone a la libertad. Si esto es así es porque las libertades no son absolutas. En el momento en que ellas se integran en el orden jurídico positivo, su definición y su garantía están implícitamente subordinadas a las condiciones de este orden. En otros términos, ellas no son válidas sino en la medida en que su ejercicio no implica una violación del orden.

"En un régimen democrático sería una herejía el concebir el orden como un cementerio de las libertades cuando él no puede y no debe ser sino un arreglo de las libertades. La reglamentación no las asfixia sino las define. Y si finalmente no hay, sobre el plan del derecho, contradicciones entre el orden y la libertad, es porque no existen sino libertades definidas, es decir condicionadas por su uso social, por su utilización en el orden.

"Pero si las libertades deben ser concebidas en función del orden, el orden a su turno no puede comprenderse sino a través de las libertades cuyo ejercicio asegura. De esto resulta que no se sabría apreciar una medida de policía teniendo en cuenta solamente su utilidad para el orden. Es preciso considerar también la extensión del daño que ella cause a la libertad contemplada. El orden es un fin al que los medios no son indiferentes. Los gobernantes ni la administración deben olvidar que él se obtiene con las libertades, y que si, exteriormente, el orden se caracteriza por el resultado material que es la seguridad y la tranquilidad, jurídicamente se analiza por el equilibrio de las libertades. En este sentido el cuidado de la libertad es un componente del orden. Se puede decir sin paradoja, que la concepción del orden depende menos del resultado que se persigue que de la idea que se tiene de las libertades. Es por esto que las teorías políticas y sociales relativas a la libertad son de una importancia capital: ellas fijan toda la organización jurídica de la vida social que no es, en definitiva, sino la realización de las libertades".

Conclusiones

Sentadas las premisas generales que señalan la filosofía que se plasma en nuestro sistema constitucional y los principios doctrinarios que deben orientar el intérprete de los preceptos de la Carta, llega la Sala a las siguientes conclusiones:

a) Sobre los derechos humanos

El ordenamiento constitucional de la República tiene un preciso sentido de protección de los derechos fundamentales de la persona humana y de garantía de las libertades públicas que los protegen.

El concepto de derechos individuales y de libertades públicas no es sin embargo, absoluto, sino relativo al interés general, al bienestar y desarrollo de la comunidad y de cada uno de sus miembros dentro del concepto democrático de igualdad social. Al individuo corresponden deberes sociales que el Estado ha de hacer efectivos y la garantía del ejercicio de la libertad individual implica su reglamentación y limitación.

Si bien es cierto que de acuerdo con la Constitución los derechos y libertades individuales que consagra la Carta deben ejercerse en armonía con el interés social, que los condiciona y limita en su ejercicio, los principios en que se fundamenta nuestra organización política repudian la subordinación incuestionable del individuo a la sociedad y obligan a la preservación de la libertad individual como un factor esencial del orden jurídico.

La restricción de la libertad individual por necesidades de interés social o de orden público, está supeditada al concepto predominante en la Constitución de respeto a ciertos derechos esenciales a la persona humana y a la observancia de los procedimientos y competencias que garantizan al individuo imparcialidad y seguridad siempre que el interés privado deba ceder al público o social.

b) Sobre la protección constitucional de las libertades individuales.

En la Constitución colombiana los derechos y las libertades individuales que proclama la Carta en su título III no son una barrera infranqueable ante las conveniencias públicas.

Ellos ceden pero los caminos que la misma Constitución señala, para que el individuo al someter al interés de la comunidad sus más preciados bienes, la libertad, la intimidad de su domicilio y su correspondencia, la propiedad y demás prerrogativas que se le reconocen como persona humana, se sienta protegido por la ley como expresión de la voluntad popular, por la independencia de la autoridad que la aplica y por los procedimientos que garanticen su defensa.

Es en esta intención doctrinaria e institucional donde debe buscarse el sentido verdadero de la división de las funciones del poder público en diferentes órganos y el de la mención que preceptos constitucionales del título III hacen de la "autoridad judicial", o de la "autoridad competente".

La interpretación de estos preceptos constitucionales, como de toda disposición constitucional, no puede empobrecerse sometiéndola al mezquino cerco de su expresión gramatical. No todo el derecho está en la norma. Esta que es una verdad elemental en todos los planos del ordenamiento jurídico, es inexorable realidad en el sistema constitucional de una Nación.

Más allá del texto aislado está el conjunto de las disposiciones de la Carta y sobre ellas las fuentes filosóficas y doctrinarias que inspiraron al constituyente en la intención de crear un instrumento idóneo para gobernar dentro de los mismos conceptos políticos una sociedad que evoluciona.

La norma constitucional de separación de funciones es uno de aquellos principios que domina toda la estructura del sistema de gobierno de la Nación. Históricamente se le concibe como un recurso contra el despotismo, dentro de la técnica jurídica es un precioso medio para garantizar el Estado de derecho y su observancia idea preponderante en la protección de las libertades individuales.

El artículo 58 de la Carta dispone que la "Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito y demás tribunales y juzgados que establezca la ley, administrarán justicia"; lo que significa que la función jurisdiccional del Estado está reservada a los jueces.

El ejercicio de la función jurisdiccional con las finalidades que le son propias en el sistema democrático, requiere además la independencia del juez ante los otros órganos del Estado y ante sus superiores jerárquicos, para llevar al sentimiento ciudadano la seguridad de la protección de la ley y al de los litigantes el de la imparcialidad de las decisiones.

Si la Constitución rodea al juez de tanta independencia, es precisamente para que sea el único que con plena confianza de la comunidad pueda arbitrar las desavenencias privadas y los conflictos entre el Estado y los particulares, y sea también el único que pueda privar al individuo, salvo excepciones constitucionales muy precisas, de los derechos fundamentales a toda persona humana que la propia Constitución garantiza, y en los casos y por los procedimientos que señale la ley.

Entre más independiente sea el juez encuentran mayor protección los derechos fundamentales de la persona y la opinión mayor número de razones para confiar en las decisiones de la justicia y respetarlas.

Es en la separación de funciones que reservan al juez el poder jurisdiccional de la autoridad, y en su independencia, donde la teoría política y la técnica legal hallan la verdadera garantía de la libertad del individuo.

En estos principios que son fundamentales en todos los pueblos civilizados se inspira nuestra Constitución y ella los traduce en normas positivas.

Las garantías constitucionales de la libertad condicionan el ejercicio del poder de policía asegurando que la finalidad será cumplida no sólo por la autoridad competente y con observancia de los procedimientos que señala la Carta, sino por medios compatibles con el respeto de los derechos esenciales de la persona humana, para que al reglamentar su ejercicio no se incurra en su eliminación.

c) Sobre la inviolabilidad de la correspondencia

El derecho a la intimidad es uno de los que con mayor celo y sabiduría protege nuestro sistema constitucional (artículos 23 y 38 C. N.); en su garantía orgánica el constituyente se guía por el concepto tradicional de que la libertad individual corre menos riesgo cuando su guarda se confía a jueces "profesionalmente calificados y moralmente independientes".

Este derecho, en sus dos aspectos esenciales, la inviolabilidad de domicilio y el secreto de la correspondencia y papeles privados, además de su garantía constitucional encuentra protección de la ley en el Código Penal, artículo 302, 303, 304 y 305.

El artículo 38 de la Carta consigna la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los telégrafos y correos. Además dispone que "las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley con el único objeto de buscar pruebas judiciales" (subraya la Sala).

El mismo ordenamiento constitucional establece una sola excepción muy precisa y concreta: para tasar los impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos.

Sobre los derechos que consagra la norma comentada deben reternerse dos conceptos que ilustran su significación y señalan su naturaleza:

El primero lo expresa así Burdeau (Ob. Cit. Pág. 163):

"Si hay un derecho inscrito en la naturaleza del hombre, es bien aquél de hacer de su casa y de su correspondencia un lugar de delectación y de paz".

El segundo es la condición de derecho fundamental absoluto que garantiza la inviolabilidad de la correspondencia, derecho cuyo contenido no se desprende de la ley ni se "garantiza con arreglo a las leyes" y en el que solamente puede penetrar la ley por vía de excepción y con una finalidad previamente señalada en la propia Carta.

La inviolabilidad de la correspondencia encuentra como todos los derechos y libertades públicas limitaciones, pero fuera del caso previsto en el mismo precepto constitucional, sobre tasación de impuestos e intervención del Estado, las limitaciones están reservadas a la ley y restringidas exclusivamente a la represión de los delitos por el órgano jurisdiccional "con el único objeto de buscar pruebas judiciales", es decir, las que decreta un juez (Art. 58 C. N.).

A los funcionarios administrativos en ningún caso les reconoce la Carta atribución para interceptar y registrar la correspondencia privada. La Constitución solamente los autoriza para exigir la presentación de los libros de contabilidad y comprobantes anexos en diligencias de tasación de impuesto o de intervención del Estado. (Art. 32 C. N.) con las finalidades señaladas en este precepto.

d) Sobre el Decreto-ley 444 de 1967

Las funciones que el Decreto-ley 444 de 1967 le atribuye a la Prefectura de Control de Cambios, artículo 217, son de mera pesquisa y averiguación administrativa para "comprobar que ha habido violación de disposiciones sometidas a su vigilancia", y en tales casos imponer multas mediante actos que están sometidos al control de los tribunales contencioso administrativos. El mismo decreto (Art. 217, ordinal c) dispone que, cuando de lo actuado aparezca la posible comisión de un delito, su conocimiento corresponde a los jueces penales. Según esté precepto legal los funcionarios de la Prefectura no conocen de los delitos, ni tienen la calidad de jueces de instrucción, ni competencia para instruirlos.

Si la correspondencia y los papeles privados, no pueden interceptarse y registrarse sino por mandato judicial cuando la comisión de un delito desata la actividad represiva del Estado, resultaría a todas luces inconstitucional que derechos de tanta entidad como los que protege el artículo 38 de la Carta, pudieran desconocerse por un funcionario administrativo, no ya para investigar un delito sino para averiguar si se ha cometido. Sería ignorar el propósito y el alcance de la protección constitucional a la intimidad de la persona.

En el sistema constitucional colombiano la función permanente de administrar justicia corresponde a los jueces (Art. 58) y "a los funcionarios del Ministerio Público..." perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social" (Art. 143). La actividad represiva del Estado debe ser desarrollo de estos dos principios constitucionales.

Los funcionarios administrativos pueden intervenir en la instrucción-criminal cuando la ley les haya asignado esta tarea. No obstante, la observancia estricta de los principios y preceptos constitucionales que establecen la separación de funciones, y la garantía de las libertades públicas, determinan que cuando en la investigación de los delitos deban tomarse decisiones que las afecten tales como la detención preventiva, el embargo de bienes, el allanamiento de domicilio u otras similares, o deban practicarse pruebas que por exigencia constitucional requieran orden judicial, unas y otras deben ser adoptadas por funcionario con categoría de juez de la República y con competencia para dictarlas o bajo su inmediato control. La práctica contraria que en estas materias ha tolerado el país, por inveterada y general que sea, no purga estos procedimientos del vicio de inconstitucionalidad.

Si razones de conveniencia general para proteger la integridad monetaria del país, justifican la limitación del comercio de oro y de divisas extranjeras, y actividades anteriormente lícitas dejan de serlo, puede el legislador o el Gobierno en uso de facultades extraordinarias, como es el caso, crear los organismos que administren y vigilen el sistema de control, pero en este campo no puede señalar a los funcionarios respectivos atribuciones propias de los jueces conforme al sistema de separación de funciones que establece la Constitución para el ejercicio del poder público.

Si lo dispuesto por el Decreto-ley 444 de 1967, artículo 217, ordinal c), se interpretara en el sentido de que un funcionario administrativo

puede interceptar y registrar la correspondencia privada confiada a los Correos Nacionales, la norma resultaría ostensiblemente inconstitucional, además de opresiva como medio de sanción legal, como lo es a juicio de la Sala la atribución que la disposición comentada le confiere a los funcionarios de la Prefectura para penetrar en el domicilio privado de las personas en busca de pruebas, sin que exista proceso penal ni orden previa del juez competente.

Estos procedimientos investigativos además de inconstitucionales aparecen excesivos para el fin que se proponen, esencialmente de valor transitorio, como es el relacionado con el control del comercio de divisas internacionales, y como medio de pesquisa administrativa repugnan a la tradición democrática del país.

Encuentra en consecuencia la Sala fundada en la Constitución y en las leyes de la República la negativa del señor Ministro de Comunicaciones a entregar a la Prefectura de Cambios para su revisión, cierta correspondencia privada confiada a los Correos Nacionales.

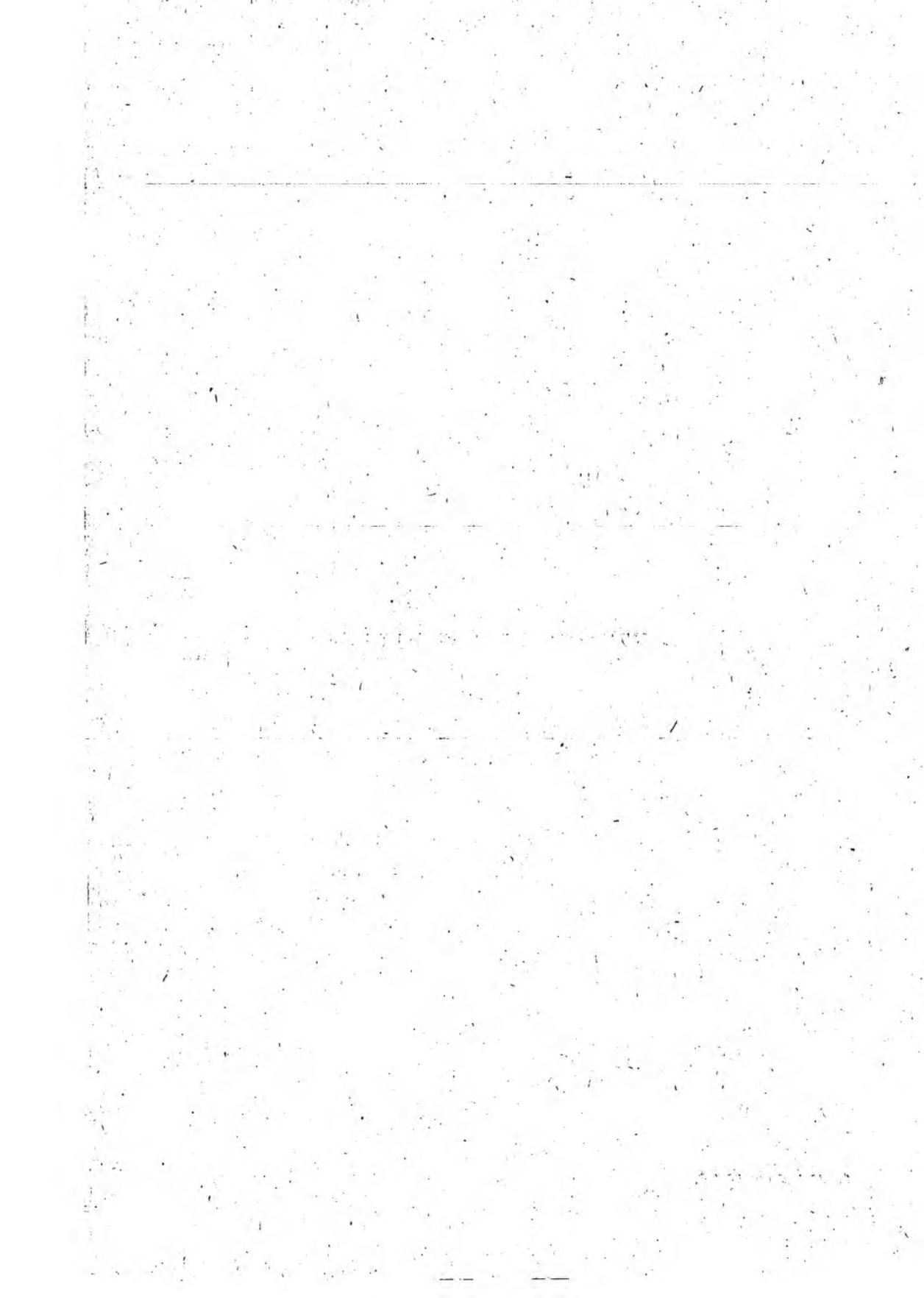
En los términos anteriores se responde la consulta formulada.

Transcribese al señor Ministro de Comunicaciones.

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

Edné Cohen Daza, Secretaria.

REVISION DE CONTRATOS



REVISIÓN DE CONTRATOS.— Que requieren otorgamiento de escritura pública. El Consejo de Estado, cuando se trata de contratos que requieran el otorgamiento de escritura pública, lo que revisa es el contrato de promesa respectivo, pues de otra suerte la revisión recaería sobre un contrato ya perfeccionado, con lo cual se desvirtuaría la finalidad de tal revisión. Por otra parte, tampoco revisa el Consejo de Estado contratos que el Gobierno celebra sin previa autorización del Congreso (Ord. 16 del Art. 76 de la Constitución Nacional), pues el objeto de la revisión es precisamente establecer: si el contrato se ajusta a “la autorización legal en virtud de la cual se celebra, la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen, el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal” (Art. 246 del C. C. A.).

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Bogotá,
D. E., octubre 31 de mil novecientos sesenta y ocho.

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

Ref.: Contrato. Expediente N° 260.

El señor Contralor General de la República, con oficio de fecha 16 de septiembre, devolvió sin refrendar con su firma al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, “los pagarés por valor de US \$ 40.677.360.85 emitidos de conformidad con el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y la Compañía Colombiana de Electricidad, según escritura pública N° 2210 de 4 de junio de 1962 ante el Notario 7° de este Circuito, por advertir la Contraloría que al mencionado contrato le falta el requisito esencial a su formación, consistente en la revisión del honorable Consejo de Estado”. En vista de esta situación, el señor Ministro citado, en oficio fechado el diez de los corrientes, remitió al Consejo el contrato referido con sus documentos pertinentes.

Estudiado el expediente por la Sala, observa:

El contrato de compraventa de bienes raíces se perfecciona con el otorgamiento de la escritura pública en que se hace constar, según el artículo 1857 del Código Civil. Teniendo en cuenta esta consideración y para que pudiera surtirse la tramitación administrativa a que previamente deben sujetarse los contratos que se celebren en nombre del Estado, el Decreto 427 de 1936 en su artículo 2° dispuso que respecto de aquellos “que por su naturaleza requieran el otorgamiento de es-

critura pública registrada, antes de proceder a extender ésta, se celebrará un contrato privado de promesa de contrato en el cual consten todas las condiciones del respectivo negocio, conforme lo previene el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. Esta promesa de contrato será la que debe someterse a la correspondiente tramitación administrativa, verificada la cual y aprobados sus términos se procede al otorgamiento de la escritura pública, que convierte en contrato firme el contrato prometido”.

La norma que se acaba de transcribir estaba incorporada en un decreto reglamentario, del cual fue autor el doctor Jorge Soto del Corral como Ministro de Hacienda y Crédito Público, mas fue reproducido después en el artículo 3º del Decreto legislativo 2927 de 1954 que conserva su fuerza legal por virtud de la Ley 141 de 1961.

Lo antes expuesto sirve para demostrar que el Consejo de Estado, cuando se trata de contratos que requieran el otorgamiento de escritura pública, lo que revisa es el contrato de promesa respectivo, pues de otra suerte la revisión recaería sobre un contrato ya perfeccionado, con lo cual se desvirtuaría la finalidad de tal revisión.

Según la Constitución Nacional el Gobierno puede celebrar contratos mediante autorización concedida por el Congreso (ordinal 11, artículo 76), o con la aprobación posterior de ésta cuando no exista la autorización previa (ordinal 16, artículo 76). El primer sistema exige la revisión del contrato celebrado, por el Consejo de Estado, para establecer: si el contrato se ajusta a “la autorización legal en virtud de la cual se celebra, la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen, el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal” (artículo 246 del C. C. A.). El segundo sistema no exige la revisión del Consejo de Estado porque se refiere precisamente a contratos que el Gobierno celebra sin autorización y por ello los pasa al Congreso para que los apruebe.

Según las constancias que obran en el expediente, el Gobierno Nacional celebró con la Compañía Colombiana de Electricidad un contrato de promesa de compraventa de todos los bienes muebles e inmuebles de ésta, situados en el territorio nacional, contrato que fue sometido al Congreso y que éste, mediante la Ley 13 de 1962, autorizó celebrar de acuerdo con los términos de la promesa cuyo tenor se insertó dentro del artículo 1º de la dicha ley. En la cláusula decimoséptima, con el título “requisito de la legalización”, dijo el contrato de promesa inserto en la ley y que hace, por tanto parte de ella:

“El Contrato que se celebre en cumplimiento de la presente promesa, requiere para su validez la expedición por el Congreso Nacional de la correspondiente ley que la apruebe, y la posterior aprobación del mismo por el señor Presidente de la República, previo concepto favorable del Consejo de Ministros. Si dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la firma de esta promesa no se hubiere expedido la ley de aprobación, quedará sin efecto alguno salvo lo que en contrario acuerden las partes. Dentro de los treinta (30) días siguientes

tes a la aprobación que le imparta el señor Presidente de la República, se elevará a escritura pública el respectivo contrato de compraventa con sus anexos y constancias del trámite cumplido para la validez del mismo, utilizando los servicios de la notaría de Bogotá que indique el Gobierno”.

Según esto, el Congreso Nacional aprobó, por medio de una ley, el contrato de promesa de compraventa lo cual bastaba para prescindir de la formalidad de la revisión por el Consejo de Estado, y de ahí que no se exigiere ésta entre los requisitos de legalización del contrato prometido, en la referida cláusula decimoséptima.

Lo expuesto es suficiente para concluir que el mencionado contrato no es revisable por el Consejo de Estado. En consecuencia, devuélvase al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese.

Alejandro Domínguez Molina, Guillermo González Charry, Alberto Hernández Mora, Blas Herrera Anzoátegui, Conjuez.

Edné Cohen Daza, Secretaria.

SEGUNDA PARTE
FUNCION JURISDICCIONAL

TITULO I
ORDEN NACIONAL

CAPITULO PRIMERO
JUICIOS DE MINAS Y PETROLEOS

JUICIO ORDINARIO DE MINAS

RESERVA NACIONAL.— Gas carbónico.—No se encuentra en nuestra legislación disposición alguna que establezca como “reserva nacional” las emanaciones que contienen gas carbónico, y por tanto no son de aplicación a estos casos las normas pertinentes del Decreto 805 de 1947.

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

(Consejero ponente: **Doctor Carlos Portocarrero M.**)

Ref.: Expediente N^o 788. Ordinario. Actor: Rumigas — Fernando Pérez Pallares — Sucesores.

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto la sociedad “Rumigas Limitada — Fernando Pérez Pallares — Sucesores” por medio de apoderado presentó demanda, “para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan en sentencia definitiva las siguientes declaraciones:

“**Primera.** Que la propuesta de concesión formulada por el doctor Adán Arriaga Andrade al Ministerio de Minas y Petróleos, con fecha 23 de julio de 1949, para la explotación de gas carbónico (anhídrido carbónico), con fundamento en el artículo 4^o, ordinal c), artículo 110 del Código Fiscal y los pertinentes de la Ley 85 de 1945 y Decreto número 805 de 1947, la que fue aceptada por dicho Ministerio por Resolución número 700 de 22 de septiembre de 1949, en cuanto ella comprende los terrenos de propiedad de la sociedad, de la finca denominada “Rumichaca”, es inoperante, porque el gas carbónico no puede catalogarse como mina o yacimiento de metal o sustancia mineral no metálica de la reserva nacional.

“**Segunda.** Que el gas carbónico existente en el terreno Rumichaca de propiedad de la sociedad “Rumigas Limitada — Fernando Pérez Pallares — Sucesores”, ubicado en el municipio de Ipiales, por los linderos determinados en los hechos de esta demanda, resulta de la acción volcánica andesítica pasada (terciario superior o cuaternario), por tratarse de un gas puro y se de-

riva de la roca andesítica misma, es decir, como sobrante del enfriamiento lento de ella en el subsuelo y no se deriva del contacto de la masa andesítica ígnea con roca caliza o de carbón, porque de este contacto se produce gas carbónico impuro.

“Tercera. Que consecuentemente a la anterior declaración, el gas carbónico puro existente en el subsuelo de la finca denominada Rumichaca, de propiedad de la sociedad demandante, por los linderos determinados en la petición cuarta de esta demanda, no es de reserva nacional, porque aparte de ser el gas carbónico una sustancia no catalogada por la legislación vigente como de reserva nacional, la legislación del Estado Soberano del Cauca, del cual formó parte el actual territorio del departamento de Nariño, cedió en propiedad el subsuelo al propietario de la superficie mediante la Ley 59 de 25 de octubre de 1873, con sólo las limitaciones expresadas en el artículo primero de dicha ley.

“Cuarta. Que pertenecen a la sociedad “Rumigas. Limitada Fernando Pérez Pallares—Sucesores”, con domicilio en la ciudad de Ipiales, constituida por escritura pública número 919 de 17 de septiembre de 1949, de la Notaría 2ª del Circuito de Ipiales, los depósitos de gas carbónico (anhídrido carbónico) existentes en la finca denominada “Rumichaca” de propiedad de la citada sociedad, finca ubicada en jurisdicción del municipio de Ipiales, con una cabida de tres (3) hectáreas cuatrocientos ochenta y nueve (489) metros cuadrados y comprendida por estos linderos: tomando como punto de partida el puente denominado “Rumichaca”, por el pie limita con el río “Carchi”, aguas arriba, hasta encontrar las propiedades de Moisés Recalde; por el costado izquierdo, con propiedades de Moisés Recalde, tapias y zanja al medio, luego con terrenos de Arsenio Terapuez y de Amelia Quenguan, zanjas al medio; por la cabecera con terrenos de propiedad de Amelia Quenguan hasta encontrar la carretera que de Ipiales conduce al Ecuador, zanjas en toda su extensión, por medio; y por el costado derecho, con terrenos de varios propietarios, la carretera que de Ipiales conduce al Ecuador por medio, hasta llegar al puente Rumichaca, punto desde donde se inició la alinderación; y,

“Quinta. Que en caso de oposición, por parte del doctor Adán Arriaga Andrade, se lo condene al pago de las costas procesales”.

Los hechos que dieron lugar al ejercicio de la acción, pueden resumirse así:

1º El doctor Adán Arriaga Andrade formuló ante el Ministerio de Minas y Petróleos la correspondiente propuesta de contrato para la exploración y explotación de gas carbónico en una extensión de terreno de 170 hectáreas, ubicado en el municipio de Ipiales, departamento de Nariño.

2º Por encontrarse dentro del perímetro de la concesión solicitada el terreno denominado “Rumichaca”, de propiedad de la sociedad demandante, ésta, dentro del término legal correspondiente, formuló oposición a la concesión.

3º El Ministerio de Minas y Petróleos admitió la oposición formulada y remitió las diligencias al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto para que allí se decida "previa la formalización de que trata el artículo 3º de la Ley 85 de 1945 y mediante un juicio ordinario de mayor cuantía, si pertenece al Estado o a la sociedad Rumigas Limitada, con domicilio en Ipiales, los depósitos o yacimientos de gas carbónico (anhídrido carbónico) encerrados por los linderos de la finca "Rumichaca" situada en jurisdicción de Ipiales, departamento de Nariño".

4º La sociedad actora fue constituida por escritura pública Nº 919 de 17 de septiembre de 1949, según certificado de la Cámara de Comercio de Pasto y es propietaria de la finca denominada "Rumichaca", según los títulos que en su oportunidad fueron presentados.

5º El gas carbónico existente en la finca "Rumichaca" de propiedad de la sociedad "Rumigas Limitada" resulta de la acción volcánica andesítica pasada (terciario superior o cuaternario) por tratarse de un gas puro y se deriva de la roca andesítica misma, es decir, como sobrante del enfriamiento lento de ella con el subsuelo y no del contacto de la masa andesítica ígnea con roca caliza o de carbón, porque de ese contacto se produce gas carbónico impuro.

6º El gas carbónico (ya sea puro o impuro) no ha sido objeto de reserva nacional, de acuerdo a la legislación de la República de Colombia.

7º Todas las sustancias que se encuentran en el subsuelo, dentro del territorio que formó parte del Estado Soberano del Cauca, con las excepciones que ha hecho la ley, entre las cuales no figura el gas carbónico, pertenecen al propietario de la superficie, porque así lo determinó la Ley 59 de 26 de octubre de 1873 del dicho Estado Soberano y lo confirma el numeral 3º del artículo 1º del Código de Minas, vigente en el territorio de la Nación.

8º La finca "Rumichaca", ubicada en el municipio de Ipiales, por los linderos determinados en el plano y en el punto cuarto de estos hechos, ha sido poseída por la sociedad "Rumigas Limitada — Fernando Pérez Pallares — Sucesores" y por sus tradentes desde tiempos inmemoriales, pacífica y tranquilamente, bajo una explotación económica y racional.

El demandante, después de hacer un breve resumen histórico de la legislación minera en Colombia termina diciendo:

"El artículo 4º del Código Fiscal vigente (Ley 110 de 1912), enumeró en sus apartes a), b), c), d) y e) otras clases de minas como bienes fiscales de la Nación. Y para el caso, como la concesión solicitada por el doctor Arriaga Andrade se funda en aparte c) de la disposición indicada, me permito transcribirlo:

"Las minas distintas de las mencionadas en el artículo 202 de la Constitución y en el aparte anterior de este artículo, como las de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, etc., descubiertas o que se descubran en terrenos baldíos y en los que con tal carác-

ter hayan sido adjudicadas con posterioridad al 28 de octubre de 1874 (sic), sin perjuicio asimismo de los derechos adquiridos por personas naturales o jurídicas'.

"La Ley 85 de 1945 expresa, que admitida una propuesta por el Ministerio del ramo para explorar y explotar yacimientos de metales preciosos, metales no preciosos o sustancias minerales no metálicas, de la reserva nacional, se seguirá el procedimiento que esa misma ley indica.

"Por la legislación esbozada a grandes rasgos, es incuestionable, que se trata de minas o mineras, de yacimientos de metales preciosos, metales no preciosos o sustancias minerales no metálicas, pero no de otras sustancias, como el gas carbónico, que bajo ningún aspecto se lo puede catalogar en las disposiciones legales que acabo de mencionar. Así pues, infortunada, por decir lo menos, es la solicitud de concesión que formuló el doctor Arriaga Andrade ante el Ministerio, el cual no hizo un estudio, como debió hacerlo, para llegar a la conclusión de que no se trataba de un depósito de reserva nacional, ni menos podían ser aplicables las disposiciones invocadas en la solicitud como de derecho sustantivo y de procedimiento.

"Por lo dicho, de manera inconfundible, se desprende que la solicitud de concesión, es inoperante tanto en sus fundamentos de derecho como en su procedimiento.

"En ninguna parte de la legislación colombiana he encontrado, como no la encontrará ese honorable Tribunal Superior, disposición que determine que los depósitos de gas carbónico pertenecan a la Nación como reserva que hubiese hecho de tales depósitos. En esas circunstancias ellos son de propiedad del dueño del terreno, del propietario de la superficie, porque tiene aplicación estricta el principio consignado en la Ley 59 de 1873 del Estado Soberano del Cauca".

Tramitado el juicio el a quo dictó sentencia, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"I. Absuélvese a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

"II. Una vez en firme esta sentencia, vuelva el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos para lo de su cargo.

"III. Costas de primera instancia a cargo del demandante".

De este fallo apeló el representante de la parte actora y el negocio pasó a la Corte Suprema de Justicia en donde se le dio el trámite correspondiente, hasta citar a las partes para sentencia. En este estado entró en vigencia el Decreto 528 de 1964 y el expediente fue remitido por competencia al Consejo de Estado. Repartido a la Sección I, allí se resolvieron algunos incidentes propuestos por el apoderado de la parte demandante; habiendo entrado en vigencia el acuerdo 01 de 1967, el negocio pasó a la Sección III y repartido nuevamente el 9 de marzo de dicho año.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se entra a resolver en el fondo, previas las siguientes consideraciones:

El fallo de primera instancia, para negar las súplicas de la demanda se fundamentó: 1º En que el gas carbónico es una sustancia mineral y por consiguiente las "mofetas" de donde se toma son una mina; y 2º En que la parte actora no demostró que los terrenos que dice ser de su propiedad hubieran salido del patrimonio del Estado con anterioridad a octubre de 1873.

En la segunda instancia al alegar de conclusión el apoderado de la compañía actora hace especial hincapié en el dictamen pericial rendido por tres expertos en ingeniería y geología. Dice en una parte de su escrito:

"Aún más: los expertos, a través de su cuidadoso y bien fundado estudio demuestran, inclusive recurriendo a los gráficos con que ilustran su dictamen, que la captación del gas carbónico utilizado por mi mandante "no puede considerarse como mina" sino que los yacimientos minerales en que se origina la mencionada sustancia pertenecen al subsuelo de la República del Ecuador, lo que conlleva un delicado problema sobre la competencia de la jurisdicción colombiana para decidir cualquier aspecto legal en relación con tales yacimientos y con las sustancias de cualquier naturaleza que en ellos tengan origen.

"Con base en este hecho propongo la excepción de incompetencia de jurisdicción pues considero que la justicia y la ley colombianas tienen como límites naturales de su operancia los mismos límites geográficos de la República.

Este medio exceptivo, como es obvio, apenas habrá de examinarlo la honorable Corte en caso de que llegare a encontrar viable la acción pero la prosperidad de ésta se enerva ante la sola circunstancia de que no es posible aplicar la legislación minera a lo que científicamente no es una mina, sino un fluido aeriforme, que no forma parte del subsuelo del cual se separa por cauces naturales o artificiales".

El señor Procurador Primero Delegado en lo Civil "por considerar que el gas carbónico como mineral pertenece a la reserva del Estado, y por cuanto en este juicio no se acreditó que los terrenos en donde existen los yacimientos del elemento mencionado salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873", solicita sea confirmada la providencia recurrida.

De lo hasta aquí expuesto se deduce que lo primero que debe estudiarse es si el "gas carbónico" puede o no calificarse de "gas natural", si es o no un mineral o sustancia mineral, y si las "mofetas" de donde aquél se capta caben o no dentro de la definición de "mina". De llegar a una conclusión en el sentido afirmativo, lo segundo a estudiar sería lo relacionado con la propiedad del subsuelo, para lo cual se impone analizar la titulación traída al expediente por la compañía demandante, teniendo en cuenta nuestra legislación minera.

Pero si la conclusión al primer aspecto planteado fuere negativa, es decir, que ni el gas carbónico cabe dentro de la definición de "gas natural", ni es un mineral o sustancia mineral, ni las "mofetas" pueden considerarse como "mina", no hay lugar al estudio de los títulos, por cuanto la explotación y aprovechamiento del anhídrido carbónico no está regulada por el Código de Minas.

En el fallo recurrido se considera al gas carbónico como "gas natural" y se sostiene que es un derivado del carbón (fl. 69). Agrega más adelante, después de hacer un estudio sobre la legislación colombiana referente a las minas de carbón, que "se ve claramente el criterio uniforme de la Nación de constituir como reserva suya las minas o depósitos de carbón, criterio que por otra parte, viene de la legislación española de manera semejante, según también queda transcrito".

En seguida copia parte de un fallo de la Corte Suprema de Justicia sobre el alcance y contenido de "las reservas establecidas por la Ley 30 de 1903" y termina con el siguiente comentario a la referida sentencia:

"Si la Corte al interpretar las disposiciones antes citadas, tuvo asidero legal para afirmar, sostener y fallar que el petróleo estaba comprendido en la reserva nacional del Código Fiscal de 1873, aunque la Ley 30 de 1903 reconocía que el petróleo no fue incluido, con mayor razón el gas carbónico, en calidad de gas natural, siendo como es derivado del carbón o como llamó el artículo 939 del Código de 1873, anexidad, cuando, precisamente, las disposiciones del Código Fiscal referentes a minas de carbón se tomaron por la Ley 30 como tipo de reserva para aplicarlas a los depósitos de asfalto de cualquier clase, consistencia o color y a las de petróleos o aceite mineral de cualquier grado o clase y gas natural y a cualesquiera otros productos de la misma o análoga naturaleza, por la razón muy sencilla de que el carbón era materia mineral incluida dentro de las reservas de la Nación.

"De donde se deduce, por virtud de la Ley 30 de 1903, que el gas natural fue una reserva de la Nación desde el 28 de octubre de 1873.

"En la expresión genérica, gas natural, usada por la ley caben cualesquiera clase de gases producidos por la actividad volcánica, así como los hidrocarburos gaseosos destilados bajo condiciones naturales por los aceites acumulados en estratos porosos".

A lo anterior la Sala observa, en primer lugar, que el gas carbónico o anhídrido carbónico no puede considerarse como "gas natural" propiamente dicho.

La acepción corriente y técnica de "gas natural" —y ésta es la explicación de que la exploración, explotación y aprovechamiento de éste, lo contemple el Código de Petróleos— es la siguiente:

"Mezcla de hidrocarburos parafínicos de bajo peso molecular (metano, etano, propano y butano) con pequeñas cantidades de hidrocarburos más elevados, que frecuentemente contienen tam-

bién nitrógeno, dióxido de carbono, sulfuro de hidrógeno y ocasionalmente pequeñas cantidades de helio. El metano es casi siempre el constituyente más importante; se usa directamente como combustible o para la preparación de negro de humo, y como materia prima para la síntesis química del amoníaco, metanol, etanol, etc. Surge del suelo en algunos puntos de la tierra, en especial de los yacimientos petrolíferos" (Diccionario Enciclopédico Quillet).

Los expertos en su dictamen claramente rebaten lo dicho por el Tribunal, en los siguientes términos:

"En el caso que contemplamos es una fuente saltante, es decir, que sale por sí misma a la superficie, de agua caliente mineralizada y mezclada con anhídrido carbónico, es decir, es una típica mofeta. Estas emanaciones de anhídrido carbónico son de origen magmático, y se caracterizan porque tienen poco calcio y sílice; grandes cantidades de anhídrido carbónico y a veces ácido sulfídrico, y cantidades pequeñas de boro, flúor, yodo, arsénico, etc. (Lindgren Ob. Cit. Pág. 53). Respecto al origen del agua de estas fuentes, como la de "Rumigas Ltda.", de acuerdo con los tratadistas, proviene de aguas del magma mismo o de aguas subterráneas que van hasta el magma profundo, o una mezcla de ambas".

Lo anterior se corrobora con el siguiente párrafo tomado del "Tratado de química orgánica" por el profesor Torres González, catedrático de la Facultad de Farmacia de Madrid:

"El metano y sus homólogos gaseosos, son los componentes del llamado "gas natural" que se desprende espontáneamente en los terrenos petrolíferos, pero a veces también en otros lugares. El gas natural, mezcla de composición variable, no puede tomarse en consideración para la obtención de cada uno de los términos de la serie que le componen. Utilízase como combustible en los países de origen, o en ellos se polimeriza industrialmente para transformarle en homólogos superiores, que son componentes de la gasolina o bencina".

No sobra agregar que, según el mismo profesor citado, "con el nombre de hidrocarburos se designan las combinaciones orgánicas que están compuestas exclusivamente de los elementos carbono e hidrógeno" y que el "gas natural" está comprendido entre los "hidrocarburos saturados".

No sobra agregar —y ya para terminar este aspecto de la cuestión planteada— que los peritos, en el dictamen a que anteriormente se hizo referencia, se expresan en los siguientes términos en relación con el "gas natural":

"En la página 69 del expediente, líneas 18 a 26 (se refieren los expertos al fallo recurrido), trae una definición de gas natural tomada del Diccionario Tecnológico de Chambers, con la cual no estamos de acuerdo, ya que se ha conocido y se conoce como gas natural a una mezcla de hidrocarburos con exclusión de todo otro gas (el subrayado es de la Sala), a menos que esté presente can-

tidades mínimas, consideradas como impurezas. G. M. Rice, en su Dictionary of Geological Terms, Pág. 148. (Edward Brothers Inc. Ann Arbor Michigan, 1941), trae la siguiente definición: 'Gas, natural. Compuestos de hidrocarburos gaseosos de origen orgánico, y usualmente asociados más o menos íntimamente con el petróleo', (Cox-Dake and Muilemburg)" (fl. 24 vto. cuaderno N° 11).

Y más adelante agregan los mismos peritos:

"Del 'Informe sobre gas carbónico', publicado por el doctor Silvano Uribe en el número 29 del Boletín de Minas y Petróleos, Pág. 7, agosto de 1956, tomamos el siguiente párrafo: 'Los hidrocarburos que acompañan al petróleo crudo, con (sic) todos en su estado físico y gaseoso y reciben la denominación de gas natural que puede presentarse seco o húmedo' (lo subrayado es del autor de dicho informe). Por las anteriores consideraciones y a pesar de la definición de Chambers, consideramos que el gas carbónico o anhídrido carbónico o bióxido de carbono o dióxido de carbono (CO₂), no puede quedar comprendido en la denominación de gas natural, que los tratadistas modernos y el uso han reservado para los hidrocarburos gaseosos" (fl. 25 cuaderno N° 11).

Todo lo hasta aquí expuesto lleva a concluir que cuando la ley habla de "gas natural" se está refiriendo sin lugar a duda a "hidrocarburos saturados" (metano, propano, etc.) y en ningún caso al anhídrido carbónico cuya fórmula química —como puede verificarse en cualquier libro sobre la materia es totalmente diferente a aquéllos. Tan cierto es esto, que el estudio del "gas natural", su composición y obtención se encuentra únicamente en los tratados de química orgánica.

Descartado el supuesto de que el anhídrido carbónico pueda calificarse como "gas natural", cabe ahora preguntar: es o no un "derivado del carbón" como lo sostiene la sentencia recurrida? En el caso presente la respuesta debe ser también negativa por las razones que a continuación se exponen.

Sabido es que el gas carbónico, llamado también anhídrido carbónico o dióxido de carbono o ácido carbónico se encuentra libre en el aire en una proporción de 0.03%; que proviene principalmente de la respiración de las plantas y de los animales y de la descomposición de los mismos; de la combustión de los hidrocarburos y sustancias carbonadas y también de los volcanes. Su obtención en el laboratorio se consigue por acción del ácido clorhídrico sobre fragmentos de mármol o de piedra caliza, elementos éstos que están constituidos por carbonato de calcio. Pero el caso que se viene estudiando no tiene relación alguna con los que se acaban de enumerar.

En efecto: en el dictamen pericial que obra a folios 47 y 47 vto. del cuaderno N° 8 se lee lo siguiente:

"El alto contenido de CO₂ (gas carbónico) en las emanaciones gaseosas de Rumichaca demuestra que éstas se derivan de la masa andesítica como sobrante del enfriamiento lento de ella en el subsuelo; c) La circunstancia de que las emanaciones gaseosas presen-

tan un alto contenido (96.4%) de gas carbónico y el hecho de que en el sur de Colombia no existen yacimientos de carbón ni hay formaciones calcáreas en las proximidades de Rumichaca, corrobora la aseveración hecha en el punto b) de que las emanaciones gaseosas de Rumichaca provienen de la roca andesítica misma y no del contacto de ésta con mantos de carbón o de caliza, puesto que entonces el análisis acusaría la presencia de metano, de sulfuros o de compuestos de calcio y potasio; d) Existen en la región porosos formados por cenizas volcánicas del tipo de piedra pómez, superpuestos por mantos arcillosos impermeables. Las emanaciones gaseosas bien han podido acumularse en los mantos porosos quedando allí atrapadas porque los mantos impermeables no les permiten la salida, o bien pueden estar brotando a medida que se desprenden de la roca ígnea por medio de grietas que se extienden desde ella hasta la superficie; e) Las emanaciones gaseosas de Rumichaca se desprenden espontáneamente por medio de grietas que se extienden, ya sea hasta los mantos porosos donde se pudieron haber acumulado, o ya sea hasta la misma roca andesítica de origen de donde se desprenden las emanaciones y son conducidas por las grietas hasta la superficie a medida que se van produciendo; en estas condiciones las emanaciones gaseosas no pueden considerarse como rocas sedimentarias en el sentido de los mantos de carbón, caliza o petróleo ni como vetas o aluviones; f) Desde el punto de vista técnico la palabra mina se aplica a excavaciones hechas en la tierra con el propósito de extraer rocas o minerales. En este sentido no puede aplicarse el término mina al aprovechamiento de las emanaciones gaseosas espontáneas de Rumichaca que son captadas encima de la superficie del terreno sin que medie propiamente una operación de minería.

“Respuesta a la pregunta formulada por el doctor López dentro de la diligencia de inspección ocular: La captación de las emanaciones gaseosas tal como la lleva a efecto la sociedad Rumigas Limitada no activa el desprendimiento del gas sino que se reduce a un aprovechamiento de emanaciones espontáneas bajo su presión natural y mediante captaciones hechas sobre la superficie del terreno por medio de campanas de concreto que encauzan el gas hacia las tuberías de conducción. De esta manera no se está extrayendo un material, ni disminuyendo un depósito definido que pudiera conservarse, sino que se está haciendo el aprovechamiento de una sustancia que al no captarse se difundiría en la atmósfera”.

Finalmente: el gas carbónico es un “mineral o sustancia mineral” y las mofetas de donde se capta son un “yacimiento mineral”? Atendiendo a los conceptos de autorizados autores y con base en lo que sobre el particular dicen los expertos en el dictamen varias veces citado, la Sala considera que la respuesta debe ser igualmente negativa.

En efecto, según el Diccionario Enciclopédico Quillet, “mineral propiamente dicho es toda sustancia homogénea y cristalizada que no

procede de seres organizados; por ejemplo: cuarzo, calcita, oro. Puede estar formado por una o varias sustancias químicas pero en este caso las mismas (conocidas como minerales) deben estar íntimas y homogéneamente mezcladas entre sí".

Los expertos en su dictamen dicen lo siguiente:

"c) Mineral. Dana y Ford (A Textbook of mineralogy, Pág. 1ª, John Wiley & Sons Inc. New York, 1921) definen así este concepto: 'Un mineral es un cuerpo producido por procesos de naturaleza inorgánica, el cual usualmente tiene una composición química definida, y si se ha formado en condiciones favorables, tiene una estructura atómica característica, la cual se expresa en su forma cristalina y en otras propiedades físicas'. . . . 'd) Yacimiento mineral. Truscott (J. S. Truscott; Mine Economics, página 3 Mining publications Ltda. London, 1947) define así este concepto: Yacimiento mineral son aquellas porciones excepcionales de la corteza terrestre donde se presentan minerales útiles, en forma más o menos concentrada'. El Servicio Geológico Americano define así yacimiento mineral: 'Es un agregado natural de uno o más minerales del cual se pueden extraer uno o más metales útiles en forma provechosa'."

No sobra agregar, como lo anotan los peritos que en el tratado más completo sobre mineralogía escrito hasta hoy, en donde se clasifican y nominan más de dos mil minerales (Dana's system of mineralogy) "ni siquiera se menciona este compuesto" (se refieren al gas carbónico). Y más adelante agregan: "Las mofetas, como tales, no pueden considerarse como un yacimiento mineral, si nos atenemos a la definición dada por Louis, en una de las páginas anteriores, pues dicho gas, tal como se presenta no es parte constitutiva de la corteza terrestre". Las mofetas, por tanto no pueden catalogarse ni como "minas", ni como "yacimientos minerales". No sobra agregar, que el "gas carbónico por no tener una estructura cristalográfica ni magroscópica, ni microscópicamente, se puede incluir dentro de los "minerales".

Para terminar, y aun a riesgo de hacer demasiado extenso este estudio, la Sala considera importante transcribir algunos apartes tomados de la Enciclopedia Jurídica Omeba en el capítulo correspondiente a la "mina" (709).

Dice citando a Joaquín V. González (Legislación de minas) que "En sentido jurídico —agrega— llamaremos mina al criadero o depósito de sustancias minerales determinadas susceptibles de apropiación, al conjunto de derechos constitutivos de esa propiedad, a la extensión de terreno mineral, limitado por la ley a los efectos de la explotación y aun al título y concesión que la representan.

"Para Peyret-Lallier 'la palabra mina tiene una doble acepción: Tanto significa la excavación practicada en el seno de la tierra para extraer de ella las sustancias minerales como designa los depósitos de minerales'.

"Basado en el elemento geológico exclusivamente Delebecque expresa que 'la palabra mina comprende en su acepción más general to-

das las masas de sustancias minerales o fósiles, encerradas en el seno de la tierra’.

“Para Escriche” ‘mina es aquella parte de la tierra en que se forman los metales o minerales’.

“Esas ideas previas nos permiten decir que para nosotros ‘mina es el criadero o depósito natural de sustancias minerales útiles, susceptibles de aprovechamiento económico, que se encuentra en el subsuelo o en la superficie de la tierra’.

“a) Al decir que ‘mina es el criadero o depósito’ de sustancias minerales no sólo utilizamos la terminología técnica que se ha empleado con mayor frecuencia en nuestro Código de minería sino que recurrimos a dos vocablos —‘criadero’ y ‘depósito’— que representan con mayor exactitud la idea de ‘acumulación’, sea que los yacimientos se encuentran entre las rocas, sea que se hallen en la superficie, sea que se presenten en estado sólido, líquido o gaseoso, etcétera”.

Establecido como queda del estudio hecho hasta aquí, que el gas carbónico no es un mineral o sustancia mineral; que tampoco puede considerarse entre los denominados “gas natural” y que las mofetas no son minas o yacimientos minerales, pasa ahora la Sala a estudiar la primera petición formulada en la demanda a saber:

“Primera. Que la propuesta de concesión formulada por el doctor Adán Arriaga Andrade al Ministerio de Minas y Petróleos, con fecha 23 de julio de 1949, para la explotación de gas carbónico (anhídrido carbónico), con fundamento en el artículo 4º, ordinal c), artículo 110 del Código Fiscal y los pertinentes de la Ley 85 de 1945 y Decreto Nº 805 de 1947, la que fue aceptada por dicho Ministerio por Resolución Nº 700 de 22 de septiembre de 1949, en cuanto ella comprende los terrenos de propiedad de la sociedad, de la finca denominada “Rumichaca”, es inoperante, porque el gas carbónico no puede catalogarse como mina o yacimiento de metal o sustancia mineral no metálica de la reserva nacional”.

El artículo 4º del Código Fiscal dice que son bienes del Estado:

“a) Los que tienen este carácter entre los enumerados en el artículo 202 de la Constitución, sin perjuicio de los derechos adquiridos por personas naturales o jurídicas;

“b) Las minas de cobre existentes en el territorio nacional, sin perjuicio también de los derechos adquiridos por personas naturales o jurídicas;

“c) Las minas distintas de las mencionadas en el artículo 202 de la Constitución y el aparte anterior de este artículo como las de carbón, hierro, azufre, petróleo, asfalto, etc., descubiertas o que se descubran en terrenos baldíos y en los que con tal carácter hayan sido adjudicados con posterioridad al 28 de octubre de 1874 (sic) sin perjuicio asimismo de los derechos adquiridos por personas naturales o jurídicas;

“d) Los depósitos de guano y otros abonos descubiertos o que se descubran en terrenos que sean o hayan sido baldíos, con la misma limitación; y

“e) Los demás bienes que por cualquier título pertenezcan al Estado y los que éste adquiera conforme a derecho”.

El artículo 202 de la Constitución es del tenor siguiente:

“Pertencen a la República de Colombia:

“1º Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecían a la Unión Colombiana en 15 de abril de 1886.

“2º Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización.

“3º Las minas de oro, de plata, de platino y de piedras preciosas que existan en el territorio nacional, sin perjuicio de los derechos que por leyes anteriores hayan adquirido los descubridores y explotadores sobre algunas de ellas”.

Por su parte el artículo 110 del Código Fiscal dice:

“a) Que la duración del contrato no exceda de treinta años;

“b) Que a su expiración queden de propiedad del Estado, a título gratuito, las carreteras, ferrocarriles, tranvías, cables aéreos, máquinas, aparatos y en general, todos los medios de transporte y elementos de explotación empleados por el empresario o empresarios; y

“c) Que el beneficio que el Estado reporte de la explotación no baje del 15 por 100 del producto bruto de la empresa”.

Y el artículo 1º del Decreto 805 de 1947 estatuye:

“La exploración y explotación de las minas de metales preciosos, metales no preciosos y sustancias minerales no metálicas pertenecientes a la reserva nacional, deberán llevarse a cabo mediante contratos celebrados con el Gobierno en los términos prescritos en este decreto. Tales contratos quedan regidos en forma absoluta e incondicional por todas y cada una de las presentes disposiciones, las cuales se considerarán incorporadas como cláusulas en los respectivos convenios”.

Ahora bien, la propuesta de concesión formulada por el doctor Arriaga Andrade al Ministerio de Minas y Petróleos y admitida por éste, según Resolución N° 700 de 22 de septiembre de 1949 se fundamenta en los artículos 6º, 7º, 9º, 14, 15 y 22 del Decreto 805 de 1947. Para el caso los artículos que interesan son los siguientes:

“Artículo 6º El objeto de estos contratos será la exploración y explotación de las sustancias de que tratan los apartes c) y d) del artículo 4º del Código Fiscal. Dichos contratos solamente po-

drán referirse a los yacimientos y minas que se encuentren en terrenos baldíos o en tierras que, habiendo sido baldías, hayan sido adjudicadas con posterioridad a la fecha en que entraron a regir las leyes que reservaron para la Nación tales substancias.

“Artículo 7º Los contratos sobre exploración y explotación de las minas a que se refiere el aparte c) del artículo 4º del Código Fiscal comprenderán un globo de terreno de extensión continua que guarde una relación no inferior a la de uno a tres entre su latitud media y su mayor longitud, tomadas perpendicularmente entre sí, y cuya superficie máxima será de cinco mil hectáreas.

“.....

“Artículo 9º La explotación de cada substancia será objeto de contrato separado. El concesionario tendrá derecho a explotar aquellas substancias que resulten como subproductos de la explotación, pero en ningún caso los yacimientos, depósitos o filones en que el mineral determinante sea distinto del que es objeto del contrato.

“Parágrafo. Se entiende por mineral determinante el que con prescindencia de los demás pueda explotarse económicamente. Cuando se considere que un yacimiento es comercialmente explotable por razón de la existencia en él de varios minerales, el mineral determinante será aquél que pueda producir el mayor rendimiento económico.

“.....

“Artículo 14. Las propuestas para la celebración de contratos de concesión de metales no preciosos o de substancias minerales no metálicas deberán presentarse al Ministerio de Minas y Petróleos, y en ellas se expresará:

“a) Nombre, apellido, nacionalidad y domicilio del proponente o proponentes;

“b) Nombre del municipio o municipios y del departamento, intendencia o comisaría en cuya jurisdicción se encuentre la zona pedida en contrato;

“c) Linderos de la zona y área encerrada por ellos;

“d) Si el terreno situado dentro de la zona solicitada es baldío o si habiéndolo sido fue adjudicado con posterioridad a la fecha en que entraron a regir las leyes que establecieron para la Nación la reserva de las substancias de que trata el artículo 110 del Código Fiscal; y

“e) Las informaciones que indiquen las características de la región y las posibilidades de una futura explotación minera”.

De la simple lectura de los textos transcritos se concluye que estas disposiciones no son aplicables al gas carbónico, ni a las mofetas, por cuanto, se repite, no son minerales o sustancias minerales, ni minas o yacimientos minerales.

Además, como el anhídrido carbónico tampoco es un "gas natural", ni es un "derivado del carbón" —punto éste aclarado ya—, tampoco son aplicables los artículos 3º y 4º de la Ley 30 de 1903 cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 3º Las disposiciones del Código Fiscal referentes a minas de carbón se aplicarán también a los depósitos de asfalto de cualquier clase, consistencia o color, y a las de petróleo o aceite mineral de cualquier grado o clase, y gas natural y a cualesquiera otros productos de la misma o análoga naturaleza.

"Artículo 4º La situación de las minas de carbón y depósito de asfalto, petróleo, etc., a que se refieren el Código Fiscal y la presente ley respecto del litoral marítimo o de los ríos navegables, en nada afecta los derechos que sobre esas minas o depósitos se reserva la Nación o puede establecer diferencias entre los varios yacimientos para los efectos de hacer posible su enajenación temporal o definitiva o su explotación por contratos en condiciones especiales".

No se encuentra en nuestra legislación disposición alguna que establezca como "reserva nacional" las emanaciones que contienen gas carbónico; tampoco los textos cuya transcripción se ha hecho permiten tal interpretación. En estas circunstancias la primera petición de la compañía demandante está llamada a prosperar.

La segunda petición está concebida en los siguientes términos:

"Segunda. Que el gas carbónico existente en el terreno Rumichaca de propiedad de la sociedad "Rumigas Limitada —Fernando Pérez Pallares— Sucesores", ubicado en el municipio de Ipiales, por los linderos determinados en los hechos de esta demanda, resulta de la acción volcánica andesítica pasada (terciario superior o cuaternario), por tratarse de un gas puro y se deriva de la roca andesítica misma, es decir, como sobrante del enfriamiento lento de ella en el subsuelo y no se deriva del contacto de la masa andesítica ígnea con roca caliza o de carbón, porque de este contacto se produce gas carbónico impuro".

Durante el período de prueba fueron allegadas al expediente escrituras que demuestran la propiedad privada del terreno —previamente identificado en las inspecciones oculares y que forma parte del contrato de concesión— a partir de 1891 (es este el título más antiguo) y así lo reconoce el fallo de primera instancia.

Ahora bien, la propiedad privada del terreno descrito en la petición cuarta de la demanda es indudable y si, por otra parte, ni técnica ni jurídicamente puede calificarse el gas carbónico como mineral o sustancia mineral ni las mofetas como minas o yacimientos minerales, necesariamente ha de concluirse que la sociedad, "Rumigas Limitada —Fernando Pérez Pallares— Sucesores", propietaria inscrita de los terrenos antes aludidos puede aprovechar el gas carbónico que de ellos emana a través de las mofetas.

Para terminar, es importante observar que como según los peritos "el magma residual donde se calientan las aguas y se forman los gases se origina en el subsuelo que pertenece a la República del Ecuador" no hay lugar a declarar como se solicita en la petición cuarta de la demanda que "los depósitos del gas carbónico" pertenecen a la sociedad. Estos gases, según los expertos, salen y se captan de las mofetas que se encuentran en la finca Rumichaca en virtud de la "falla" o agrietamiento de la roca de la superficie terrestre que sirve de conducto al mencionado gas carbónico.

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:

Revócase la sentencia apelada de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia y en su lugar,

Se dispone:

1º El gas carbónico no es, ni ha sido en ningún momento objeto de "reserva nacional" y por tanto no son de aplicación las normas pertinentes del Decreto 805 de 1947.

2º El anhídrido carbónico captado de las mofetas que se encuentran en la finca denominada "Rumichaca" cuyos linderos se determinan en la petición cuarta de la demanda, es de propiedad de los dueños del suelo, es decir, de la sociedad "Rumigas Limitada —Fernando Pérez Pallares— Sucesores".

3º **Niéganse** las demás peticiones de la demanda.

Revalídese el papel común empleado en la actuación.

Cópiese, notifíquese y archívese.

*Gabriel Rojas Arbeláez, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlos Portocarrero M.,
Jorge A. Velásquez D.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

JUICIO ORDINARIO DE MINAS

PROPIEDAD PRIVADA DEL SUBSUELO.— Los “terceros” a que se refiere la Constitución de 1886 en el artículo 202, hoy vigente, son los concesionarios o adquirentes en virtud de un título especial, o sea, los particulares colocados en una situación jurídica individual con un acto de esta índole, y no todas las personas dueñas de tierras, colocadas en una situación general y legal, susceptible de ser modificada por otra ley y con más razón por la que se llama la “ley de leyes”. Que el pensamiento del Constituyente de 1886 fue el que se ha expresado, lo confirma el artículo 192 del proyecto, donde después de definir como pertenecientes a la República de Colombia las fincas, rentas, valores y derechos que pertenecieron a la extinguida Unión Colombiana, se dijo: “Exceptúase lo que por medio de leyes especiales haya sido enajenado o cedido a cualesquiera personas o entidades”.

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

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

Ref.: Expediente número 679.— Actor: **María Luisa Tejada de Navia**.

En demanda presentada el 11 de julio de 1966 la señora **María Luisa Tejada de Navia**, obrando por medio de apoderado pidió se hicieran las siguientes declaraciones:

“1º Que es del dominio privado y exclusivo de mi poderdante, señora **María Luisa Tejada de Navia**, por ser dueña del suelo y el subsuelo del predio denominado “Playa de Soldado” o “Punta de Soldado”, ubicado en jurisdicción del municipio de Buenaventura, departamento del Valle del Cauca, delimitado especialmente de conformidad con los títulos de propiedad expedidos a favor de mi representada, en la siguiente forma: Por el Oriente, el Estero de Machetajo o Machetajero; por el Occidente, el Mar Pacífico; por el Norte, la Bahía de Buenaventura, y por el Sur, la Playa de Rumanes”.

“2º Que es del dominio privado de mi representada señora **María Luisa Tejada de Navia**, y pertenece exclusivamente a ésta,

el petróleo, gases y demás hidrocarburos que se encuentran en el subsuelo del mencionado predio denominado Playa de Soldado o Punta de Soldado anteriormente individualizado por su situación y linderos.

“3º Que por ser del dominio privado de la señora María Luisa Tejada de Navia el subsuelo del predio denominado Playa de Soldado o Punta de Soldado anteriormente individualizado, y por pertenecer exclusivamente a la misma señora Tejada de Navia el petróleo que exista en el referido predio, carece de valor en cuanto al mismo predio de Playa de Soldado o Punta de Soldado, ya delimitado la admisión que ha hecho el Ministerio de Minas y Petróleos de la propuesta para contratar la exploración y explotación petrolífera formulada por el señor Harold L. Yoh, de acuerdo con la Resolución número 1469 de 23 de septiembre de 1964 a que dice referencia el aviso inserto en el Diario Oficial número 31721, año CII de fecha 10 de agosto de 1965, publicado en cumplimiento del Decreto 3050 de 1956”.

Hechos

Como fundamento de la acción el demandante hizo relación de varios hechos así:

“1º Por Resolución Nº 1469 de 23 de septiembre de 1964 el Gobierno Nacional admitió la propuesta que para la exploración y explotación de petróleo hizo el señor Harold L. Yoh, el 9 de enero de 1963. Esa propuesta fue registrada bajo el Nº 1380 y se remite a un globo de terreno de 24.046 hectáreas con 7.279 metros cuadrados, ubicado en jurisdicción del municipio de Buenaventura y comprendido dentro de la siguiente alindación: Punto de partida. Se toma como punto de referencia para alindación del lote solicitado el astronómico constituido por una pilastra de concreto que se halla situada en el kilómetro 8, más 860 metros del ferrocarril del Pacífico en sus proximidades, cuyas coordenadas geográficas fueron determinadas por la U. S. S. Nolomia, en colaboración con la comisión hidrográfica de Colombia, con los siguientes resultados: Latitud 3º53'088" 3 Norte. Longitud 77º00'51" C W de Gr. A estas coordenadas geográficas corresponden las siguientes coordenadas cartográficas en el sistema de Proyección Conforme de Gauss, con origen al Observatorio Astronómico Nacional de Bogotá: X=921.675.91, Y=674.062.82. Este mojón astronómico se halla marcado en el plano topográfico con la letra "A" que a su vez sirve de punto inicial de la alindación. Descripción de linderos. Partiendo del mojón astronómico descrito anteriormente, que a su vez es punto "A" de partida de alindación, se sigue en línea recta con una longitud de 5.859 metros y un rumbo de S. 32º30'00" W hasta llegar al vértice "B"; de este vértice se sigue en línea recta con una longitud de 8.200 metros y un rumbo verdadero sur hasta encontrar el vértice "C"; de este vértice se sigue en línea recta con una longitud de 17.200 metros y un rumbo verdadero de N. 86º30'00" W hasta encontrar el vértice "D"; de este vértice se continúa en línea recta con una longitud de 12.379.36 y un rumbo de N 12º32'42" W hasta llegar al vértice "E"; finalmente par-

tiendo del punto "E" se sigue en línea recta con una longitud de 23.000 y un rumbo verdadero este, hasta llegar al vértice "A" de partida. Todo los rumbos descritos anteriormente se refieren al meridiano astronómico o verdadero".

"2º El proponente presentó un plano topográfico de la región, en el cual aparece dibujado el lote de terreno a que su propuesta se refiere. Acompaña copia de dicho plano de la propuesta que se conoce con el nombre de "Bazan A. N° 1380 A municipio de Buenaventura, departamento del Valle del Cauca".

"3º El inmueble perteneciente a la señora María Luisa Tejada de Navia, y sobre el cual ésta alega la propiedad del suelo y del subsuelo está comprendido dentro de la alindación de la propuesta formulada por el señor Harold L. Yoh, a que antes se hizo referencia".

"4º El aviso referente a la admisión de la propuesta, de fecha 7 de mayo de 1965 fue publicado en el Diario Oficial, año y número antes citado, edición correspondiente al 10 de agosto de 1965, y por lo mismo me encuentro dentro del término hábil para presentar esta demanda".

"5º La señora María Luisa Tejada de Navia es dueña de los terrenos conocidos con el nombre de Playa de Soldado o Punta de Soldado alindados en la petición primera de esta demanda por haberlos adquirido así: a) En parte, por adjudicación que se le hizo en su calidad de subrogataria de los derechos de Micaela Arosemena vda. de Blum, Emilia y Micaela Blum, y Leonor Blum vda. de Tejada, en la partición de los bienes de la sucesión de Adolfo Rafael Blum; partición que justamente con el juicio de sucesión se encuentra protocolizada en la Notaría Primera de Palmira por escritura pública N° 247 de 31 de julio de 1934. La partición fue registrada en la correspondiente oficina de Buenaventura el 25 de noviembre de 1936 bajo partida 134, tomo 1º, folios 226 y 227, libro 1º, y en el libro de causas mortuorias, partida 9, folio 10 vto.; b) En otra parte, por compra que hizo a Leonor Blum vda. de Tejada, Emilia Blum y Micaela Blum por escritura pública N° 47 de 11 de noviembre de 1960, de la Notaría Primera de Cali, registrada en Buenaventura el 13 de los mismos mes y año, bajo partida N° 2, folios 212 y 213 del libro 1º, tomo 2º, matrícula 489, folio 279, tomo 2º. Las inscripciones de estos títulos se encuentran vigentes".

"6º La tradición de los terrenos mencionados, en la relación con los antecesores de la demandante es la siguiente según la relación del demandante: "Las vendedoras Leonor Blum vda. de Tejada, Emilia Blum y Micaela Blum adquirieron por adjudicación que se les hizo en la partición de los bienes de la sucesión de Adolfo Rafael Blum, quien fue dueño exclusivo de todo el suelo, partición a que ya se hizo referencia. Adolfo Rafael Blum adquirió por razón de un pago que le hicieron los señores Nicanor Vera, Gregorio Rivera y Custodio Vera, conforme a transacción celebrada el 5 de noviembre de 1878, aprobada por el señor Juez del Circuito de Buenaventura según sentencia del 2 de diciembre de 1878 tran-

sacción y dación en pago que pusieron fin al juicio ejecutivo seguido por el señor Blum contra los señores Vera y Rivera. Dicha transacción, con las diligencias judiciales de aprobación, fue registrada en Buenaventura el 8 de noviembre de 1878, bajo partida N° 62, folio 26 vto.; y todo, transacción, aprobación y registro, fue protocolizado en la Notaría de Buenaventura por escritura N° 566 de 20 de septiembre de 1918, inscrita el 22 de julio de 1964, bajo partida 261, folio 319, libro 2°, tomo 25, matrícula N° 489, tomo 2°, folio 279. El señor Nicanor Vera había dado en hipoteca los terrenos de Playa de Soldado o Punta de Soldado al señor Adolfo Rafael Blum, conforme la escritura pública N° 7 de 11 de abril de 1867, otorgada en la Notaría de Buenaventura, y tal hipoteca tiene nota de haber sido cancelada en virtud de la transacción y dación en pago hecha por el deudor a favor de Adolfo Rafael Blum. Nicanor Vera, obtuvo por adjudicación que se le hizo como único heredero del señor Julio Villa, según sentencia de 19 de febrero de 1867, proferida por el Juez del Circuito de Buenaventura, sentencia que aparece protocolizada en la escritura N° 7 de 11 de abril de 1867 de la Notaría de Buenaventura. Julio Villa adquirió en su calidad de único heredero de la señora María de la Luz Vera. Julio Villa era hijo legítimo de Ana Josefa Rivera, hija legítima ésta, a su turno del matrimonio de Pedro Rivera con María de la Luz Vera. Todo esto consta del testamento otorgado por María de la Luz Vera ante el Notario de Buenaventura en 1859; y en ese mismo testamento consta que la testadora María de la Luz Vera era dueña de esos terrenos denominados Punta de Soldado, por haberlos adquirido por compra hecha a su hermano legítimo Balvino Vera y por herencia de su padre. Con la presente demanda acompaño todos los títulos que dejo mencionados, los que acreditan el dominio de la señora María Luisa Tejada de Navia sobre los terrenos de Playa de Soldado o Punta de Soldado, con la historia de la tradición de ese dominio, en cadena no interrumpida hasta el año de 1859, incluyendo la certificación del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Buenaventura sobre suficiencia de los referidos títulos, certificación señalada con el N° 648, expedida el 23 de julio de 1964 con los requisitos exigidos por el artículo 635 del Código Judicial”.

“7° Tanto mi poderdante, como sus antecesores en el dominio de los terrenos de que se ha hecho mención, han poseído materialmente dichos terrenos ejercitando sobre ellos actos positivos de explotación económica del suelo, y esta posesión material ha sido pública, continua, efectiva, pacífica y no disputada”.

“8° La señora María Luisa Tejada de Navia, ha ejercido la posesión material sobre los terrenos de Playa de Soldado o Punta de Soldado por conducto de administradores designados conforme a las escrituras Nos. 244 de 11 de julio de 1929 y 181 de 1943, otorgadas ambas en la Notaría de Buenaventura”.

Derecho

Cómo fundamento de la acción, en cuanto a derecho se refiere el demandante invocó los artículos 30, 202 y concordantes de la Consti-

tución Nacional; 1º de la Ley 59 de 1873 del Estado Soberano del Cauca; 669, 673, 674, 675, 740 y siguientes, 756 y siguientes, 785, 2577, 2637 y siguientes y demás disposiciones concordantes del Código Civil; artículos 5º y concordantes del Código de Petróleos, especialmente la disposición del artículo 34 de dicho Código; el artículo 2º del Decreto 3050 de 1956; artículo 30 y concordantes del Decreto 528 de 1964; 84 y siguientes; 124, 125 y siguientes, 136 y concordantes de la Ley 167 de 1941.

Concepto del señor Fiscal

El señor Fiscal Segundo de esta corporación, en su concepto de marzo 8 del año en curso expresa su parecer de que dadas las pruebas allegadas al juicio deben prosperar las súplicas de la demanda.

Se considera

Para que una acción de la índole de la que ha ejercido la parte actora prospere, es preciso que se hayan demostrado los presúpuestos siguientes: 1º Que el inmueble sobre el que se alega la propiedad particular del suelo y del subsuelo salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, cuando comenzó a regir el Código Fiscal Nacional de entonces, y que ese inmueble pertenece hoy al demandante.

2º Que, dicho inmueble está comprendido dentro de la alindación de la propuesta hecha al Gobierno Nacional para llevar a cabo la exploración y explotación de petróleo.

3º Que sean identificados debidamente tanto el inmueble que se dice de propiedad particular como aquel sobre el que versa la propuesta, lo mismo que el salido del patrimonio del Estado con anterioridad a la fecha antes citada, si es que el terreno que se pretende como de propiedad particular es ahora menor porción del primero.

Corresponde, por lo tanto, ver si en el presente juicio la demostración de esos presúpuestos se ha conseguido.

Según lo expresado en el acta de la inspección ocular que en los días treinta de noviembre y primero de diciembre de 1966 practicó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Valle por comisión del Consejo, fue identificada la isla "Punta de Soldado", sobre cuyos suelo y subsuelo alega propiedad particular la parte actora. Respecto a la determinación de los límites comprensivos de la propuesta N° 1380 formulada por el señor Harold L. Yoh y admitida por el Ministerio de Minas y Petróleos según Resolución N° 1469 de 23 de septiembre de 1964, el Tribunal defirió eso al concepto de los peritos, por haber estimado éstos que para saber si "Punta de Soldado" o "Playa de Soldado" está o no dentro del polígono de la concesión, era menester determinar los puntos E y D "por medio de una triangulación o comparación angular haciendo vistas sobre lugares fácilmente identificables, partiendo del único referenciado, o sea el punto "A" mencionado en la resolución". Y efectivamente en la parte del acta correspondiente al segundo día de la diligencia los peritos aparecen manifestando: "...po-

demos afirmar que, en nuestro concepto, el predio denominado "Punta de Soldado" o "Playa de Soldado" se encuentra dentro del polígono o perímetro de la concesión a que se refiere la Resolución 1469 del Ministerio de Minas y Petróleos de fecha 23 de septiembre de 1964...".

Según lo anterior, se pueden dar por identificados los terrenos de la propuesta y los de "Punta de Soldado", lo mismo que demostrada la superposición del polígono comprensivo de aquélla sobre los linderos del inmueble últimamente nombrado.

Pero en cuanto a la comprobación de que "Punta de Soldado" o "Playa de Soldado" salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, requisito éste que necesariamente debe concurrir con los otros para la prosperidad de la acción, lo que resulta de los autos es que, no obstante los esfuerzos del actor, ella no pudo obtenerse. No se ha comprobado sino lo siguiente: que la actora, señora María Luisa Tejada de Navia compró a Leonor Blum vda. de Tejada, Emilia y Micaela Blum, según escritura N° 47 de 11 de enero de 1939, otorgada en la Notaría Primera de Cali; que las vendedoras habían adquirido por adjudicación que se les hizo en la partición de bienes correspondientes a la sucesión intestada del señor Adolfo Rafael Blum, y que éste adquirió por dación que le hicieron Gregorio Rivera, Nicanor y Gustavo Vera, según transacción celebrada el 4 de noviembre de 1873 por la cual se puso fin al juicio ejecutivo adelantado por el señor Blum contra los nombrados Vera y Rivera, transacción aprobada por el Juzgado del Circuito de Buenaventura el 5 siguiente, y registrada el 8 de los mismos. La última tradición de que se habla, se verificó, como es notorio, con posterioridad al 28 de octubre de 1873, y no implica ella una transferencia de dominio proveniente del Estado. Es apenas un acto realizado entre simples particulares.

Las transferencias anteriores de "Punta de Soldado" tampoco llevan a la demostración exigida en el artículo 5° del Decreto-ley 1056 de 1953, o sea, la de que los terrenos sobre los que se alegue propiedad privada del petróleo en ellos existente, salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873; además de que los títulos presentados son deficientes. No hay demostración, por ejemplo, de la adjudicación de "Punta de Soldado" al señor Nicanor Vera, tradente del señor Adolfo Rafael Blum y heredero de Julio Villa, adjudicación que debió haberle hecho el Juzgado del Circuito de Buenaventura. Sólo obra el auto del 19 de febrero de 1867 por el cual se declaró heredero al citado señor Vera, providencia que por sí sola no podía alcanzar el mérito de transferir la propiedad, y en la que ninguna referencia se hace al inmueble antes citado. Asimismo también se ignora cómo llegó a radicarse el dominio en cabeza de Julio Villa, pues aunque en el testamento otorgado por la señora María de la Luz Vera, su abuela, posiblemente por el año de 1859, ésta lo nombra como su único heredero, y dice también ser propietario de "Punta de Soldado" por haber adquirido ese inmueble mediante compra a su hermano Balvino Vera, y por herencia de su padre, no aparece que se haya seguido causa mortuoria, ni que se haya hecho adjudicación. El simple acto testamentario no ha sido ni es título traslativo de dominio.

No se ha cumplido, pues, con el presupuesto fundamental de demostrar que los terrenos sobre los que se alega propiedad particular salieron legalmente del patrimonio nacional antes de la fecha varias veces mencionada. La necesidad de esa comprobación la entendié claramente la parte demandante, pues así se colige de sus diligencias infructuosas para obtener en Quito o Sevilla (España) copia de los títulos o documentos en que constara la transferencia hecha a particulares por el Estado o Corona Española de los terrenos "Punta de Soldado" ubicados en comprensión de Buenaventura.

El demandante trajo como otra prueba copia de la Ley N° 59 de 25 de octubre de 1873, expedida por la legislatura del Estado Soberano del Cauca, ley en cuyo artículo 1° se dispuso:

"Con excepción de la sal gema, depósitos de guano y minas de carbón mineral, que se ha reservado la Nación; de las minas o mineras que se hallen en los baldíos, las que corresponden al Estado, y de las minas o mineras registradas en terreno ajeno, o las que se registren en virtud de los denuncios dados hasta la publicación de esta ley, todas las minas o mineras son de propiedad del dueño del terreno en que estén".

Y al referirse en su alegato de conclusión al ordenamiento antes citado dijo:

"Repito que la disposición legal que deio transcrita era la ley vigente sobre el dominio de las minas, en el Estado Soberano del Cauca, hasta que entró en vigor la Constitución de 1886, por medio de la cual la Nación colombiana se reconstituyó en forma de República Unitaria.

"La Constitución de 1886 respetó los derechos adquiridos de acuerdo con las leyes sustantivas anteriores, y, por lo mismo, respetó el dominio privado de las minas, consagrado a favor del dueño del terreno respectivo, de acuerdo con la legislación federal anterior a 1886. Y por tal razón no existe duda alguna de que las minas existentes en terrenos que eran del dominio privado de particulares con anterioridad al 25 de octubre de 1873, dentro del territorio del antiguo Estado Soberano del Cauca, y que correspondían al dueño del terreno, conforme a la Ley 59 de 25 de octubre de 1873 de dicho Estado Soberano, continúan hoy siendo del dominio privado del mismo propietario del terreno".

La disposición constitucional a que el actor alude es el artículo 202 de la Constitución de 1886 correspondiente al mismo número de la actual codificación, y que dice:

"Pertencen a la República de Colombia: 1° ... 2° Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituidos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización. 3° ...".

No comparte la Sala la apreciación del demandante sobre este punto, porque los "terceros" a quienes se refiere la Constitución de 1886 en la disposición transcrita y hoy vigente, son los concesionarios o adquirentes en virtud de un título especial, o sea, los particulares coloca-

dos en una situación jurídica individual con un acto de esta índole, y no todas las personas dueñas de tierras, colocadas en una situación general y legal, susceptible de ser modificada por otra ley y con más razón por la que se llama la "ley de leyes". Que el pensamiento del Constituyente de 1886 fue el que se ha expresado, lo confirma el artículo 192 del Proyecto, donde después de definir como pertenecientes a la República de Colombia las fincas, rentas, valores y demás derechos que pertenecieron a la extinguida Unión Colombiana, se dijo: "Exceptúase lo que por medio de leyes especiales haya sido enajenado o cedido a cualesquiera personas o entidades".

Por otra parte, como la propia Ley 59 de 1873, del Estado Soberano del Cauca, reputaba como de propiedad del Estado las minas que se hallaren "en los baldíos", esto es en los terrenos no salidos legalmente del patrimonio público. Correspondía al demandante de acuerdo con los planteamientos que en este juicio formula, demostrar que "Punta de Soldado" sí había salido de aquel patrimonio, lo que equivaldría a aportar la prueba que es de rigor en procesos como el presente, según lo que se desprende de lo dispuesto en el citado artículo 5º del Decreto 1056 de 1953. Hasta la expedición de la Ley 200 de 1936 se entendía por "baldíos" los terrenos que no habían salido del patrimonio público, así vinieran siendo objeto de explotación.

Pero, como es sabido, la reserva minera no fue constituida propiamente por la Constitución de 1886. Antes de este estatuto, esa reserva fue hecha en virtud de la Ley Nº 106 de 1873, constitutiva del Código Fiscal Nacional.

Como consecuencia de lo expuesto debe aceptarse que el actor no alcanzó a demostrar que el inmueble "Punta de Soldado" o "Playa de Soldado" salió del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, demostración sin la cual su acción no puede obtener éxito.

Y en cuanto a que a falta de dicha comprobación obraría a favor del demandante la adquisición de los terrenos por prescripción, y por haber sido poseídos éstos mediante explotación económica, debe tenerse en cuenta que apenas aparece comprobada la posesión en esta forma durante el tiempo en que "Punta de Soldado" ha pertenecido a la demandante, señora María Luisa Tejada de Navia, quien sólo adquirió en 1939, según los comprobantes allegados al juicio. Y para adquirir por este medio, según las providencias de la honorable Corte Suprema de Justicia que el señor Agente del Ministerio Público invoca, era preciso que la posesión con explotación económica se hubiera realizado con anterioridad a la expedición de la Ley de 11 de octubre de 1821. Especialmente, y por lo que al subsuelo petrolífero respecta, después de expedido el Código Fiscal de 1873, en que la Nación se reservó la propiedad de aquél, no puede hablarse de prescripción, porque así ese subsuelo se hizo imprescriptible. Y en todo caso, tanto en la legislación indiana como en la posterior bajo la República, a la prescripción no ha podido llegarse sino mediante la posesión con explotación económica, careciendo de todo efecto para ello la simple cadena de títulos.

Decisión

Por lo expuesto anteriormente el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal,

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda y en consecuencia se absuelve a la Nación de los cargos formulados.

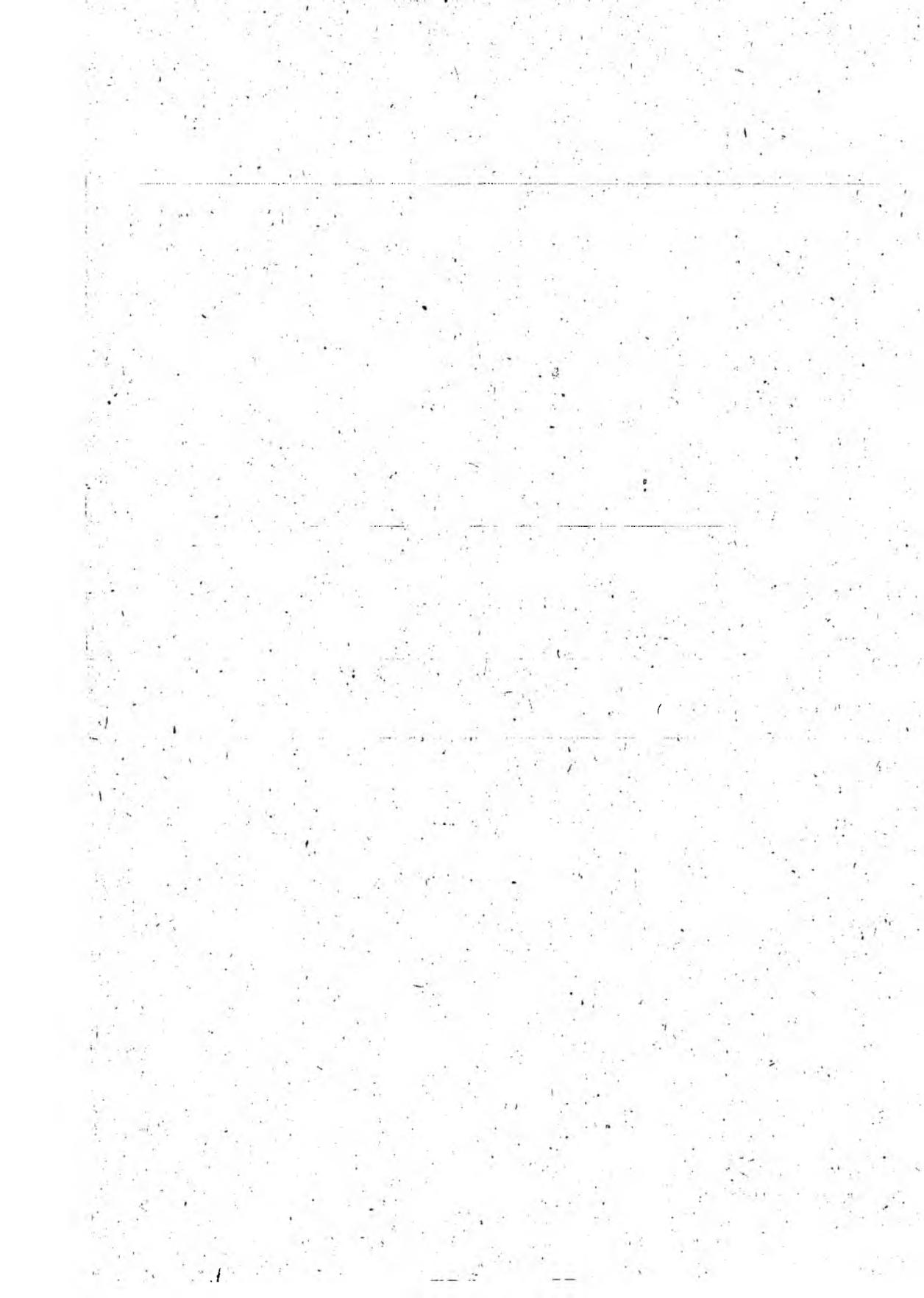
Cópiese, notifíquese, archívese el expediente.

La anterior sentencia fue discutida y aprobada en la sesión del día siete (7) de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

Gabriel Rojas Arbeláez, Ricardo Bonilla Gutiérrez, Carlòs Portocarrero Mutis, Jorge A. Velásquez D.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO SEGUNDO
DECRETOS DEL GOBIERNO



DECRETOS REGLAMENTARIOS

SUBSIDIO FAMILIAR.— Debe ser pagado en una Caja que funcione en el lugar donde éste se cause.— Si la Ley 69 de 1966 dispuso que el subsidio familiar debería ser pagado en una Caja que funcione en el lugar donde éste se cause; y únicamente cuando no existan esas Cajas en los respectivos departamentos podrán hacerse los pagos en la Caja de la ciudad más cercana (parágrafo 1º), el Decreto reglamentario 245 de 1967 no podía disponer una norma nueva cual es la del domicilio de las empresas, porque al hacerlo así invade la órbita legislativa.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., julio ocho (8) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero ponente: Doctor Jorge de Velasco Alvarez).

Sesión del día cinco (5) de julio de 1968.

En acción pública el doctor Gustavo Rendón Gaviria demanda la nulidad del artículo 6º del Decreto Nº 245 de 1967 dictado por el Ministerio del Trabajo.

El decreto en mención reglamenta la Ley 69 de 1966 “por la cual se establece la afiliación a las Cajas de Compensación Familiar...”; y en su artículo 6º que es el acusado dice así el decreto:

“Las empresas de transporte aéreo o marítimo, con tráfico internacional, podrán afiliarse a la Caja de Compensación Familiar del domicilio principal de la respectiva empresa y convenir con ella las facilidades para el oportuno pago de los subsidios”.

Considera el demandante que la disposición transcrita desborda la potestad reglamentaria y en consecuencia viola la ley que reglamenta, cómo también el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

La demanda plantea la violación de la norma superior en el hecho de que la Ley 69 de 1966 dispone que los empleadores pagarán el subsidio familiar por conducto de una Caja de Compensación Familiar que funcione en la localidad donde se causen los salarios, o en la Caja

más próxima, dentro de los límites de los respectivos departamentos. De manera que, al disponer el artículo 6º del Decreto 245 que pueden pagarse aquellos subsidios en el lugar del domicilio de determinada empresa, fue más allá de la ley.

Se considera

Si la Ley 69 de 1966 dispuso que el subsidio familiar debería ser pagado en una Caja que funcione en el lugar donde éste se cause; y únicamente cuando no existan esas Cajas en los respectivos departamentos podrán hacerse los pagos en la Caja de la ciudad más cercana (parágrafo 1º), el decreto reglamentario no podía disponer una norma nueva cual es la del domicilio de las empresas, porque al hacerlo así invade la órbita legislativa.

Muchas veces lo ha dicho el Consejo, que los decretos reglamentarios tienen por objeto hacer operante la ley, expidiendo el Gobierno órdenes, decretos y resoluciones para el desarrollo práctico del mandato legal, o como lo dice la Constitución para "la cumplida ejecución de las leyes". Pero que esa potestad reglamentaria no puede sobrepasar de allí, pues lo que entonces resulta es el abuso de poder.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el señor Fiscal 3º de la corporación y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

Es nulo el artículo 6º del Decreto N° 245 de 13 de febrero de 1967, originario del Ministerio del Trabajo.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

PERSONALIDAD JURIDICA DEL I.C.A.— Fue creado y reorganizado por los Decretos extraordinarios 1562 de 1962 y 3116 de 1963.— Por el primero de dichos decretos se creó la corporación “Instituto Colombiano Agropecuario” teniendo en cuenta la necesidad de coordinar las labores de investigación, enseñanza y extensión de las ciencias agropecuarias para llevar a cabo tales objetivos, dotándola de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Se le constituyó como corporación por sus cometidos de utilidad común y para que en esa entidad pudieran colaborar desinteresadamente las entidades nacionales y extranjeras de objetivos afines que así lo desearan, y se recaló en el artículo 3º que no tendría fines de lucro, y en sus actividades tendría en cuenta “que sus objetivos son educacionales y de beneficio social”. El Decreto extraordinario 3116 de 1963, fue dictado en ejercicio de las facultades de la Ley 21 del mismo año y en él se dispuso que la corporación Instituto Colombiano Agropecuario continuaría funcionando como un establecimiento público-descentralizado para promover, coordinar y realizar la investigación, la enseñanza y la extensión agropecuaria.

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

(Consejero ponente: Doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez).

Ref.: Expediente N° 1082. Decretos del Gobierno. Actor: Sindicato de Trabajadores del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA). Nulidad y suspensión provisional del Decreto 2228 de septiembre 1º de 1966 del Gobierno Nacional.

Antecedentes

El doctor Miguel Escobar Méndez, con poder otorgado por el Presidente del Sindicato de Trabajadores del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) presentó “en ejercicio de la acción contenciosa de plena jurisdicción, demanda de nulidad con restablecimiento del derecho contra el artículo 36 del Decreto ejecutivo N° 2228 de septiembre 1º de 1966, por medio del cual el Gobierno Nacional aprobó los estatutos de

la corporación denominada 'Instituto Colombiano Agropecuario', establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, y con domicilio principal en esta ciudad de Bogotá y cuyo representante legal es su Director Ejecutivo, señor Fernando Peñaranda Canal".

Pide la demanda "se declare que (el artículo citado) es nulo por cuanto viola disposiciones laborales sustantivas, concretamente el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, así como el artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal, y que en consecuencia se restablezca el derecho del Sindicato de Trabajadores del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) a presentar pliegos de petición y a celebrar con esa entidad patronal convenciones colectivas de trabajo que regulen las relaciones obrero-patronales, en lo que concierne a los trabajadores oficiales vinculados por contrato de trabajo".

Los hechos que expone la demanda son:

"a) Con base en las normas sustantivas del derecho laboral, el Sindicato de Trabajadores del Instituto Colombiano Agropecuario había venido presentando pliegos de petición y celebrando convenciones colectivas de trabajo con el mentado establecimiento público, hasta la fecha del Decreto N° 2228 de 1º de septiembre de 1966";

"b) Tales convenciones han venido regulando la relación contractual entre el Instituto y sus trabajadores oficiales";

"c) En virtud de ese antecedente, el Sindicato aprobó el 20 de agosto de 1966 un nuevo pliego de peticiones, que fue presentado al Instituto el 14 de octubre del mismo año";

"d) El señor Director Ejecutivo del ICA, mediante oficio N° 04692, de octubre 18 de 1966, manifestó al Sindicato que el pliego de peticiones no podía ser presentado ni considerado por cuanto el artículo 36 del Decreto 2228 de septiembre 1º de este mismo año dispuso que los trabajadores del Instituto tendrán el carácter de empleados públicos";

"e) Con tal disposición se vulnera gravemente la situación jurídica de los trabajadores del Instituto Colombiano Agropecuario, y se viola su derecho adquirido al amparo de normas sustantivas vigentes de presentar pliegos de petición y celebrar convenciones colectivas de trabajo";

En el capítulo denominado "Fundamentos de derecho" dice la demanda:

"El artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo establece que, si bien los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, los sindicatos de los demás trabajadores oficiales sí tienen ese derecho".

"El artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, en armonía con el artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal define la categoría de empleados públicos, que son los unidos a la adminis-

tración por un vínculo de derecho público (creación por ley, decreto, ordenanza o acuerdo, posesión y determinación normativa de funciones), y la de trabajadores oficiales, que son los unidos a la administración por contrato de trabajo, y cuyas funciones no están determinadas en ningún estatuto legal y son de tal naturaleza que los asimila a los demás trabajadores ordinarios del servicio privado”.

“La calidad de empleado público no puede, pues ser determinada o definida por un simple decreto ejecutivo que aprueba los estatutos de un establecimiento público descentralizado. Tal calidad dimana de normas superiores y generales de derecho, de acuerdo con el vínculo que ligue al servidor con el patrono y la naturaleza del servicio. Como el Sindicato del Instituto Colombiano Agropecuario agrupa en su seno a numerosos afiliados que tienen la categoría de trabajadores oficiales, es claro que éstos tienen derecho, a través del Sindicato, a presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas de trabajo”.

“Acompañó ejemplares autenticados de los Diarios Oficiales donde se publicaron el decreto a que se refiere la demanda y la Resolución N° 286 del 4 de marzo de 1964 por la cual reconoció el Ministerio del Trabajo la personería jurídica del Sindicato demandante y copias auténticas de otros documentos que establecen quiénes son los miembros de la Junta Directiva actuante, quién su Presidente y la autorización de éste para representar al Sindicato en esta demanda y otorgar poder al respecto”.

En la demanda se hizo también la petición de **suspensión provisional** del acto acusado, fundándose en el artículo 94 del Código Contencioso Administrativo y alegando que dicha suspensión era necesaria por el grave perjuicio a los intereses legítimos del Sindicato sufridos en virtud del artículo del decreto que se impugna, ya que el ICA “se niega a discutir el pliego de peticiones que le fue presentado y a celebrar la correspondiente convención colectiva, fundado en la disposición acusada”. “Además, ésta es manifiestamente violatoria de normas positivas y superiores de derecho”.

Al efecto acompañó copia del oficio 178 del 14 de octubre de 1966 por medio del cual fue presentado el pliego de peticiones aprobado reglamentariamente, y del oficio N° 4692 del 18 de octubre de 1966, mediante el cual el ICA le comunica al Sindicato que el pliego en cuestión no puede ser legalmente presentado ni considerado por esa entidad.

Dice que la acción incoada se funda en los artículos 67, 69, 70, 94 y 95 del Código Contencioso Administrativo.

Repartida la demanda a la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa, el honorable Consejero a quien correspondió el conocimiento dictó el 16 de enero de 1967 el auto admisorio de ella y no accedió a decretar la suspensión provisional “porque siendo el principio general el de que toda persona que trabaja para el Estado tiene el carácter de empleado público, para decidir si los trabajadores del Instituto Colombiano Agropecuario están comprendidos dentro de la ex-

cepción es necesario entrar al fondo del negocio, lo cual no se compadece con el espíritu de la disposición del artículo 94 del Código Contencioso Administrativo, según el cual y conforme a la doctrina del Consejo, para que la suspensión provisional pueda decretarse debe aparecer manifiesta la violación de la norma por el acto acusado, sin lugar a emprender un estudio de fondo, y que, además, tal violación debe ser directa, esto es sin que medien concordancias o interpretaciones con otros textos legales distintos al que se ha señalado como violado”.

Después de dictado el auto que ordenó las pruebas pedidas por la parte demandante el negocio fue remitido a esta Sección Segunda, por haberle correspondido conocer de los de naturaleza laboral según el Acuerdo N° 1 tomado por el Consejo en febrero de 1967 en orden a distribuir por materias el trabajo de las distintas Secciones de la Sala Contenciosa Administrativa.

El Director del Instituto Colombiano Agropecuario no sólo envió copias de los documentos que solicitó la parte actora como elementos de prueba, sino varias explicaciones y algunos otros documentos e hizo mención de disposiciones vigentes sobre la personalidad jurídica del ICA y la clase de relaciones entre él y los que trabajan a su servicio.

Los puntos de vista del ICA están expuestos con toda nitidez en el oficio suscrito por su Director con fecha 8 de mayo de 1967, dirigido a esta Sección del Consejo con motivo de la demanda del Sindicato y que aparece a folios 107 a 109 del expediente. A él se referirá luego la Sala.

El señor apoderado del Sindicato demandante explica y precisa más en su alegato de conclusión su tesis de que el artículo 36 del Decreto 2228 de 1966 que aprueba los Estatutos del ICA, es contrario a las normas superiores que en la demanda estima violadas.

“En consecuencia, (agrega) el fallo que desate esta demanda deberá contener la anulación del acto acusado y la declaración de que el Sindicato de Trabajadores, demandante, tiene derecho, en lo que se refiere a los trabajadores oficiales que forman parte de dicho Sindicato, a presentar pliegos de peticiones y a celebrar convenciones colectivas con el Instituto Colombiano Agropecuario”. (El subrayado es de la Sala).

Concepto fiscal

El señor Fiscal 4° de esta corporación, doctor Pedro Nel Salazar Marulanda, presentó su concepto de fondo, en el cual hace una recapitulación de las tesis diferentes, y a veces opuestas, que jurisprudencialmente se han sostenido sobre la clase de vínculo o relación jurídica que existe según nuestra legislación entre ciertos establecimientos descentralizados y las personas que trabajan a su servicio.

Termina el señor Fiscal diciendo que todas las consideraciones hechas por él lo llevan a conceptuar “que las pretensiones jurídicas del señor apoderado del Sindicato del ICA deben ser negadas, una vez que el Decreto del Gobierno Nacional N° 2228 de septiembre 1° de 1966 no viola ninguna norma superior de derecho”.

Consideraciones de la Sala

Habiéndose agotado el trámite de este negocio sin que se observe causal de nulidad, procede la Sala a dictar el fallo, previas las siguientes consideraciones:

Personalidad jurídica del I. C. A.

Ante todo, es necesario dejar claramente definida la personalidad jurídica del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) de conformidad con las disposiciones de jerarquía legislativa que lo crearon y reorganizaron, o sea los Decretos extraordinarios Nos. 1562 de 1962 y 3116 de 1963.

Por el primero de ellos se creó la corporación "Instituto Colombiano Agropecuario", teniendo en cuenta la necesidad de coordinar las labores de investigación, enseñanza y extensión de las ciencias agropecuarias para llevar a cabo tales objetivos, dotándola de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Se le constituyó como corporación por sus cometidos de utilidad común y para que en esa entidad pudieran colaborar desinteresadamente las entidades nacionales y extranjeras de objetivos afines que así lo desearan, y se recalcó en el artículo 3º que **no tendría fines de lucro**, y en sus actividades tendría en cuenta "que sus objetivos son educacionales y de beneficio social". Su domicilio sería Bogotá, pero cumpliría sus funciones en todo el territorio nacional. La corporación cuya duración sería indefinida, podría disolverse conforme a las leyes y por decisión del Gobierno Nacional.

El Decreto extraordinario 3116 de 1963, fue dictado en ejercicio de las facultades de la Ley 21 del mismo año, otorgadas al Presidente de la República, entre otros fines, para procurar una adecuada estabilidad fiscal, económica y social; para proveer los recursos necesarios a la ejecución del plan de desarrollo económico y social, y con el fin de reducir los gastos de funcionamiento de las entidades y dependencias nacionales, "inclusive de los establecimientos públicos y los institutos descentralizados o autónomos y sin suprimir el servicio civil ni la carrera administrativa".

Se dispuso en este decreto que la corporación Instituto Colombiano Agropecuario continuaría funcionando como un establecimiento público descentralizado para promover, coordinar y realizar la investigación, la enseñanza y la extensión agropecuaria. Se reiteró que sería una corporación con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Se detallaron sus funciones, todas de investigación científica, enseñanza y extensión o divulgación, debiendo colaborar dentro de esos cometidos al progreso de las industrias agrícola y pecuaria y al adelanto del campesinado en esas materias y en cooperación social. La Nación por medio de los Ministerios de Agricultura y Educación y el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) serían los miembros fundadores de la corporación, y se autorizó a la Junta Directiva de ésta para determinar la admisión de nuevos miembros, los cuales podrían ser, además de la Universidad Nacional de Colombia, organismos nacionales o extranjeros cuyos fines correspondan a los de

la entidad o quieran cooperar en sus actividades. A la Junta Directiva se la autorizó para expedir y modificar los estatutos, (que se sometieran a la aprobación del Gobierno Nacional) así como para crear los cargos necesarios y señalar su remuneración. Al Director General se le facultó para nombrar y remover el personal técnico y administrativo conforme a los estatutos, pudiendo delegar esta función, bajo su responsabilidad.

También dispuso el decreto que cuando la corporación se disolviera —una vez pagado su pasivo o reintegrados los bienes a las entidades aportantes—, su patrimonio sería donado a la Universidad Nacional.

Es importante observar que el mismo día en que fue dictado el Decreto 3116, o sea el 18 de diciembre de 1963, fue expedido el Decreto 3117, reorgánico del Ministerio de Agricultura, y en ejercicio de las mismas facultades conferidas por la Ley 21 de ese año. En el Decreto 3117 se dispuso:

“Artículo 46. Para los efectos previstos en los artículos 1º y 6º del Decreto 550 de 1960 vincúlense al Ministerio de Agricultura, como ejecutores de la política de éste en sus respectivos campos, los siguientes establecimientos públicos: . . . Instituto Colombiano Agropecuario”.

Y en el artículo 48 se ordenó lo siguiente: “A partir del 1º de enero de 1964, en atención a que el Instituto Colombiano Agropecuario asumió las funciones que venía cumpliendo la División de Investigaciones Agropecuarias, queda suprimida esta dependencia y se declara insubsistente todo el personal de planta y de trabajadores incluidos en planilla que se encontraban a su servicio”.

Status jurídico-laboral de los trabajadores del I. C. A.

Viniendo ahora al Decreto número 2228 del 1º de septiembre de 1966 “por el cual se aprueban los estatutos de la corporación ‘Instituto Colombiano Agropecuario’”, de los cuales forma parte el artículo 36 que la demanda impugna, se observa que él no hace otra cosa que aprobar el texto de los que la Junta Directiva de la corporación elaboró, en ejercicio de las atribuciones que le confirió el Decreto extraordinario 3116 de 1963. Y el Gobierno les impartió su aprobación seguramente porque encontró que ellos desarrollaban para el régimen interno del Instituto y en lo concerniente a sus relaciones jurídicas con terceros los principios básicos adoptados en las disposiciones de jerarquía legislativa que le dieron existencia a esa institución.

En el Capítulo VIII, “Disposiciones Generales” de los Estatutos, aparece el artículo 36, sobre el cual versa la impugnación formulada en la demanda, cuyo tenor es el siguiente:

“Los trabajadores de la corporación tendrán el carácter de empleados públicos, y como tales serán afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión”.

En el escrito de folios 107 a 109 el señor Director del I. C. A., después de hacer resaltar que los objetivos de esa entidad se concretan al

estudio, investigación, enseñanza y extensión agropecuaria y que no tiene ni puede tener fines de lucro, agregando que esta clase de actividades son exclusivas del Gobierno, sustenta así su tesis:

“Fundamentado el I. C. A., en las normas legales citadas, consideró que sus servidores eran empleados públicos propiamente dichos y que ninguno se encontraba vinculado por contrato administrativo laboral, ya que este establecimiento no está dedicado a la construcción o sostenimiento de obras públicas, no es una empresa industrial, comercial, agrícola o ganadera que se explote con fines de lucro y no se puede organizar por particulares algo similar, porque su finalidad y su razón de ser, como arriba se anotó, es propia y exclusiva del Estado”.

Como consecuencia de lo dicho considera el señor Director del Instituto que no es posible que contrarie las disposiciones del artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 y del 5º del Código de Régimen Político y Municipal, la disposición estatutaria aprobada por el Decreto 2228 de 1966 al declarar que “los trabajadores de la corporación tienen el carácter de empleados públicos”. En seguida expresa que en caso de haber sido modificadas las anteriores normas legales tal modificación se habría operado por el Decreto 1732 de 1960, “reglamentario de los artículos 4º y 5º de la reforma constitucional que recibió su aprobación en el plebiscito del 1º de diciembre de 1957, que define quiénes son empleados públicos propiamente dichos, al enumerar los elementos o requisitos necesarios para que a los servidores públicos se les pueda llamar empleados o funcionarios de la rama ejecutiva”. Y continúa así:

“Tales elementos o requisitos son:

- “1. Que se trate de una persona natural”.
- “2. Que esa persona natural preste de manera regular sus servicios en funciones o empleos permanentes, no adseritos a otra rama”.
- “3. Que tales funciones o empleos estén autorizados o creados por ley”.
- “4. Que la remuneración sea hecha por el Estado en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales o en establecimientos públicos”.
- “5. Que el servicio se preste en cualquier organismo oficial de la rama ejecutiva”.

De lo dicho deduce el señor Director del I. C. A. que si el Decreto 1732 de 1960 modificó las disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal y del Decreto 2127 de 1945 citadas en la demanda, los servidores del I. C. A. “también son empleados públicos propiamente dichos, por las siguientes razones:

- “a) El Instituto es un establecimiento público que pertenece a la rama ejecutiva del poder público (Decreto 550 de 1960)”;
- “b) Los servidores son personas naturales”;

“c) Esa persona natural presta de manera regular sus servicios en funciones o empleos permanentes”;

“d) Tales funciones o empleos han sido creados de conformidad con disposiciones claras y precisas de la ley. (Numerál 1º del artículo decimocuarto del Decreto 3116 de 1963)”;

“e) La remuneración de estos servidores es hecha por el Estado, porque el patrimonio del I. C. A. es del Estado. (Artículo noveno del Decreto 3116 de 1963)”;

“Segun todo lo expuesto por él, concluye el señor Director del ICA, el artículo 36 del Estatuto de esa entidad aprobado por el Decreto 2228 de 1966 “no está violando disposiciones de carácter superior”.

Para resolver, la Sala considera

Dice el artículo 5º de la Ley 4ª de 1913, que en el Código de Régimen Político y Municipal:

“Son empleados públicos todos los individuos que desempeñen destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñen destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos. Dichos empleados se clasifican en tres categorías, a saber:

“1º Los magistrados, que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados.

“2º Los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados; y

“3º Los meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar aun sin tener la calidad de empleado”.

El artículo transcrito diferencia a los magistrados de los simples funcionarios públicos, del punto de vista de la competencia que aquéllos tienen para proferir decisiones con autoridad en nombre del Estado y de que éstos carecen. Pero, a su vez, los simples funcionarios públicos desempeñan ciertas funciones de confianza, de estudio y preparación de decisiones, y, en general, actúan como dependientes vinculados necesariamente a la ejecución de tareas características del repartimiento a que pertenezcan.

Los meros oficiales públicos, finalmente, desempeñan funciones que podrían ser desempeñadas por cualquiera sin la calidad o investidura de empleado público.

Pero la norma del artículo transcrito, muy especialmente en lo que se relaciona con los simples oficiales públicos de que habla su tercer inciso, al considerar sus relaciones jurídicas con la administración en su condición de asalariados y los derechos y deberes que emanan de dicha condición, hay que considerarla a la luz de la legislación posterior

en materia jurídico-laboral dentro de la organización de la administración estatal.

A partir de la Ley 6ª de 1945 se consagraron derechos a determinadas prestaciones sociales para los trabajadores asalariados, tanto del sector público (al servicio del Estado), como del sector privado (al servicio de patronos particulares).

De otro lado, normas posteriores al Código de Régimen Político y Municipal, como el actual Código Sustantivo del Trabajo, tienen consagrado el derecho de los trabajadores para asociarse en defensa de sus intereses como tales en frente de sus patronos, con las regulaciones relativas a su ejercicio. Y a esta cuestión concreta se refiere la actual controversia, ya que el demandante sostiene que el I. C. A. es una de las instituciones comprendidas en la excepción establecida en el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 "por el cual se reglamenta la Ley 6ª de 1945 en lo relativo al contrato individual del trabajo, en general".

Dice el artículo 4º del citado decreto:

"No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones de los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental o Municipal no constituyen contratos de trabajo y se rigen por leyes especiales, a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de obras públicas, o de empresas comerciales, agrícolas, o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por éstos en la misma forma".

En otras palabras, establece dicho artículo que las relaciones jurídico-laborales de los empleados públicos con las personas estatales son estatutarias y no contractuales, o sea que se rigen por las normas dadas para ellos, entendiéndose obviamente que son empleados públicos los asalariados por el Estado por depender de cualquiera de las ramas del poder público. Pero cuando se trate de los ocupados por la administración en las tareas taxativamente señaladas en el texto, o de los servidores de las empresas e instituciones en él enumeradas, se les considera sujetos de una relación laboral contractual para los fines consiguientes.

En presencia de la disposición transcrita y de lo anteriormente analizado sobre la personalidad jurídica del ICA y su evidente incorporación en la rama administrativa del poder público habrá que preguntarse: ¿pertenece el I. C. A. a las entidades a que se refiere el artículo como vinculadas a su personal por presunto contrato de trabajo? La respuesta tiene que ser negativa porque, como se ha visto, esa institución no tiene ni puede tener fines de lucro sino de utilidad pública desinteresada y en consecuencia nada cobra por los servicios que presta. De modo que aunque jurídicamente sería posible que personas desinteresadas fundaran una institución semejante que se gobernara por las reglas atinentes del Código Civil, pues nuestra legislación prevé la existencia y funcionamiento de fundaciones y corporaciones como entes destinados al servicio desinteresado de un objetivo de beneficencia, de educación o de otros de utilidad común como pueden ser la investi-

gación científica y el adelanto de la técnica en las industrias agrícolas y pecuaria, el hecho es que la corporación Instituto Colombiano Agropecuario fue creado y organizado como un establecimiento público de la Nación dependiente de la rama administrativa como se ha visto en los decretos orgánico y reorgánico de esa entidad y en la declaración expresa del artículo 46 del Decreto extraordinario 3117 de 1963 en consonancia con lo dispuesto en el Decreto 550 de 1960 para los efectos de la reorganización administrativa que ha surgido de la Ley 19 de 1958.

Se tiene entonces que, de conformidad con el artículo 1º del Decreto extraordinario 1732 de 1960 "sobre servicio civil y carrera administrativa". "Se consideran funcionarios o empleados de la rama ejecutiva del poder público, para los efectos previstos en los artículos 4º y 5º de la reforma constitucional que recibió su aprobación en el plebiscito del 1º de diciembre de 1957, todas las personas naturales que prestan de manera regular sus servicios en funciones o empleos permanentes no adscritos a rama distinta, creados o autorizados por la ley y remunerados por el Estado en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales y en los establecimientos públicos, bien que estos empleados estén frente a la administración en una situación estatutaria o vinculados a ella por un contrato de trabajo". Y se agrega en el segundo inciso: "Los empleos civiles de la rama ejecutiva integran el servicio de la República".

Queda con ello perfectamente claro que puede haber empleados públicos de la Rama Administrativa con vínculo contractual o, en otras palabras, que no es la vinculación estatutaria del asalariado con la Administración lo que le da el carácter de empleado público, pues puede serlo también mediando un contrato, expreso o presunto sobre prestación de servicios.

Sabido cuáles son los empleados o funcionarios que integran el servicio civil de la República, ya estén vinculados estatutariamente o ya contractualmente a la Rama Administrativa, véase ahora cuáles son los trabajadores no comprendidos en el Servicio Civil. Lo dice el tercer inciso del artículo 1º del Decreto 1732 que se viene transcribiendo:

"Quienes prestan al Estado servicios ocasionales, como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o de una obra, son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el Servicio Civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes".

Esto significa que todos aquellos empleos remunerados y de aceptación voluntaria que se creen con carácter permanente —porque se considera necesaria para la marcha regular de la Administración la continua prestación del servicio respectivo— se incluyen en los cuadros del servicio civil, y quienes los desempeñan son por eso **empleados públicos**. Y, por el contrario, quienes prestan mediante contrato presunto o expreso servicios eventuales cuya ejecución temporal satisface la necesidad que determinó su contratación no se incluyen en los cuadros del Servicio Civil y son **trabajadores al servicio de la administración**, o de las entidades comprendidas en ella, sin el carácter de empleados pú-

blicos. Vienen así correspondiendo éstos a los meros "oficiales públicos" dentro de la clasificación del artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal.

Según el Decreto 1732 los cuadros del Servicio Civil necesariamente han de servir de base para el paulatino implantamiento de la carrera administrativa. Y la elaboración de tales cuadros implica la clasificación de los empleos públicos, que ha de hacerse teniendo en cuenta, dice el artículo 11, "a) Las funciones correspondientes; b) Las responsabilidades inherentes, y c) Los requisitos mínimos o calidades que se exigen para su desempeño". El artículo 12. estatuye que "la clasificación será el elemento fundamental que se tomará en cuenta para determinar la remuneración correspondiente de cada clase de empleo, la naturaleza y modalidad de las pruebas para seleccionar el personal por concurso, y con base en ella se formará el Manual descriptivo de clases de empleos y se organizarán los cuadros del personal administrativo".

Pertencen a la Carrera Administrativa todos los empleos del Servicio Civil, según el artículo 36 del decreto que se viene analizando, con las excepciones establecidas en el mismo, entre las cuales están:

"1) Quienes presten sus servicios por tiempo parcial o discontinuo".

Armoniza esta disposición con lo establecido en el último inciso del artículo 1º del Decreto 1732 de 1960.

Por el Decreto 1678 de 1960 se adopta una nomenclatura y una escala de sueldos para los empleos del servicio civil, y por 2153 de 1961 se complementa.

Como puede observarse con la simple lectura de las clases de cargos o empleos que aparecen en orden alfabético, muchos de los oficios que requieren un mínimo de preparación y técnica o simple práctica y que en rigor, podrían ser desempeñados por cualquiera que no tuviera la calidad de empleado según la definición de "oficial público" que da el ordinal 3º del artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal, han quedado clasificados como **empleados públicos** en los cuadros del Servicio Civil y, por tanto, con las excepciones ya dichas, como cargos de Carrera Administrativa. Por vía de ejemplo pueden mencionarse los de acarreadores y aseadores, lavanderas, etc. Con requisitos de mayor preparación práctica pero que también podrían ser desempeñados por cualquier conocedor del oficio sin la investidura de empleado público se tienen los albañiles, artesanos (indeterminados), cocineros, estibadores, latoneros, panaderos, peinadores y peluqueros, entre otros. Se deduce de todo lo dicho que interpretando el espíritu del Constituyente y del Legislador al crear las instituciones denominadas Servicio Civil y Carrera Administrativa con el propósito de hacer más eficiente la administración pública y de ofrecer a sus servidores garantías de ingreso y ascenso a base de capacidades y méritos, a la vez que ofreciéndoles estabilidad y adecuada remuneración en el empleo, prácticamente todos los oficios están o pueden quedar incluidos en los cuadros del Servicio Público y a quienes ocupen los cargos en ellos previstos cobijan las regulaciones pertinentes, tanto las subjetivas o individuales como las relativas o los derechos sindicales.

En el artículo 12 del Decreto 1732 de 1960 se dispuso:

“Los establecimientos públicos e institutos descentralizados, así como los demás organismos que se rijan por estatutos especiales, adoptarán una nomenclatura de empleos y una escala de sueldos para su personal, sujetándose a las normas que sobre el particular dicte la Comisión de Reclutamientos, Ascensos y Disciplina”.

Según aparece de los documentos enviados por el señor Director del I. C. A., dicho establecimiento ha venido ocupándose en la clasificación de su personal permanente desde 1963, estableciendo los requisitos de ingreso a cada cargo y los de ascenso y señalando las remuneraciones correspondientes dentro de las regulaciones relativas a los cuadros del Servicio Civil.

En los Acuerdos números 4 y 5 expedidos por la Junta Directiva en diciembre de 1966, que modifican otros de años anteriores, está clasificado, respectivamente, el personal de profesionales y el administrativo y auxiliar de técnicos al servicio de la institución.

Por Resolución número 427 de diciembre de 1966, el Director General del I. C. A., con facultades otorgadas por la Junta Directiva, modifica otra resolución suya dictada en 1965 sobre nomenclatura de trabajadores, a jornal. En ella están clasificados oficios que requieren el mínimo de preparación y práctica y que se ejercen bajo la inmediata dirección y supervisión de personal técnico tales como aseadores, auxiliares de casino, auxiliares de operaciones de campo, ayudante de oficios varios, celador, latonero, pintor, obrero (indeterminado) etc. Y en la escala de salarios, según el grado que se obtiene por antigüedad en la prestación satisfactoria del servicio respectivo, se fijan desde el mínimo, que es de \$ 16.00 diarios, hasta \$ 23.00 por ejemplo, en el caso de los aseadores, y de los ayudantes de invernadero: hasta \$ 35.00 a los obreros indeterminados: hasta \$ 45.00 a los operadores de maquinaria agrícola, y hasta \$ 41.00 a los denominados auxiliares de operaciones de campo, entre los cuales podría clasificarse a los jornaleros de menor preparación para las labores agrícolas y ganaderas.

Pero como se expresa en los acuerdos sobre nomenclatura del personal técnico y administrativo, los trabajadores que havan adquirido práctica y conocimientos técnicos dentro del mismo Instituto por cuanto éste ejerce también la docencia de su propio personal, van siendo promovidos a empleos de carácter administrativo y auxiliar técnico que están clasificados como de Servicio Civil. En síntesis, no obstante que el personal de jornaleros no aparezca en los cuadros de empleos permanentes, sus labores sí lo son en el Instituto y la permanencia y los ascensos les han quedado garantizados al cumplirse lo acordado en la cláusula cuarta de la Convención Colectiva de Trabajo entre el I.C.A. y “Sinaltraica” el 20 de mayo de 1964, que dice “Régimen de Ascensos”. “En el proyecto de régimen de ascensos que el I.C.A. tiene programado reclamentará la forma de que para llenar las vacantes en puestos calificados se tenga en cuenta a sus trabajadores que por su capacidad, antigüedad, y eficiencia estén en condiciones de suplir la vacante respectiva. La calificación final y decisión la dará el respectivo Director de Centro o Estación, quien estudiará el concepto dado por el Jefe inmediato del aspirante”.

Las Resoluciones del Director General del I. C. A., citadas atrás demuestran que se está cumpliendo lo pactado. Así pues, los jornaleros vienen a quedar en la realidad, en virtud de los reglamentos del I.C.A., como personal ocupado en labores que éste mantiene permanentemente en una especie de aprendizaje necesario para figurar luego en el personal de nómina, y ésta es su aspiración y el derecho que el propio Instituto les reconoce. De otro lado, y, en definitiva, ese personal por la índole permanente de los trabajos que el Instituto desarrolla según sus objetivos, tiene ocupación también permanente en las labores a que se destina, en uno u otro de los lugares donde ejerce su misión.

En tales circunstancias de hecho y de derecho no encuentra esta Sala que el artículo 36 de los Estatutos de la Corporación I. C. A. aprobados por el Decreto 2228 de 1966 del Gobierno Nacional, infrinja el artículo 5º del Código de Régimen Político y Municipal, ni el 4º del Decreto 2127 de 1945, ni el 416 del Código Sustantivo del Trabajo al declarar que los "trabajadores de la Corporación tendrán el carácter de empleados públicos, y como tales serán afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión".

Y, finalmente, el derecho a presentar y negociar pliegos de peticiones y contratos colectivos de trabajo, es el único que está en juego en esta litis promovida por el Sindicato de Trabajadores del I.C.A. (Sinaltraica).

La demanda enfoca exclusivamente el caso de los **jornaleros** al servicio del I. C. A., pero se observa que dicho Sindicato, —cuyos estatutos no fueron traídos al juicio— parece por su denominación comprender a todas las personas que trabajan al servicio de dicha entidad. En tales circunstancias es de todo punto evidente que debe entenderse comprendidos en el Sindicato, (es decir, con derecho a afiliarse a él) todos los individuos a quienes se refiere el nombre de esa organización sindical. Si ello es así, porque se trata de un sindicato de base, no puede pretenderse que simultáneamente sea Sindicato de Empleados Públicos que no pueden presentar pliegos de peticiones, ni celebrar convenciones colectivas de trabajo y sindicato de un grupo limitado que por ser pagados a jornal deba considerarse como "sindicato de trabajadores oficiales" para tener aquellas prerrogativas que no incluyen a "los sindicatos de empleados públicos" según el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo. Tal norma se refiere a "los sindicatos de empleados públicos", por una parte; y por la otra a "sindicatos de trabajadores oficiales" que no se puedan clasificar como empleados públicos. Lo uno excluye lo otro. De no ser así se estaría entendiendo que el artículo 416 autoriza el que un mismo Sindicato de base se pueda considerar lo uno y lo otro para los efectos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas a nombre de una parte de sus afiliados y no de la totalidad de ellos.

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 colaborador Fiscal,

Falla:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Este fallo fue discutido y aprobado por la Sala en la sesión del 26 de junio del año en curso.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

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

Marco A. Martínez B., Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

I. ORDEN PUBLICO ECONOMICO.— Costo de la educación.

El mantenimiento del orden público, y del orden público económico desde luego, por ser facultad expresa conferida por la Constitución al Presidente de la República exige el otorgamiento de los medios indispensables para su efectivo cumplimiento. Ha ejercido el señor Presidente en el Decreto 156 de 1967 esa potestad reglamentaria en materia económica relacionada con el costo de la educación; ha ejercido el poder supremo de policía económica, ha velado por el cumplimiento de las leyes y por su eficaz ejecución, y ha pretendido conservar el orden público económico, funciones todas para las cuales está facultado por la misma Constitución.

II. INSTRUCCION PUBLICA Y EDUCACION OFICIAL.— No

se debe incurrir en el grave error de confundir la educación pública con la educación oficial. La primera está a la disposición, como su nombre lo indica, de todo el público, y ella puede ser oficial o no oficial. En contraposición a ella, con carácter restrictivo, está la privada, destinada a educar un determinado grupo de personas seleccionadas con un determinado criterio, que podría ser el religioso u otro cualquiera.

III. LIBERTAD DE ENSEÑANZA.— No se restringe esta liber-

tad cuando se controlan los costos educacionales. Por el contrario, este control garantiza el "derecho de aprender" y a quienes tienen el "derecho de enseñar" se les dice simplemente que pueden ejercitarlo dentro de las normas legales de orden económico.

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

(Consejero ponente: Doctor Alfonso Arango Henao).

Ref.: Expediente N° 918.

En su nombre y ejercitando la acción pública, el doctor Alfonso Uribe Misas, por medio de extenso y erudito libelo, demanda del Con-

sejo la nulidad total del Decreto 156 de 5 de febrero de 1967, en cuyos treinta y siete artículos "se reestructuran las Juntas Regulatoras de Matrículas y Pensiones y se dictan otras disposiciones".

Además de la suspensión provisional que oportunamente fue atendida, el actor subsidiariamente pide de esta corporación la declaración de la nulidad de aquellos artículos del decreto acusado que ella "considere inconstitucionales".

Estima la demanda, en primer término, que el Presidente de la República "no puede invocar el artículo 120, numeral 13, de la Constitución Nacional, para intervenir en la educación privada, ya que la función administrativa que le otorga ese artículo no es aplicable, sino a la educación **oficial**", por lo cual, considera nulo el texto íntegro del decreto acusado. Por ello, continúa diciendo el doctor Uribe Misas, que solicita "la declaración de nulidad solamente en cuanto ese decreto se refiere a la educación **privada**, ya que el Presidente sí puede, de acuerdo con ese artículo, 'reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional', o sea, la educación **oficial**".

Para el actor los textos constitucionales infringidos por el Decreto 156, a más del numeral 13 del artículo 120 ya mencionado, son los siguientes:

a) El artículo 41, porque el decreto desconoce la libertad de enseñanza, y porque la norma constitucional invocada no ha sido reglamentada por el Congreso, porque no habiendo ley reglamentaria del artículo 41 de la Constitución, el Presidente de la República no puede invocar norma legal alguna para justificar la expedición de acto impugnado, y porque el ejecutivo no está facultado para reglamentar el texto del artículo 41 señalado como infringido;

b) El artículo 16, porque el artículo 18 del Decreto 156 dispone "que los alumnos no están obligados a obedecer a sus superiores cuando éstos organizan excursiones o visitas con fines de estudio o de recreación, con lo cual el Gobierno, lejos de 'cumplir los deberes sociales del Estado', uno de los cuales es el apoyar la autoridad del magisterio, introduce la rebelión y la anarquía en los establecimientos docentes privados, extraña manera de proteger a los educadores en el ejercicio de su profesión, en su honra y su patrimonio";

c) El artículo 17, porque el decreto acusado en lugar de proteger el trabajo de los educadores, "los molesta y los persigue y los priva de la 'libertad de enseñanza' que les garantiza el artículo 41 de la Constitución";

d) El artículo 20 por cuanto éste prohíbe la extralimitación de funciones, "la cual campea a todo lo largo del decreto";

e) El artículo 26, porque el artículo 28 del Decreto 156 establece la retroactividad cuando obliga la devolución de sumas que se recaudaron con anterioridad a su vigencia y porque no permite la defensa ante tribunal competente, sino ante el mismo Gobierno que es quien impone tal obligación;

f) El artículo 30, porque el decreto desconoce la propiedad que tienen los institutores privados sobre sus empresas educativas y los derechos adquiridos por ellos conforme a las leyes sobre prensa, propiedad literaria, industrial, intelectual, "good will", "el prestigio y honor profesional";

g) El artículo 34, porque el 28 del Decreto 156 "obliga a los institutores a devolver el llamado 'excedente' que hayan cobrado, el cual habra sido fijado caprichosa y dictatorialmente, pero no se sabe, porque el decreto no lo dice, si lo lleva a sus arcas o se lo entrega al presunto 'papá', damnificado";

h) El artículo 35, porque el decreto acusado en el literal c) del artículo 15, impide a los institutores privados hacer las publicaciones que están protegidas como propiedades literarias y artísticas;

i) El artículo 39, porque los institutores privados no podrán ejercer la profesión del magisterio al darle aplicación al Decreto 156 "y por cuanto aun los mismos y desconocidos institutores del futuro se verán impedidos para fundar un establecimiento docente (artículo 10 del decreto)";

j) El artículo 42, porque el literal c) del artículo 15 del decreto impide a los institutores privados para hacer la publicación de sus revistas, anuarios y boletines;

k) El artículo 46, porque el decreto impide a los mismos institutores privados "efectuar reuniones y recepciones"; y

l) Los artículos 55, 56, 57 y 58, "en cuanto aquel estatuto desconoce la tridivisión del Poder Público, o sea, la separación de las tres ramas que lo constituyen".

Conviene, ante todo, y para un mejor entendimiento del problema planteado, recordar algunos antecedentes del Decreto 156 "por el cual se reestructuraron las Juntas Reguladoras de Matrículas y Pensiones, y se dictan otras disposiciones", el que fue dictado por el señor Presidente de la República "en uso de la facultad constitucional que le confiere el ordinal 13 del artículo 120 de la Constitución Nacional".

Desde el año 1943 el Congreso de Colombia, ante la difícil situación de carácter económico porque atravesaba el país, resolvió dictar la Ley 7ª de ese año tendiente a prevenir las indebidas especulaciones en artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo colombiano y entendió por éstos las drogas, los víveres y las mercancías de ordinario consumo entre las clases populares. Esta ley que hasta ahora no ha sido derogada, conserva su vigencia con la adición que posteriormente le hiciera el Decreto 0244 de 3 de febrero de 1951, cuando en su artículo 1º dispuso que "las disposiciones del artículo 1º de la Ley 7ª de 1943 se adicionan así:

Igualmente no podrán ser materia de indebidas especulaciones el precio de las matrículas y pensiones de los establecimientos de enseñanza privada, tanto primaria como secundaria y universitaria".

Y el artículo 2º del mismo Decreto 244 dio al Ministerio de Educación Nacional la facultad de "dictar las medidas de control relacionadas con los establecimientos de enseñanza privada, señalar las funciones a que dicho control deba ceñirse, establecer las sanciones para la efectividad de las medidas que se acuerden, pudiendo delegar en las Secretarías de Educación el control de los establecimientos situados en los departamentos".

Este decreto dictado por el Presidente de la República en asocio de todos sus Ministros, "en uso de las facultades constitucionales" y teniendo en consideración el decreto por el cual se declaró turbado el orden público el 9 de noviembre de 1949, es hoy ley de la República en virtud de la 141 de 1961 que dispuso en su artículo 1º adoptar como leyes todos los decretos dictados desde el 9 de noviembre de 1949 hasta el 20 de julio de 1958. Por lo mismo, también está en plena vigencia, pues no ha sido modificado ni derogado.

En 1949 el Gobierno Nacional "en uso de sus facultades legales" por medio del Decreto 1194 de 27 de abril, se ocupó de la reglamentación del uso de algunos bienes del Estado en los establecimientos de educación.

Desde 1953 se dictaron por el Gobierno normas relacionadas con los uniformes escolares, con la compra de textos, con la imposición de cuotas voluntarias y con las obligaciones impuestas a los alumnos de planteles oficiales y particulares de concurrir a espectáculos dentro o fuera de los establecimientos, mediante el pago de la correspondiente boleta de admisión, y el Decreto 0114 de 17 de enero de ese año, estableció las sanciones para castigar a los infractores con el "retiro de la aprobación de estudios y la suspensión de los auxilios y becas oficiales, si los tuvieren o con el retiro de la licencia de funcionamiento si no gozaren de los anteriores". (Art. 3º).

El Presidente de la República, en asocio de su Ministro de Educación, dictó en 1956 el Decreto 2846 de 23 de noviembre, por medio del cual estableció normas sobre uniformes escolares en los planteles de educación primaria y secundaria, tanto públicos como privados, y dentro del mismo estatuto prohibió el cobro de pensiones escolares durante los meses de vacaciones de fin de año, y prohibió también hacer cobro de las mismas anticipadamente y a buena cuenta de las que se causarían en el año subsiguiente. Estableció este decreto, además, la vigilancia por parte del Ministerio de Educación, al que autorizó para sancionar a los contraventores de las normas dictadas, con "la revocatoria de la licencia para funcionar y el retiro de la aprobación de estudios"

Años después, el 29 de noviembre de 1961, el Presidente de la República, con la firma de su Ministro de Educación, con apoyo en el artículo 41 de la Carta y en el Decreto legislativo 244 de 1951 que ordenó que "no podrá ser materia de indebidas especulaciones el precio de las matrículas y pensiones de los establecimientos de enseñanza privada," y que confirió al mismo Ministerio las medidas de control facultándolo a la vez para la imposición de sanciones a los contraventores de las medidas acordadas para tal fin, dictó el Decreto 3040 de ese año, "por el cual se crean en el país las Juntas de Regulación de Ma-

trículas y Pensiones en los establecimientos de educación elemental, media y superior no universitarias, públicos y privados y se reglamenta el procedimiento para autorizar modificaciones del valor de tales derechos”.

Este Decreto 3040 organizó dentro del Ministerio de Educación Nacional, única entidad autorizada para ello por una norma superior, la Junta Reguladora de Matrículas y Pensiones, con personal del mismo Ministerio, la cual quedó controlada por un comité integrado por cuatro ex-Ministros de Educación que confirmaría o improbaría las decisiones tomadas por la Junta.

El mismo decreto ordenó a los Gobernadores de los departamentos y al Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, formar Juntas similares a la creada dentro del Ministerio de Educación Nacional, dejando a ésta la facultad expresa de aprobar o improbar las decisiones de las Juntas Distrital y Departamentales. Las Juntas Nacional, Departamental y Distrital, quedaron facultadas para estudiar todo lo relativo a las alzas de matrículas, las que llegado el caso de decretarlas, se llevarán a efecto por medio de providencias suscritas por el Ministro de Educación Nacional o por los correspondientes Secretarios de Educación en los departamentos. Además, el mismo decreto facultó expresamente al Ministerio de Educación Nacional para reglamentar el Decreto 3040 que rige desde el 29 de noviembre de 1961, fecha de su expedición.

En 1962 volvió el Gobierno a ocuparse de la reglamentación de los costos de la enseñanza en los establecimientos de educación elemental, media y normalista, públicas y privados, y fue así como produjo el Decreto 2761 de 10 de noviembre de ese año, el cual se dictó con fundamento en consideraciones basadas en la Constitución Nacional, en varios decretos que tuvieron por fin hacer menos gravoso para los padres de familia el costo de la educación de sus hijos, y en el Decreto legislativo 244 de 1951, al cual se hizo alusión anteriormente.

Este Decreto 2761 de 1962 prohibió, a partir del 8 de octubre del año de su expedición, a todos los establecimientos, oficiales y privados, de educación elemental, media y normalista, imponer a sus alumnos, padres de familia o acudientes, “erogación alguna distinta del valor de las matrículas, pensiones y servicio de bus que venían rigiendo en el territorio nacional el 31 de agosto de 1961, o de las autorizadas por las Juntas Reguladoras de Matrículas y Pensiones”, so pena de la suspensión de la licencia de funcionamiento o de la de aprobación de estudios por término de uno a tres años.

“El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales y en especial de las que le confieren el artículo 120, ordinal 13, de la Constitución Nacional y el Decreto legislativo número 244 de 1951”, decretó por medio del número 83 de 23 de enero de 1964, una adición a los reglamentos sobre matrículas y pensiones, tendiente más que todo a hacer efectivo su control “en los establecimientos no oficiales” y a recalcar sobre las sanciones para los planteles de educación que violaren “las disposiciones vigentes sobre costos de enseñanza”.

Dice el artículo 2º de este decreto, que el Ministerio de Educación Nacional sancionará a los contraventores con multas hasta de diez mil pesos y que "contra la providencia que imponga la multa, procederá el recurso de reposición por la vía gubernativa". Continúa el decreto haciendo prevenciones a los directores de establecimientos de educación "oficiales o no oficiales" y adiciona el artículo 26 bis del Decreto 30 de 1948 y el artículo 37 del Decreto 1135 de 1952, e impone obligaciones relacionadas con los costos de las matrículas y pensiones a los mismos directores de planteles "oficiales y no oficiales", para dictar por último normas preventivas para el cumplimiento de las relacionadas con los costos de matrículas y pensiones y establecer las sanciones en caso de infracción por parte de los establecimientos educacionales o de sus Directores.

Este recuento histórico que no pretende contener íntegramente las disposiciones relativas a la educación tanto oficial como privada, se ha efectuado con el fin de hacer resaltar el hecho de que, desde la vigencia de la Ley 7ª de 1943, y mejor aún, desde la adición de su artículo 1º con el artículo 1º del Decreto legislativo 244 de 1951, el Gobierno, representado por mandato de la Constitución Nacional en su artículo 57, por el Presidente de la República y por el Ministro de Educación Nacional, ha venido ejercitando las facultades legales y constitucionales para ocuparse de los diversos tópicos de la educación nacional en establecimientos públicos y privados, y del costo de la misma que ha sido considerada a partir de 1951 como materia que no podrá ser motivo de "indebidas especulaciones" en los establecimientos docentes de nivel primario, secundario y universitario.

Porque el primer cargo de la demanda, sintetizado por su autor, dice que "el Gobierno, con el pretexto de controlar el régimen económico de los institutos de la educación privada, invade la enseñanza misma y la privada de esa preciosa 'libertad' que le 'garantiza' el artículo 41 de la Constitución", (fls. 1 y 2), para agregar luego: "Debo manifestar, ante todo, que, al solicitar la declaración de nulidad del Decreto 156, pido que la nulidad se aplique a ese estatuto en su totalidad, considerado como un todo jurídico indivisible; de manera que sean anulados todos y cada uno de sus treinta y siete artículos" (fl. 46).

Por ello fue que el actor en su libelo insistió en la nulidad "solamente en cuanto el decreto se refiere a la educación privada, ya que el Presidente sí puede, de acuerdo con ese artículo (se refiere al 120 numeral 13 de la Carta) 'reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional', o sea, la educación oficial". Y para ello, refiriéndose al único considerando, el decreto acusado, dice que él "marca el límite dentro del cual debe situarse el honorable Consejo de acuerdo con las normas procesales de la 'litis contestatio', o materia del juicio...".

Mas, como es deber del juez analizar en la motivación de su fallo todos los hechos importantes relacionados con las cuestiones de derecho que se van a resolver y "las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión", se ha visto precisada la Sala a exponer en esta providencia, como se ha dejado escrito, el origen histórico legal de la norma acusada, cumpliendo así con el precepto de carácter general trazado en el artículo 471 del Código Judicial, sin pa-

sar por alto el estudio de las disposiciones constitucionales invocadas por la demanda, las cuales se habrán de analizar separadamente para un mejor fundamento de la sentencia.

Que el decreto acusado viola el numeral 13 del artículo 120 de la Carta, sostiene la demanda, porque el Presidente de la República no puede invocar ese precepto "para intervenir en la educación privada, ya que tan sólo puede aplicarlo a la educación oficial", y al hacerlo en la forma expresada en el Decreto 156, el Gobierno se tomó facultades que no tiene en virtud del numeral invocado ni de disposición legal alguna.

Quizá asista la razón al demandante cuando ha enfocado el ataque al decreto acusado, planteando el problema por el aspecto exclusivo de la intervención del Estado en la educación. Pero estima la Sala que el decreto impugnado no trata de la educación misma, sino del aspecto económico que necesariamente ella conlleva, desde el momento en que se ocupa, principalmente, de la reestructuración de las juntas reguladoras de matrículas y pensiones las cuales cumplen funciones de orden económico relativas a los establecimientos educacionales de carácter público y privado. No se debe pasar por alto, como lo hizo la demanda, que está vigente la Ley 7ª de 1943 que contiene normas de orden público económico, las cuales fueron adicionadas de manera expresa por el Decreto legislativo 244 de 1951 que es ley de la República, cuando expresamente en su artículo 1º dispuso que "igualmente no podrá ser materia de indebidas especulaciones el precio de las matrículas y pensiones de los establecimientos de enseñanza privada, tanto primaria como secundaria y universitaria".

Como los tópicos tratados hacen alusión de manera casi exclusiva a la regulación de orden económico y a prevenciones sobre el cumplimiento de las mismas, estima la Sala que tal invocación no reviste, en el caso debatido, la trascendencia que le ha querido dar el demandante.

Respalda esta apreciación el moderno pensamiento de los estudiosos franceses, traducido en la Constitución de ese país del año de 1958, que sienta el principio de que el Gobierno, llamado a ejecutar las leyes, puede reglamentar no sólo las tenidas estrictamente como tales, sino también la Constitución que ha sido denominada con sobrada razón "ley de leyes". Teniendo por otra parte, el Presidente de la República la ineludible y expresa obligación consignada en el mismo artículo 120 de la Carta, en su numeral 2º, de obedecer las leyes y de "velar por su exacto cumplimiento", perfectamente, en desarrollo del numeral 3º del mismo artículo, puede proceder a la reglamentación de las mismas, dictando decretos, como el 156, tendientes a su "cumplida ejecución" que tiene por fin "conservar en todo el territorio el orden público", y desde luego el económico, haciendo prevenciones de policía económica como las contenidas en el decreto que se acusa. Ya lo dijo muy claramente el Consejo en sentencia de noviembre 14 de 1962, publicada en el tomo LXV, números 399 y 400, páginas 43 y siguientes de sus Anales, que "no sólo la ley puede prohibir ciertos hechos y fijar las sanciones correspondientes, sino que igual cosa se puede hacer en la orden y decreto, actos típicamente administrativos".

El mantenimiento del orden, y del orden público económico, desde luego, por ser facultad expresa conferida por la Constitución al Presidente de la República, exige el otorgamiento de los medios indispensables para su efectivo cumplimiento. Por ello el mismo Consejo, en la sentencia aludida, dijo con gran acierto que "precisamente, como contrapartida necesaria de mantener el orden, al Presidente de la República se le dota de los instrumentos jurídicos indispensables para alcanzar aquella finalidad esencial, allí está el origen del poder supremo de policía, (y de policía económica agrega la Sala), que se desenvuelve en una facultad de reglamentación independiente de la ley y en una compulsión directa".

Ha ejercitado el señor Presidente de la República en el Decreto 156, esa potestad reglamentaria en materia económica, relacionada con el costo de la educación, ha ejercido el poder supremo de policía económica, ha velado por el cumplimiento de las leyes y por su eficaz ejecución, y ha pretendido conservar el orden público económico, funciones todas para las cuales está facultado por la misma Constitución. Si sus procedimientos se han sujetado a las normas de la Carta y se ajustan a las leyes vigentes como la 7ª de 1943 y al Decreto legislativo 244 de 1951, una invocación como la traída por el Decreto ejecutivo 156 que, como se ha visto tiene dos aspectos marcadamente, diferentes, el educacional y el económico, no es causal suficiente para producir un fallo anulatorio integral como lo pretende la demanda.

Pudiendo el Ejecutivo, como se ha visto, desarrollar en determinados casos las disposiciones del estatuto fundamental, y siendo éste la ley superior o ley de leyes, no sólo encontrará la Sala bien hecha, bajo el aspecto anotado, la invocación del numeral 13 del artículo 120, de la Constitución Nacional, sino que respalda y halla sujeta la actitud presidencial en las otras normas de carácter superior que se han dejado puntualizadas en todo lo que hasta aquí se ha dicho. Por tales razones, no prospera el primer cargo inteligentemente formulado por el doctor Uribe Misas en su demanda materia del presente fallo, y por lo mismo no se accederá a la anulación integral, o, "en su totalidad", como lo pide el actor

A pesar de que la demanda dice que es inútil, ante el cargo anterior, "detenerse en cada artículo del decreto para decir qué textos constitucionales viola, "siempre atacó gran parte del articulado del Decreto 156, el cual pasa a estudiarse, descartando, desde luego, aquellos artículos que no han sido demandados los que, acusados, señala el libelo los textos infringidos pero sin concretar los cargos y aquellos que, a pesar de estimarse violados por el actor en la demanda, ella no indica la norma que el demandante estima quebrantada.

Para el doctor Uribe Misas los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º que organizan y señalan las funciones de la Junta Reguladora de Matrículas y Pensiones, juntamente con el 33 del Decreto 156, forman "un todo jurídico e indivisible, de carácter procesal", y constituyen "una jurisdicción especial de carácter puramente gubernamental o administrativo", con lo cual el Gobierno está administrando justicia, función privativa de la rama jurisdiccional del poder público, y por lo tanto este grupo de artículos, viola los 55, 56, 57 y 58 de la Constitución Nacional, texto que, según el actor, aparecen infringidos además por to-

dos y cada uno de los artículos del decreto acusado, "puesto que ese estatuto es una especie de codigullo indivisible tendiente a procesar y condenar a los establecimientos docentes".

La demanda, luego de transcribir los artículos de la Constitución que estima violados, (55 a 58), afirma categóricamente que no es función propia del Gobierno la de administrar justicia y que él no puede, por medio de las Juntas Reguladoras de Pensiones y Matrículas "dirimir las diferencias que surjan entre institutos docentes y alumnos o padres de familia, por razón de faltas o abusos cometidos por aquéllos, sino al Poder Judicial o Jurisdiccional", el que estará representado por los diferentes tribunales y juzgados que operan en Colombia, dentro de todos los ramos.

A juzgar por el contexto de la demanda en este punto, la acusación que es un poco vaga e imprecisa, se fundamenta en que, como lo dice el artículo 55 de la Carta, el Congreso, el Gobierno y los jueces tienen **funciones separadas**. Mas esa misma disposición agrega que estos órganos del poder público "**colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado**, por lo cual entendió el célebre tratadista de derecho público Duguit, una estrecha "colaboración de órganos de representación y una repartición de funciones".

"En Colombia la soberanía del Estado, —dice el profesor Tulio Enrique Tascón en su Derecho constitucional colombiano—, entendiéndose por tal la potestad de realizar el derecho, es ejercida por todos los poderes públicos, pero cada uno en la esfera de sus respectivas atribuciones, de una manera limitada, es decir, sin que ninguno sea soberano, en el sentido que le da a esta palabra la doctrina francesa, esto es, de poder incondicionado y absoluto". Y agrega más adelante el libro en mención en su página 137 que "el derecho público moderno no admite la separación de los poderes públicos; hay separación de funciones, pero no separación de órganos, los cuales, lejos de funcionar separadamente, colaboran armónicamente en el desempeño de las funciones del Estado".

•De allí que, dentro de nuestro poder público, conforme a estos principios, sí exista la separación de las funciones pero no la de los poderes como pretende la demanda, pues, ellos deben colaborar "armónicamente en la realización de los fines del Estado", según el precepto 55 de la Carta. Por esta razón se ve a la rama del poder legislativo ejercitando, de acuerdo con la Constitución funciones judiciales cuando juzga al Presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación y a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia (Num. 5º, artículo 102 C. N.); funciones de instrucción judicial cuando la Cámara de Representantes conoce las quejas y denuncias contra los mismos funcionarios, (Num. 6º ibidem); funciones administrativas cuando elige determinados empleados como al Contralor General de la República. Se observa, cómo dentro de nuestra organización administrativa, sujeta en un todo a los preceptos de la Carta, la rama jurisdiccional del poder público, además de dictar sentencias y autos, realiza funciones administrativas cuando nombra jueces y magistrados y éstos designan el personal subalterno, y cómo, las funciones legislativas no le son extrañas, cuando al sentar jurisprudencia, está interpretando las leyes a manera de doctrina. "El órgano eje-

cutivo realiza actos de administración, que es su función propia, pero, además, hace leyes en sentido material, cuando ejerce la potestad reglamentaria o hace uso de las facultades extraordinarias, y ejerce funciones jurisdiccionales cuando instruye sumarios o falla querellas de policía", dice el doctor Tascón en su obra en cita, y concluye que, "Lejos, pues, de estar aislados, los diversos órganos se encuentran compenetrados íntimamente, en acción recíproca de uno sobre otro".

Ahora bien, si el Gobierno, ejercitando las facultades reglamentarias propias, determinó reestructurar las Juntas Reguladoras de Matrículas y Pensiones, y en el decreto impugnado fijó las funciones de las mismas, no ve la Sala violación alguna a los artículos 53, 56, 57 y 58 de la Constitución Nacional, como tan claramente lo ha visto la demanda.

Que existe por parte del decreto impugnado una violación manifiesta al artículo 41 de la misma Constitución, sostiene, en extenso, el doctor Uribe Misas, con fundamento en interpretaciones de la Corte y el Consejo de Estado al numeral 13 del artículo 120 de la Carta en relación con la libertad de enseñanza consignada en el artículo 41 que dice en su inciso primero: "Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos".

Por su parte, el numeral 13 del artículo 120 de la Constitución, impone al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa el deber de "reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional".

Aunque la Sala ha visto el problema planteado desde el ángulo puramente económico, razón que la eximiría de adentrarse al punto relativo exclusivamente al de la educación, conviene hacer, como fundamento de este fallo, algunas anotaciones referentes al aspecto puramente educativo ya que él ha sido tratado en extenso por la demanda.

Para intervenir en la educación privada, sostiene el actor, el Presidente de la República "no puede invocar el artículo 120, numeral 13, de la Constitución, ya que la función administrativa que le otorga ese artículo no es aplicable, sino a la educación oficial". En el mismo libelo se lee: "De acuerdo con lo que acabo de decir, yo solicito la declaración de nulidad **solamente en cuanto ese decreto se refiere a la educación privada**, ya que el Presidente sí puede, de acuerdo con ese artículo, (se refiere al 120, Num. 13), 'reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional', o sea, la educación **oficial**".

Encuentra la demanda cierta sinonimia entre la "instrucción pública nacional" de que habla el numeral 13 del artículo 120 de la Carta y la "educación oficial", de que trata el libelo. Para la Sala no son sinónimas estas expresiones por multitud de razones que harían demasiado extenso este fallo si entrara a exponerlas; baste hacer resaltar que no se debe incurrir en el grave error de confundir la educación pública con la educación oficial. La primera está a la disposición, como su nombre lo indica, de todo el público, y ella puede ser oficial o no oficial,

En contraposición a ella, con carácter restrictivo, está la privada, destinada a educar un determinado grupo de personas seleccionadas con un determinado criterio, que podría ser el religioso u otro cualquiera.

Observando detenidamente la Sala todos y cada uno de los preceptos contenidos en el Decreto 156, el que como se ha dicho, es de carácter puramente económico, en cuanto él se refiere exclusivamente a la intervención del Estado en el costo de las pensiones y matrículas, en el costo de las tarifas de transporte de alumnos y de la imposición de sanciones a los contraventores de sus normas, no encuentra la Sala que ello implique una violación al principio de la libertad de enseñanza, el cual no ha tocado con el Decreto 156, pues, simplemente se ha desarrollado con él, el principio legal de que "el precio de las matrículas y pensiones de los establecimientos de enseñanza privada", "no podrá ser materia de indebidas especulaciones".

Si la ley ha determinado como norma de carácter de orden público económico el principio de la no especulación como se ha dejado expuesto en esta providencia, tampoco el decreto del ejecutivo que se acusa, ha infringido la norma contenida en el artículo 41 de la Carta, porue tales actuaciones, lejos de violarla, están desarrollando dentro de las normas constitucionales y legales, el cumplimiento de los fines sociales que se debe proponer, ante todo, la cultura, buscando dar una oportunidad igual, hasta donde las circunstancias alcancen, a todos los presuntos educandos de Colombia, para una "mejor formación intelectual, moral y física", como lo manda la suprema ley de este país.

Dar rienda suelta a los "apetitos económicos de quienes tienen en sus manos el negocio" o "la empresa" de la educación, que no la función humanitaria y social que ella conlleva, como que es desarrollo de una de las obras de misericordia: "enseñar al que no sabe", sería tanto como pretender el cumplimiento de todos los principios morales y de derecho, únicamente en beneficio de aquella clase que fuera favorecida con la fortuna de tipo económico, pues, las más débiles se verían precisadas a desistir de tan nobles empeños como educar a sus hijos, ante la imposibilidad en que los podrían colocar los establecimientos o empresas educacionales, si el Estado no cumpliera con la función tutelar a que está llamado en relación con las presuntas especulaciones que podrían presentarse.

Considera oportuno la Sala transcribir los comentarios del doctor Tulio Enrique Tascón al artículo 14 del Acto legislativo número 1 de 1936, o artículo 41 de la actual codificación constitucional. En su obra citada, se lee sobre el particular:

"Según M. Duguit, la libertad de enseñanza, ya se la considere desde el punto de vista del derecho de enseñar, ya desde el punto de vista del derecho de aprender, no es, en realidad, otra cosa que la libertad de opinión, la libertad de creencias, la libertad de comunicar a otros lo que se sabe, lo que se piensa, o lo que se cree".

"El mismo profesor agrega que los adversarios de la libertad de enseñanza reconocen al padre de familia el derecho de instruir por sí mismo a sus hijos, y que por la misma razón deben reconocer lógicamente el derecho de elegir con toda libertad los maestros que han de

suplir su propia e indiscutible facultad, y a los cuales confía la misión instructora que él no quería o no podía ejercer”.

Acaso con el control de los costos educacionales se está menoscabando la libertad de enseñanza entendida en los precisos términos anotados? No. Ellos garantizan más ese “derecho de aprender” de que nos habla el profesor Tascón; y a quienes tienen el “derecho de enseñar”, se les está diciendo simplemente que pueden ejercitarlo, pero dentro de las normas legales de orden económico, pues, el Estado está en la obligación de impedir que por los costos demasiado gravosos se restrinja el “derecho de aprender”. El Decreto 156 acusado no va, pues, contra la libertad de enseñanza que consiste en permitir a todo aquel que lo desee transmitir sus conocimientos, sus ideas, sus creencias, gratuita u onerosamente, dentro de las normas trazadas por la Constitución y las leyes, pero sin abusar, en caso de que desee cobrar, en el precio de sus enseñanzas. Por todo ello, deduce la Sala que no existe la violación señalada por el libelo al artículo 41 de la Carta.

Se queja la demanda de que la imposición de sanciones que contienen los artículos 9 y 10 del Decreto 156 de 1967, violan el artículo 39 de la Constitución, porque al imponer ellos sanciones como las allí contempladas, van directamente contra el principio fundamental establecido en nuestra Carta de que “toda persona es libre de escoger profesión u oficio”.

Sobre este particular no encuentra tampoco la Sala quebranto alguno, pues, se vuelve a repetir, no se ha tratado con el Decreto 156 ni “reglamentar”, ni “dirigir”, ni “inspeccionar” la instrucción pública nacional, sino simplemente regular con base en la función constitucional atrás mencionada y comentada, el costo de la educación en Colombia, la cual no puede ser materia de “indebidas especulaciones” cosa bien distinta, por cierto, a la que muy inteligentemente ha planteado la demanda. Vigente el Decreto 156, el principio constitucional de la libertad de escogencia de profesión o de oficio, no sufre el menor quebranto, pues, quien opte por la profesión de pedagogo, perfectamente puede hacerlo, pero sujeta desde luego a las exigencias que las leyes le hagan sobre su título de idoneidad y a cualquiera otra que una disposición de carácter general le imponga, como la limitación de sus ganancias si las va a deducir de matrículas y pensiones en un establecimiento de enseñanza privada, pues, ello “no podrá ser materia de indebidas especulaciones”, según el Decreto 244 de 1951. Es preciso diferenciar la libertad de enseñanza de la libertad de empresa.

Que el artículo 10 del Decreto 156 va en contra de la libre escogencia de profesión “por cuanto los institutores privados no pueden ejercer la profesión del magisterio al serles aplicado tal decreto, y por cuanto aun los mismos y desconocidos institutores del futuro se verán impedidos para fundar un establecimiento docente”, es punto de vista que no comparte la Sala, no sólo por las razones anteriormente expuestas, sino porque la profesión de institutor es una cosa distinta al establecimiento de una empresa, o negocio, que pueda conllevar la fundación de un “establecimiento docente”, el cual, como tal, tendrá que sujetarse a las normas previamente promulgadas para esta clase de organizaciones, dentro de las cuales están las del Decreto 156 acusado. Observa, además la Sala, que, como bien lo anota el demandante en sus pala-

bras que se acaban de transcribir, se trata de dos situaciones bien diferentes: la del institutor y la del establecimiento que puede ser o no persona jurídica, o simplemente la proyección comercial o educacional, como quiera entenderse, de una persona natural que es el institutor, quien libremente ha escogido esa profesión para su vida.

Sobre el artículo 11 acusado, después de hacer un introito de carácter procedimental con base en el Código Judicial y en el Decreto 2733 de 1959, dice la demanda que él "viola el artículo 30 de la Constitución que garantiza y protege, a más del derecho de propiedad 'los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'. Y uno de esos derechos reconocido por nuestras leyes procesales, es el derecho de apelar sin necesidad de comprarlo. Otra cosa podría suceder si la apelación se concediera en el efecto devolutivo, caso en el cual no se suspende la jurisdicción del inferior mientras la apelación se ventila".

Y más adelante dice el actor que la infracción a la norma constitucional invocada, obedece a dos razones: "primera, porque la propiedad que tienen los institutores privados sobre sus empresas educativas, consideradas por todos sus aspectos, es desconocida por el decreto; y, segunda, porque son desconocidos también por dicho estatuto los 'derechos adquiridos por los institutores con arreglo a las leyes civiles', como son la ley de prensa y las leyes todas que garantizan y protegen la propiedad literaria, la propiedad industrial, la propiedad intelectual, el 'good will', el prestigio y el honor profesional".

Observa la Sala que el demandante no precisa los derechos adquiridos por los institutores, por una parte, y por la otra, olvidó hacer alusión, como sí lo hace este fallo, al decreto legislativo que es ley en virtud de la 141 de 1961, que se distingue con el número 244 de 1951, que dispuso imperativamente que el precio de las matrículas y pensiones de los establecimientos de enseñanza privada no podría ser "materia de indebidas especulaciones" y que además facultó al Ministerio de Educación para reglamentar el Decreto 3040 que dio a las Juntas Reguladoras de Pensiones y Matrículas, la función de sancionar a los contraventores de las normas relacionadas con el costo de la educación.

En cuanto al recurso de apelación para cuyo ejercicio será "necesario consignar previamente el valor de la multa respectiva, valor que será devuelto en caso de que se revoque la providencia apelada", según el parágrafo del artículo 11, está acorde la Sala con la de Decisión cuando dijo que la "obligación de efectuar el pago de una multa previamente la concesión del recurso de apelación, sólo puede hacerse por mandato de la ley". Mas ello no significa que sea precedente a anulación del parágrafo transcrito, porque dentro de esta jurisdicción, esencialmente rogada, no se ha combatido por este aspecto el artículo, sino por violación de la Constitución, cuando manda garantizar los derechos adquiridos con justo título, por todo lo cual no aparece la infracción señalada en la demanda, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 1ª de 1963.

Al atacar el artículo 12 del Decreto 156 que sanciona con nota de mala conducta a los directores de establecimientos educacionales, ofi-

ciales o no, que violen las disposiciones reguladoras sobre los costos de pensiones, matrículas y transporte de alumnos, se lo acusa de ir contra el principio de presunción de buena fe y de hacer incurrir a la autoridad en petición de principio abusando del poder, "como si sus decisiones fueran incontestables"; pero la demanda no señala norma de carácter superior violada con él por lo cual este cargo no prospera.

El artículo 14 del decreto impugnado se acusa porque, según la demanda, él presenta "un caso de miopía intelectual" y "una visión recortada, absurdamente recortada, del vasto campo de la enseñanza, cuya complejidad se compone de inúmeros detalles, previstos los unos e imprevisibles los otros. Pues bien pueden comprender ustedes, señores Magistrados, que obligar a los institutores a moverse únicamente dentro del estrecho horizonte de matrículas, pensiones y gastos de transporte, es cortarles las alas a la iniciativa magisterial, y es violar irresponsablemente la libertad de enseñanza que garantiza el artículo 41 de la Constitución".

Ya se vio al estudiar el punto relativo a la libertad de enseñanza que consagra el artículo 41 de la Carta, cómo él no ha sido infringido por las normas del Decreto 156, las cuales no tienden a la inspección y vigilancia de los institutos docentes, sino al control de los precios que puedan ellos cobrar por concepto de matrículas, pensiones y servicios de transporte, con lo cual apenas está cumpliendo el Estado, representado en este caso por el Gobierno, con el primordial deber de conservar en todo el territorio de Colombia el orden público económico que puede ser quebrantado por los excesivos costos en la educación de la juventud que él habita.

A pesar de que la demanda se detiene en algunos comentarios sobre el artículo 17 del decreto impugnado, éste no puede ser materia de análisis, debido a que no se indican qué normas de carácter superior han sido violadas con él, pese a que en el "cuadro sintético de los textos constitucionales que viola el Decreto 156", trae el libelo bajo el punto cuarto esto: "El Decreto 156 viola el artículo 17 de la Constitución, según el cual, 'el trabajo gozará de la especial protección del Estado', por cuanto ese estatuto, lejos de proteger a los educadores, los molesta y los persigue y los priva de la "libertad de enseñanza" que les garantiza el artículo 41 de la Constitución".

Vuelve a insistir el libelo en el quebrantamiento del artículo 41 de la Carta por parte del artículo 18 del decreto que dispone que "las excursiones o visitas que con fines de estudio o de recreación programen los establecimientos docentes fuera de la localidad, no son obligatorias y, por consiguiente, no tienen incidencia en las calificaciones para los alumnos que no concurren a las mismas", con lo cual, al decir de la demanda, se les está diciendo a los alumnos: "no obedezcan, muchachos, no obedezcan, y bien sea que tengan o no que dar cuota para la excursión o visita". Este mismo artículo 18 del decreto, según el demandante, es violatorio también del artículo 16 de la Constitución, porque al no obligar a los estudiantes a que concurren a las visitas y excursiones recreativas, "lejos de 'cumplir los deberes sociales del Estado', uno de los cuales es apoyar la autoridad del magisterio, introduce la rebelión y la anarquía en los establecimientos privados, extraña ma-

nera de proteger a los educadores en el ejercicio de su profesión, en su honra y en su patrimonio”.

Para la Sala no existe ninguna de las dos violaciones señaladas por el actor. La del artículo 41 ya se ha repetido varias veces, es extraña, por las razones apuntadas en esta providencia. Y en cuanto a la del artículo 16 de la Carta, no puede presentarse porque, no es que el Gobierno, como lo afirma la demanda, les esté diciendo a los alumnos que se rebelen contra la autoridad de sus maestros, sino que les dice a éstos que no organicen excursiones ni visitas que graven el patrimonio de sus alumnos ni de los padres de éstos, fuera de la localidad donde funcionan los establecimientos educativos, porque ello puede incidir muy fuertemente en el costo de la educación de algunos de ellos, aunque se pretenda como fin real o pretextado, una visita o excursión de estudio o de sana recreación para los estudiantes. Y dentro de los “deberes sociales del Estado” de que habla la Constitución no está únicamente el de proteger a los educadores “en el ejercicio de su profesión, en su honra y en su patrimonio”, como lo invoca la demanda sino “el de proteger a todas las personas residentes en Colombia”, en sus bienes que pueden sufrir menoscabo con sistemas de enseñanza cuyo costo se eleva en razón de visitas, excursiones recreativas o instructivas que, cuando menos, como lo anota el demandante en su ejemplo, tienen que gravar al “papá” con el valor de los pasajes. Por ello, tampoco acepta la Sala este cargo que no prospera.

El artículo 21 del decreto dice que el valor de las matrículas en los establecimientos no oficiales en él señalados, no podrá exceder del valor de una pensión mensual de estudios, por lo cual el demandante estima que el Gobierno ha abusado desde el momento en que interviene en “la economía o régimen financiero de cada instituto privado” y les quita a los institutores privados el derecho de formar sus presupuestos de entradas y salidas, para terminar haciendo este interrogante: “Y será esta la ‘libertad de enseñanza’ que garantiza el artículo 41 de la Constitución?”

La Sala observa que ningún cargo concreto formula el demandante a este artículo 21, cuyos comentarios de orden puramente económico, llevaron al actor a formular un interrogante que no armoniza ni con el contenido mismo de la norma acusada, ni con las apreciaciones antecedentes a la pregunta formulada. Por esto, el pretendido cargo al artículo 21 tampoco prospera.

La demanda habla además de los artículos 27, que fija la cuantía de las multas con que se sancionará a los infractores del Decreto 156; del 31 que, al decir de la demanda, “induce a los ciudadanos a una dilación que se hace más cruel e irresponsable cada día”; al 32, que permite al Gobierno la investigación oficiosa de las violaciones al decreto demandado; al 38 (sic) —quizá se quiso hablar del 33—, que señala los recursos que proceden por la vía gubernativa, y al 36 que habla de la publicación de las sanciones a que dieron lugar los infractores del Decreto 156, pero, anota la Sala, que para la acusación de ninguno de ellos se citaron las normas que, por considerar infringidas, movieron al demandante a proponer la acción.

Resta sólo hacer el estudio de los artículos 15 y 28 del Decreto 156, los cuales fueron suspendidos provisionalmente por la Sala de Decisión en providencia de 28 de octubre de 1967, y sobre cuya nulidad se pronunció favorablemente la Fiscalía 4ª de esta corporación.

La suspensión del artículo 15 se fundamentó en que las contribuciones que en él se prohíben no son forzosas, sino voluntarias, "y como tales no las puede prohibir el Gobierno porque ello va contra los derechos individuales que ampara la Constitución".

Releyendo detenidamente la demanda en los apartes en que ella acusa el artículo 15 del Decreto 156, se tiene que los cargos se formularían exclusivamente contra los literales c) y d) en los términos que en seguida se sintetizarán.

Vale la pena copiar el artículo 15 que dice así:

"Quedan igualmente prohibidas todas las contribuciones en dinero o en especie que a continuación se citan:

- a)
- b) Para escudos, anillos de grado, mosaico, pergaminos y álbumes;
- c) Para la adquisición o edición de anuarios, revistas, boletines y publicaciones de todo género;
- d) Para la asistencia a espectáculos, reuniones, paseos y recepciones, organizados dentro o fuera de los planteles;
- e)"

La demanda dice sobre estas disposiciones: "El artículo 15 trae una larga lista de 'contribuciones prohibidas', que, por ridículas, le quitan seriedad al decreto. Merecen especial atención la del literal c) sobre 'la adquisición o edición de anuarios, revistas, boletines y publicaciones de todo género', y la del literal d) que condena todo pedido 'para la asistencia a espectáculos, reuniones, paseos y recepciones, organizadas dentro o fuera de los planteles'."

En relación con el literal c) dice el demandante, después de hacer resaltar la necesidad de esta clase de publicaciones y comentar el costo de las mismas, que las cuotas que para tal fin se puedan imponer a los alumnos "no arruinan a ningún ovejumbroso papá": que las publicaciones son necesarias no sólo para informar a las familias de los educandos y a la sociedad entera, sino porque los establecimientos docentes tienen "el derecho y el deber de hacer su historia pública, sin que el Gobierno tenga derecho a mantenerlo emparedado, mudo, inactivo y completamente ajeno a la propaganda cultural".

Y a renglón seguido concreta el libelo el cargo así: "Y entonces, señores Magistrados, qué es eso de prohibirles a los institutores que publiquen revistas y boletines y anuarios y, quién lo creyera, 'publicaciones de todo género'?" (Subraya la Sala).

Parte la acusación de una premisa errada, cual es la de creer, como categóricamente lo afirma la demanda, que el Gobierno, por medio del Decreto 156 prohíbe a los institutores las publicaciones de todo

género. La Sala ve muy clara la prohibición, que no es para las publicaciones, sino que ella consiste en pedir contribuciones a los alumnos de un plantel educacional para adquirir esas publicaciones, lo cual implica necesariamente la existencia de las mismas, pues, no se podrían adquirir ni los anuarios, ni las revistas, ni los boletines, ni las publicaciones de todo género, si ellas no estuvieran editadas. Está claro, en consecuencia, el sentido de la prohibición que no es, se repite, de hacer las publicaciones, sino de pedir contribuciones en dinero o en especie para la adquisición de las mismas, lo cual es perfectamente diferente.

“Y si el Gobierno les niega a los institutores el derecho elemental de publicar sus programas, sus métodos educativos y sus lecciones culturales. —continúa diciendo la demanda—, no es cierto que exhibe un deplorable atraso pedagógico, que se está entrometiendo en lo que no le incumbe, y que está violando, por consiguiente, la ‘libertad de enseñanza’ que garantiza el artículo 41 de la Constitución?”

Para la Sala en este caso tampoco existe la violación a la libertad de enseñanza de que trata el artículo 41 de la Carta, porque, como ya se vio, la prohibición de que habla la demanda no existe en la forma como en ella ha sido planteada. De allí que no encuentra la infracción señalada en el libelo.

Reclamando el actor para los institutores el “derecho elemental de hacerse una justa y necesaria propaganda, “tronfeza” entonces con el artículo 35 de la Constitución, el cual estima violado por el literal c) del decreto en comentario. Pero esta infracción tampoco la encuentra la Sala, porque, según se ha visto, la prohibición de publicar no está consagrada en el decreto para los institutores, puesto que el artículo 15 es muy concreto en su literal c) cuando lo que prohíbe a los institutores, no es la publicación de sus anuarios, revistas y boletines, sino el pedir contribuciones a sus alumnos para la adquisición de esas publicaciones. Cae, en consecuencia, por su base el cargo formulado bajo este aspecto.

Se insiste en el libelo en la violación del artículo 35 de la Constitución, cuando a folio 50 del presente informativo se dice que el mismo literal c) del artículo 15 va contra la garantía y protección de la propiedad literaria, “por cuanto impide a los institutores privados publicar sus revistas, anuarios, boletines y hacer ‘publicaciones de todo género’, por lo cual la propiedad literaria y artística de los institutores sobre esas publicaciones no se puede ejercer”. (Rayas de la Sala). Ya se dijo, y aunque sea molesto, se repite, que el literal acusado no impide, para usar las palabras del actor, las tales publicaciones sino que, la prohibición que él contiene es bien diferente y se refiere exclusivamente a las contribuciones que se pretendieran exigir a los alumnos para los fines enunciados taxativamente en el artículo 15 del Decreto 156. Tampoco, pues, por este aspecto existe para la Sala la violación del artículo 35 de la Constitución Nacional que apunta la demanda.

Para el actor el mismo literal c), según se esboza en el libelo, también viola el artículo 30 de la Constitución, porque no respeta la propiedad privada y los demás derechos adquiridos, porque esas publicaciones constituyen “una propiedad intelectual y aun comercial del institutor que usa del derecho natural y constitucional de ejercer la profe-

sión del magisterio", y porque el Gobierno "priva" a los institutores "del derecho natural y constitucional de publicar sus pensamientos, sus doctrinas pedagógicas, sus programas, sus prospectos, sus boletines, sus anuarios y sus revistas". Pero ya se vio al estudiar este artículo 15 del decreto acusado, cómo no es verdad que él contenga prohibiciones como las que afirma la demanda, sino otras de naturaleza muy distinta. Por ello, la Sala tampoco acepta como válido el cargo formulado.

Con fundamento en este error de apreciación encuentra el demandante otra nueva violación al artículo 39 del estatuto fundamental, cuando dice que el Gobierno impide a los institutores el derecho natural y constitucional que toda persona tiene de abrazar la profesión del Magisterio. Mas este cargo es falso, como falsa es la premisa que ha servido al demandante para sustentarlo.

Por último, y para concluir con las acusaciones al literal c) dice la demanda que él viola el artículo 42 de la Constitución, porque siendo libre la prensa en tiempo de paz, el literal c) del artículo 15 "imposibilita a los institutores privados para publicar libremente sus revistas, anuarios y boletines y para hacer 'publicaciones de todo género'", imposibilidad que no encuentra la Sala por las razones anteriormente expuestas.

Afirma asimismo la demanda que "el Decreto 156 viola el artículo 46 de la Constitución, según el cual 'toda parte del pueblo puede reunirse o congregarse pacíficamente', por cuanto ese estatuto imposibilita a los institutores para efectuar reuniones y recepciones (artículo 15, literal d)".

Este cargo al igual que los anteriores parte de una visión invertida del literal d) del artículo 15 del decreto acusado, el cual con toda claridad prohíbe pedir a los educandos las contribuciones en dinero o en especie "para la asistencia a espectáculos, reuniones, paseos y recepciones, organizados dentro o fuera de los planteles", lo cual no implica necesariamente, como lo aprecia el demandante, que ello quebrante el principio de la libre asociación consagrada en el artículo 46 de la Carta. Bien pueden los institutores reunirse libremente dentro o fuera de los planteles educacionales, entre sí, o con sus alumnos, o con terceras personas, porque este derecho natural está consagrado expresamente en el canon constitucional aludido. Pero lo que sí no pueden hacer, en virtud del literal d) del artículo 15 del Decreto 156, es pedir a sus educandos contribuciones en dinero o en especie para asistir a esas reuniones que, desde luego, y conforme al precepto constitucional, deben ser pacíficas. Por ello no es aceptable el dicho del autor de la demanda cuando por encontrar "curioso" "el anticiparse en un decreto a prohibir 'cualesquiera reuniones' con un criterio apriorístico y gratuito", puesto que como claramente se ha expuesto, la tal prohibición no existe en el decreto por él impugnado.

"Por qué, —se pregunta el demandante—, el alumno de un colegio no puede portar en su solapa un numilde (sic) escudo?", si lo más natural es que lo lleve como distintivo de su colegio. Claro que perfectamente puede ostentarlo, como puede también llevar un anillo simbólico de su grado, o puede retratarse para salir en un mosaico recordatorio de sus compañeros y profesores, y puede hacer pergaminos y

álbumes contentivos de recuerdos de su vida estudiantil. Ninguna de esas cosas se las prohíbe el Decreto 156, el que sí prohíbe a los institutores y a los planteles educacionales, pedir a sus alumnos contribuciones en dinero o en especie "para escudos, anillos de grado, mosaico, pergaminos y álbumes", como textualmente lo dice el literal d) del artículo 15. Estima la Sala que este artículo 15 es una repetición, tal vez innecesaria, de la prohibición contenida en el 14. Si se trata de exigencias de cuotas para todos los fines indicados en la numeración que aquél hace, es claro que esa exigencia no puede formularse, y lo cual no quiere decir que las contribuciones meramente voluntarias de los alumnos, padres o acudientes no pueden subsistir, porque ciertamente si se cercenara la potestad de cuotizarse voluntariamente fuera de cualquier exigencia de los institutos o de sus directores, se estaría desconociendo un derecho individual.

Sobre el artículo 28, también suspendido provisionalmente, se pronunció la Sala de Decisión en estos términos: "Este artículo 28 es francamente inconstitucional, pues le da efecto retroactivo a la ley. Como lo dice el demandante, 'obliga a los establecimientos de educación a devolver sumas que recaudaron o presupuestaron antes de la expedición del decreto'."

Dice así el mencionado artículo:

"Los establecimientos educativos de que trata este decreto están obligados, a devolver, dentro del término de treinta (30) días, lo cobrado en exceso".

Contestando una pregunta del doctor Uribe Misas, la Sala de Decisión dijo en su auto por medio del cual revisó el de suspensión provisional que "es claro que en exceso de tarifas o pautas que apunta el decreto y que se han venido estudiando".

Este artículo lo ataca la demanda por "su evidente inconstitucionalidad, puesto que obliga a los establecimientos de educación a devolver sumas que recaudaron o presupuestaron antes de la expedición del Decreto 156", dándole carácter retroactivo a esta norma, en contra de lo preceptuado en el artículo 26 de la Carta, que consagra la irretroactividad de la ley en Colombia. Y con fundamento en el mismo artículo de la Constitución, ataca nuevamente el artículo 28 del decreto, diciendo que a los obligados en virtud del artículo impugnado, "éste ni siquiera los remite al 'tribunal competente' a que se defiendan 'observando la plenitud de las formas propias de cada juicio', ya que deben defenderse ante el mismo Gobierno que les impuso esa obligación".

Por otra parte, tacha la demanda el artículo 28, porque va contra el artículo 34 de la Constitución, cuando obliga a devolver los excedentes cobrados, con lo cual "el Gobierno confisca ese excedente, pero no se sabe, porque el decreto no lo dice, si lo lleva a sus arcas o se lo entrega al presunto 'papá' damnificado". La obligación impuesta es la de "devolver", como claramente lo dispone el decreto. Y devolver, del latín *devolvere*, según el diccionario, es "volver una cosa a su estado primitivo o restituirla a su dueño". Así confiscar es "quitarle a uno alguna cosa en virtud de la ley o reglamento", los dos conceptos son perfectamente opuestos, y por lo mismo la Sala no encuentra violación del artículo 34 de la Carta por parte del artículo 28 del decreto.

No sucede lo mismo con el cargo de irretroactividad, el cual no precisa de un mayor análisis para acordarse la Sala con los puntos de vista sostenidos en la demanda, pues, es claro que el decreto trata en su artículo 28 sobre hechos ya cumplidos, los cuales pretende deshacer dándole así carácter retroactivo, lo cual peca contra el principio general de que la ley rige para el futuro, consagrado en el artículo 26 de la Carta.

No está demás agregar que en la demanda se afirma que "el Decreto 156 viola el artículo 20 de la Constitución que prohíbe a los funcionarios públicos la 'extralimitación de sus funciones', la cual campea a todo lo largo del decreto". La Sala se abstendrá de analizar este último cargo, debido a la poca concreción por parte del demandante en la sustentación del mismo, y porque, como se ha expuesto en esta providencia, para ella, para la Sala, no existe la pretendida "extralimitación de funciones" de que habla la Constitución Nacional en su artículo 20, dentro del artículo del Decreto 156 de 1967.

Es suficiente todo lo dicho para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y de acuerdo en parte con su Fiscal 4º,

Decida:

Primero. Es nulo el artículo 28 del "Decreto número 156 de 1967, (febrero 5) por el cual se reestructuran las Juntas Reguladoras de Matrículas y Pensiones, y se dictan otras disposiciones"; y que a la letra dice: "Artículo veintiocho. Los establecimientos educativos de que trata este decreto, están obligados a devolver, dentro del término de treinta (30) días, lo cobrado en exceso".

Segundo. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Tercero. Como consecuencia de este fallo, levántase la suspensión provisional del artículo 15 del mismo Decreto 156, de febrero 5 de 1967, dictado por el Presidente de la República y su Ministro de Educación Nacional, ordenada en providencia de veintiocho (28) de octubre de mil novecientos sesenta y siete.

Se deja constancia que este fallo fue leído y discutido en las sesiones de la Sala Primera de los días 12 y 15 de julio de 1968, según aparece en las actas correspondientes.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

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

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero doctor Jorge de Velasco Álvarez

Con el mayor respeto disiento de lo resuelto por la mayoría de la Sala al no anular el artículo 15 del Decreto 156 de 1967 que había sido suspendido.

La Sala acepta y en ello estoy de acuerdo, que las contribuciones si son voluntarias no pueden prohibirse. Entonces, como el artículo 14 del decreto comprende la prohibición de todas las contribuciones forzosas, el 15 o sobra como se dijo en el auto de suspensión provisional, o resulta antitécnico y motivo de confusiones al considerarlo, como lo hace la sentencia, una repetición innecesaria del artículo 14. Anulado el artículo 15 que por su redacción parece referirse a toda clase de contribuciones, sean forzosas o voluntarias, (y con respecto a estas últimas sería violatorio de los derechos individuales que consagra la Constitución), el decreto hubiera quedado suficientemente claro en ese punto que es, por otra parte, la tesis del fallo, a saber: el Gobierno puede prohibir la exigencia de las contribuciones a que se refiere el artículo 15, como cualesquiera otras, pero no puede prohibir tales contribuciones cuando no son exigidas sino voluntarias.

Honorables Consejeros,

Jorge de Velasco Álvarez.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

RESERVA DE PATENTES.— En el articulado de la Ley 31 de 1925 no se encuentra ninguna norma que imponga la reserva de una invención durante el término del privilegio, con excepción del artículo 10 que dispone: “cuando una invención pueda interesar al arte militar o a la defensa o integridad nacionales, el Gobierno podrá disponer que la invención quede en secreto”. Por tanto, el párrafo del artículo 2º del Decreto 178 de 1943, al disponer que se mantengan en reserva las invenciones, convierte la excepción en regla general y contraría el texto y el espíritu del artículo 10 de la ley reglamentada.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Bogotá, D. E., agosto nueve (9) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero ponente: Doctor Jorge de Velasco Alvarez).

Sesión del día nueve (9) de agosto de 1968.

El doctor Gabriel Melo Guevara demanda, en acción pública, la nulidad del párrafo del artículo 2º del Decreto 178 de 1943 que dice:

“Es entendido que la descripción de la patente se mantendrá en reserva durante el término del privilegio”.

El párrafo transcrito corresponde a la disposición del Decreto 178 reglamentario de la Ley 31 de 1925, según la cual “la descripción (del objeto de las solicitudes de patente de privilegio) debe ser tan completa y detallada, que pueda servir, una vez terminado el privilegio, para que cualquier persona aplique o utilice el procedimiento y para que en caso de controversia no haya lugar a duda o confusión con otras invenciones”.

En sentir del demandante la disposición acusada es violatoria del artículo 120, ordinal 18, de la Constitución Nacional; y de los artículos 3º, 10, 15, 24, 25 y 67 de la Ley 31 de 1925 por las razones que expone en su libelo y que la Sala habrá de analizar en su orden.

El punto principal de la demanda consiste, en síntesis, en que la ley no prevé el secreto para la memoria descriptiva de la patente y, por tanto, el decreto reglamentario no puede establecerlo, extendiéndolo a

todo el tiempo de vigencia del privilegio. O sea que el decreto reglamentario ha ido más allá de la ley que reglamenta y por lo tanto la viola. Además, que la disposición acusada se contrapone a los artículos de la Ley 31 de 1925 que se citan en la demanda, no solamente en cuanto a su texto sino también en cuanto a su desarrollo en la práctica.

Es claro para la Sala que conforme al ordinal 18 del artículo 120 de la Constitución, corresponde al Presidente de la República conceder las patentes de privilegio para las invenciones o perfeccionamientos útiles. Tal concesión debe hacerse "conforme a las leyes". Por lo tanto es la ley la que debe determinar los requisitos del caso. Lo hizo así la Ley 31 de 1925 y entre los derechos que se les concede a los inventores están, taxativamente, los siguientes que enumera en su artículo 3º cuyo texto es el siguiente:

"El derecho de que trata el artículo anterior, comprende la fabricación, la ejecución o producción, la venta y la utilización o la introducción del objeto del invento hechos como explotación industrial y lucrativa".

Este artículo lo presenta el actor como violado por el párrafo acusado, porque considera que la enumeración allí establecida es taxativa. De manera que cuando el Decreto 178 de 1943 ordena que la memoria quede en secreto, crea un nuevo derecho para el titular de la patente, derecho que la ley no otorga.

Analizando el artículo 3º de la Ley 31 de 1925 se deduce que lo que tal disposición expresa es que la patente ampara, no sólo la fabricación sino también la ejecución o producción, la venta, la utilización e introducción y la explotación. Es cierto que no habla de ninguna clase de reserva y como los derechos del autor de la patente están fijados en esta norma, el decreto reglamentario no podía agregar un nuevo cual es el de la reserva, pues bien es sabido que la potestad reglamentaria del Gobierno tiene por objeto darle cumplida ejecución a la ley, haciéndola operante pero sin alterar o rebosar su contenido.

En el articulado de la Ley 31 de 1925 no se encuentra ninguna norma que imponga la reserva de una invención durante el término del privilegio, con excepción del artículo 10 que dispone: "cuando una invención pueda interesar al arte militar o a la defensa o integridad nacionales, el Gobierno podrá disponer que la invención quede en secreto...".

La Ley 31 de 1925 acogió el sistema de la no reserva, en lo cual difiere del sistema que se ha adoptado en algunos otros países. El privilegio sólo se concede por un tiempo limitado vencido el cual el invento pasa a ser del dominio público. Este sistema se funda en que los inventos útiles deben favorecer a la sociedad y no ser, por tanto, patrimonio exclusivo de una sola persona.

Como se dijo, el artículo 10 de la ley prescribe el secreto en tratándose de inventos que interesen, al arte militar o a la defensa nacional, lo cual es apenas lógico si se considera que estas materias no pueden hacerse públicas so peligro de que el Estado no pueda aprovecharlas en su defensa. El secreto de estos inventos es permanente, es decir que vencido el término del privilegio concedido al inventor continuará la

reserva y el Gobierno procederá "por convenio con el interesado" según reza la misma norma.

Pero precisamente el artículo comentado es una excepción (la única de la ley en cuanto a reserva). Por tanto, el decreto reglamentario, al disponer que se mantengan en reserva las invenciones, convierte la excepción en regla general y contraria el texto y el espíritu del artículo 10 de la ley.

La Ley 31 de 1925 es armónica en su contexto. Pero esa armonía se rompe con la disposición acusada, pues deja sin piso y sin sentido varios de sus artículos, como pasa a verse:

Conforme al artículo 15 la solicitud para una patente deberá publicarse en el Diario Oficial, luego de lo cual podrá resolverse sobre su concesión "siempre que no hubiere mediado reclamación legal sobre el privilegio solicitado". Esta publicación tiene, pues, por objeto permitir a quien se sienta con derecho a oponerse que se presente a la oposición.

Pero como bien lo anota el demandante, el ejercicio de tal facultad (la oposición) implica la presentación de una demanda, que no puede elaborarse sin conocer totalmente la memoria de la patente solicitada.

El sistema de las oposiciones se contrapone con el secreto de la descripción de las patentes, puesto que sin conocerse cuál es el invento y en qué consiste, no es posible saber para un interesado si la nueva aplicación de medios conocidos está en conflicto con patentes ya concedidas referentes al mismo producto.

Entonces, esa publicación que de las solicitudes debe hacerse en el Diario Oficial tiene forzosamente que comprender la "descripción o exposición" del método o procedimiento nuevo o del descubrimiento que se desee patentar, según los términos del artículo 12 de la Ley 31 de 1925. Ello puede hacerse en un extracto pero sin que éste oculte el objeto y la materia del invento; no como lo hace el Ministerio según aparece en los números 105 y 106 de la Gaceta de la Propiedad Industrial que cita la demanda, en donde solamente se dan a conocer los títulos de la patente, sin exponer nada de su contenido.

El artículo 24 de la ley define quiénes son usurpadores de una patente: aquellos que atenten contra los legítimos derechos de su dueño fabricando copias dolosas o fraudulentas del objeto de la patente. Tales personas son multadas de acuerdo con el artículo 25.

La usurpación no puede tipificarse sin demostrar que el usurpador conoce el objeto de la patente y que éste está patentado y amparado por el título correspondiente, cuestión imposible de lograr si el objeto de la patente permanece en secreto. Naturalmente así, estos artículos de la ley resultan inocuos y consecuentemente quebrantados por la disposición acusada.

Igual sucede con el artículo 67 de la ley que consagra el amparo administrativo para el dueño de una patente cuando crea que su derecho ha sido motivo de usurpación. "La institución del amparo administrativo —dice el demandante y la Sala está acorde con él— no se explica sin la oportunidad de que los terceros se enteren de cuál es el

alcance de la patente. Si existe el secreto de la descripción, esta sería otra norma carente de sentido...”.

Pero es que, además, el dueño de la patente cuando quiere obtener un amparo administrativo debe exhibir ante la autoridad competente y desde luego ante sus presuntos usurpadores todo el contenido de su invención, pues que la cuestión se debate en un juicio, desapareciendo entonces la reserva.

El doctor Melo Guevara sintetiza su pensamiento para finalizar, así:

“El párrafo del decreto acusado contraría el fundamento de toda ley de patentes, que, como las de prácticamente todos los países, se dictó sobre la base de que las memorias presentadas a las oficinas gubernamentales pueden ser consultadas por el público. Es el medio lógico de que la sociedad y los individuos se enteren de los descubrimientos patentados y de cuál es la extensión de los campos sobre los que existen privilegios”.

Glosando la anterior observación la Sala encuentra que, evidentemente, el conocimiento de los descubrimientos patentados es una cuestión que conviene al interés público; y que sin ese conocimiento es imposible oponerse a la patente de una manera categórica, como quiera que con la reserva se impide conocer cuál es —como lo dice la demanda— la extensión de los campos sobre los que existen privilegios.

Todas estas observaciones explican por qué la Ley 31 de 1925 no habla de la reserva de las patentes durante el tiempo del privilegio, como sí lo hace el decreto reglamentario que por ser tal no puede desbordar el contenido de la ley, so pena de resultar violatorio de la norma que reglamenta como sucede en el caso de autos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, de acuerdo con el señor Fiscal 2º y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Falla:

Es nulo el párrafo del artículo 2º del Decreto Nº 178 (enero 29) de 1943 que dice: “Es entendido que la descripción de la patente se mantendrá en reserva durante el término del privilegio”.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

- I. CUOTA DE AFILIACION.**— A la Caja Nacional de Previsión. El inciso 2º del artículo 2º del Decreto 1743 de 1966 no es violatorio del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución, que atribuye al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes. La ley no fijó término respecto de la solución de continuidad para que la Caja volviera a cobrar al funcionario como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo correspondiente al nuevo cargo ocupado en la administración. Fue precisamente este vacío el que vino a ser llenado por el Gobierno al fijar en el decreto reglamentario un plazo superior a tres meses para que la Caja pueda cobrar nueva cuota de afiliación. Plazo éste que la Sala encuentra prudencial y razonablemente establecido.
- II. CAJA DE PREVISION SOCIAL DE COMUNICACIONES.** Cuotas de afiliación.— En cuanto al inciso 3º del artículo 2º del decreto que obliga a los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones a aportar con destino a la misma, cuotas periódicas de afiliación, en cuantía igual a las de los afiliados de la Caja Nacional de Previsión, estima el señor Fiscal que este inciso sí contraviene los preceptos de la Ley 4ª de 1966 porque “en ninguna de las disposiciones que ella contiene se hace la menor referencia a los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones”, y por eso, “el ordenamiento del decreto impone obligaciones a esos afiliados, sin apoyo en la ley, excediendo así abiertamente la potestad reglamentaria”. En realidad esa disposición no encuentra apoyo en la ley reglamentada, y por ello contraviene el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, por lo cual la Sala habrá de decretar su nulidad.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Bogotá, D. E., trece (13) de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero ponente: Doctor Belisario Arciniegas).

Ref.: Juicio Nº 730. Agustín Gallo Celis.

El señor abogado Agustín Gallo Celis, en escrito presentado en la Secretaría de esta Sección Segunda del Consejo de Estado, en ejercicio

de la acción pública que consagra el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se decrete nulidad, "por inconstitucionales e ilegales" de las siguientes disposiciones del Decreto 1743 de 1966, reglamentario de la Ley 4ª de dicho año:

- a) Incisos 2º y 3º del artículo 2º;
- b) Parágrafo único del artículo 3º;
- c) Inciso 2º del artículo 6º;
- d) Parágrafo único del artículo 6º, y
- e) Artículo 8º.

Además de la nulidad solicitó la suspensión provisional, la que no fue decretada en auto de fecha 27 de marzo de 1967.

Como disposiciones violadas citó las siguientes:

Ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.
2º de la Ley 4ª de 1966.

Parágrafo único del artículo 5º ibídem, y
el artículo 7º de la misma ley.

Al negocio se le ha dado el trámite pertinente, y como se halla agotado, la Sala procede a dictar su fallo, mediante las siguientes consideraciones:

Inciso 2º del artículo 2º del Decreto 1743

Dice esta disposición: "Cuando un afiliado a la Caja Nacional de Previsión permanezca separado del servicio público por un lapso superior a tres (3) meses, está obligado a pagar nueva cuota de afiliación".

Expresa el demandante que el poder ejecutivo, con esta disposición, "violó la potestad reglamentaria por cuanto que dentro de las normas de la 4ª de 1966, en relación con este aspecto, solamente establece que los afiliados de la Caja de Previsión cotizarán con la tercera parte del primer sueldo y de todo aumento y con el cinco por ciento (5%) del salario correspondiente de cada mes (Art. 2º); por parte alguna, este texto ni ningún otro de la misma ley dispuso que los empleados al separarse del servicio durante un determinado tiempo estarían obligados a pagar nueva cuota de afiliación. Si el Gobierno Nacional quería establecer una nueva obligación a cargo de los empleados afiliados a la Caja Nacional de Previsión ha debido ampararse en la facultad concedida por el artículo 18 de la Ley 6ª de 1945 que ordena la creación de la citada Caja y su organización y no prevalerse de la potestad reglamentaria que tiene para lograr la cumplida ejecución de la Ley 4ª de 1966.

Inciso 3º del artículo 2º del Decreto 1743

El demandante incluye este inciso en el punto a) de su libelo, y dice: "... en relación con el segundo aspecto, o sea, el inciso 3º puede

decirse, más o menos, lo mismo anotado, para el inciso 2º, por cuanto, como ya lo anoté la ley que se dice reglamentar solamente consagra disposiciones en relación con los aportes periódicos y de afiliación de los afiliados forzosos o facultativos de la Caja Nacional de Previsión, sin que haga ninguna mención a los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones, ni de ninguna otra entidad de previsión. Con esto queda demostrada, en forma plena, la violación en que incurrió el ejecutivo”.

El señor Fiscal 1º de la corporación, doctor Joaquín Caro Escallón, en su concepto de fondo expresa, sobre este particular lo siguiente:

“En cuanto al primero de los incisos transcritos, “no cree la Fiscalía que contraría el espíritu de la ley que se dice violada, 4ª de 1966. Estatuye ésta en su artículo 2º que los afiliados de la Caja Nacional de Previsión Social deberán contribuir con destino a ella, como cuota de afiliación, “con la tercera parte del primer sueldo...”. El concepto no es lo suficientemente claro y preciso y, por lo mismo, hace necesaria su reglamentación, para efecto de su adecuada ejecución. En no pocas ocasiones, verbi gratia, en los ascensos y traslados de los funcionarios públicos, media un lapso o solución de continuidad entre la renuncia del cargo primitivo y la posesión del nuevo cargo; lapso éste que generalmente es muy corto, de pocas semanas y aún de días. En esta forma, aunque estrictamente haya existido una real separación del servicio público por parte del funcionario, la separación es eminentemente transitoria y se ha originado precisamente porque la administración ha requerido de un cambio o movimiento entre sus funcionarios. Dentro de un estado normal y corriente de las cosas, esa movilidad en la mecánica de la administración de los negocios públicos es cuestión de cotidiana ocurrencia, y, además, de elemental lógica”.

“Dentro de la hipótesis anterior, por lo mismo, fácilmente se comprende cómo sería de inconsecuente e injusto, el que se hiciera cubrir al funcionario promovido o trasladado a otro cargo con una nueva cuota de afiliación. Y, en la hipótesis contraria, también pecaría contra la lógica el que un ciudadano, luego de haber prestado por algún tiempo sus servicios a la administración, se hubiese separado definitivamente del servicio público y al cabo de muchos años volviera a desempeñar un cargo público: para en este momento alegar que estaba exento de pagar la cuota de afiliación, porque en alguna ocasión había cubierto la tercera parte de “su primer sueldo”.

“No es difícil, por lo dicho, concluir que el precepto analizado, por la vaguedad o amplitud del concepto allí consignado, requería de un desarrollo equilibrado y consecuente, como es el que se inserta en el inciso de marras”.

Tiene razón el señor Fiscal. La disposición, en realidad, no es suficientemente clara. Pero sí es lógico admitir que cuando un funcionario que ha sido afiliado a la Caja Nacional de Previsión, ha estado separado del servicio público por un determinado lapso, que el decreto fija en tres meses, se considere como primer sueldo, la asignación que

devengue en el primer mes de su nueva vinculación al servicio público, y que por lo mismo se le exija nueva cuota de afiliación para obtener los beneficios que se derivan de ella.

La ley no fijó término respecto de la solución de continuidad para que la Caja volviera a cobrar al funcionario como cuota de afiliación la tercera parte del primer sueldo correspondiente al nuevo cargo ocupado en la administración. Fue precisamente este vacío el que vino a ser llenado por el Gobierno al fijar en el decreto reglamentario un plazo superior a tres meses para que la Caja pueda cobrar nueva cuota de afiliación. Plazo éste que la Sala encuentra prudencial y razonablemente establecido.

Lo anterior se explica porque la expresión, estar separado del servicio público significa no tener ninguna vinculación con la administración pública. Por consiguiente, si un antiguo afiliado a la Caja Nacional de Previsión, después de tres meses de estar separado del servicio, reingresa a éste, asume las obligaciones establecidas por el artículo 2º de la Ley 4ª de 1966.

Por estos motivos, estima la Sala que el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 1743 de 1966, no es violatorio del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, que atribuye al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes.

En cuanto al inciso 3º del artículo 2º del mencionado decreto, que obliga a los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones a aportar con destino a la misma, cuotas periódicas de afiliación, en cuantía igual a las de los afiliados de la Caja Nacional de Previsión, estima el señor Fiscal que este inciso sí contraviene los preceptos de la Ley 4ª de 1966 porque "en ninguna de las disposiciones que ella contiene se hace la menor referencia a los afiliados de la Caja de Previsión Social de Comunicaciones", y por eso, "el ordenamiento del decreto, impone obligaciones a esos afiliados, sin apoyo en la ley, excediendo así abiertamente la potestad reglamentaria".

En realidad esa disposición no encuentra apoyo en la ley reglamentada, y por ello contraviene el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, por lo cual la Sala habrá de decretar su nulidad.

Parágrafo único del artículo 3º del Decreto 1743 de 1966

Esta disposición dice:

"Las prestaciones sociales de los notarios y registradores solamente podrán tramitarse cuando se acredite ante la Caja Nacional de Previsión, mediante los respectivos paz y salvos, expedidos por la tesorería de la misma entidad, el cumplimiento sobre cuota patronal y cuotas laborales suyas y de su personal subalterno".

El doctor Gallo Celis considera que esta disposición, "viola flagrantemente la ley que se pretende reglamentar y las demás disposiciones que consagran las prestaciones a favor de estos funcionarios (los notarios y registradores, anota la Sala), ya que como lo dice el artículo

16 de la Constitución Nacional las autoridades de la República están instituidas "... para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Desarrolla su acusación, en los siguientes términos:

"En relación con este aspecto de las cuotas que correspondé pagar a los notarios y registradores, la Ley 4ª de 1966 solamente establece que estos funcionarios están obligados a destinar el 5% de los ingresos mensuales a favor de la Caja Nacional de Previsión, pero en ninguna parte autoriza a la citada Caja de Previsión a negarse a dar cumplimiento a las leyes sociales en el evento de que el registrador o notario respectivo no haya cancelado los respectivos aportes. Se ve así claramente cómo el Gobierno al tratar de reglamentar la ley ya citada crea nuevos requisitos no autorizados por el legislador y al mismo tiempo se aparta de manera notoria de la constante jurisprudencia sostenida por esa honorable corporación, que en diversos fallos ha sostenido que la exención de los paz y salvo no puede ser un requisito indispensable para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales ya que para obtener éstas solamente se requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley: así, si se trata de reclamar una cesantía, por servicios prestados como notario o registrador es suficiente acreditar que se ha prestado el servicio y que se han devengado los emolumentos que servirán de base para la liquidación de la prestación. Esto no significa que el respectivo notario o registrador no esté obligado a dar cumplimiento al artículo 3º de la Ley 4ª de 1966 es decir, que en todo caso deberá destinar el 5% de sus ingresos al tesoro de la Caja Nacional de Previsión, como cuota patronal, pero en caso de incumplimiento de la citada obligación se presentaría un caso de compensación, ya que si él adeuda la citada cuota patronal, la Caja por su parte adeuda el monto de la respectiva prestación, estando por consiguiente obligada a hacer el descuento y cancelar el saldo a favor del empleado o ex empleado".

Sobre este aspecto de la cuestión debatida, el señor Fiscal doctor Caro Escallón se expresa así:

"Sobre el particular, el artículo 3º de la Ley 4ª establece que 'los notarios y registradores están obligados a destinar un cinco por ciento (5%) de los ingresos mensuales, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, a favor de la Caja Nacional de Previsión Social'.

"No se requiere de mayor esfuerzo para concluir que el decreto impone a los notarios y registradores una sanción que en ninguna forma establece la ley y que, además, va contra la garantía constitucional que toda persona tiene para formular solicitudes a las autoridades y para obtener pronta resolución sobre las mismas. Para hacer eficaces las contribuciones o cuotas de los notarios y registradores existen otros medios legales, diversos en todo caso de la insólita prohibición a tramitar las peticiones de sus prestaciones sociales".

No está de acuerdo la Sala con los argumentos expuestos por el demandante, ni comparte el anterior razonamiento del señor Fiscal, por las siguientes razones:

De acuerdo con los artículos 1º, 3º, 5º y 6º del Decreto legislativo Nº 59 de 1957, incorporado como ley en virtud de lo preceptuado por la 151 de 1961, está establecido, lo siguiente:

1º Los notarios y registradores y subalternos de carácter permanente, son afiliados forzosos de la Caja Nacional de Previsión.

2º Con base en las nóminas aprobadas por la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro se liquidan las cuotas de afiliación y los aportes mensuales para la Caja Nacional de Previsión, siendo la base para notarios y registradores el promedio mensual de las entradas líquidas del año inmediatamente anterior deducido de las cuentas que le remiten los notarios y registradores.

3º Quienes con anterioridad a la vigencia del Decreto 59 de 1957 hubieren servido como notarios o registradores tienen derecho a acumular el tiempo servido para efectos de jubilación, pero "abonando a la Caja Nacional de Previsión las cuotas que hubieren debido pagar durante ese tiempo...".

4º El tiempo servido por los notarios y registradores en las notarías y oficinas de registro podrá sumarse al de otros empleos oficiales que hayan desempeñado, para efectos de jubilación, pagando las cuotas correspondientes...".

De conformidad con el artículo 3º de la Ley 4ª de 1966, los notarios y registradores están obligados a destinar un cinco por ciento (5%) de los ingresos mensuales, debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, a favor de la Caja Nacional de Previsión Social.

El inciso 2º de dicha disposición dice que los pagadores respectivos no podrán hacer pagos sin que previamente giren el cinco por ciento (5%) para la Caja Nacional de Previsión Social.

El párrafo único del artículo 3º del Decreto 1743 de 1966, impugnado, tiende a obtener de los notarios y registradores el cumplimiento de la obligación que les ha impuesto la ley de destinar el cinco por ciento de los ingresos mensuales, por concepto de cuota patronal, al disponer que sus prestaciones sociales solamente puedan tramitarse cuando se acredite ante la Caja Nacional de Previsión, mediante los respectivos paz y salvos, la satisfacción de esa obligación.

Para la Sala el aplazamiento del trámite de las prestaciones sociales de los notarios y registradores, dispuesto en el párrafo impugnado encaja dentro de la facultad que tiene el Presidente de la República por virtud de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional.

En efecto, según el artículo 4º del Código Contencioso Administrativo, la ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución. El carácter general de ella es mandar, prohibir, permitir o castigar.

Por ello el fin primordial de la ley es el de su aplicación y eficacia para el cumplimiento del propósito del legislador.

De ahí que la Constitución Nacional otorgue al Presidente de la República el poder reglamentario, con el fin de hacerla dinámica y actuante.

El Presidente, en desarrollo de esa atribución, cuyo único fin es "la cumplida ejecución de la ley" expide para ello las órdenes, los decretos y las resoluciones respectivas.

De esta manera, aunque la Constitución no hubiera consignado en forma expresa la potestad reglamentaria para el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa de la Nación, dadas las atribuciones que a aquél le corresponden, estaría implícita en la Carta como elemento esencial para desarrollar, dentro del carácter general de la ley respectiva, los fines perseguidos por ésta, y no solamente los que están expresos en el texto de la norma, sino todo aquello que lógica y necesariamente está contenido en ella.

Si los notarios y registradores, por disposición legal, son afiliados forzosos a la Caja Nacional de Previsión; si el tiempo servido por ellos en las notarias y oficinas de registro, puede sumarse al de otros empleos oficiales que hayan desempeñado, para efectos de jubilación, pero pagando las cuotas correspondientes, y si de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 4ª de 1966, están obligados a destinar un cinco por ciento (5%) de los ingresos mensuales, pero debidamente certificados por la Superintendencia de Notariado y Registro, y si los pagadores respectivos no pueden hacer pagos sin que previamente giren ese cinco por ciento (5%), la Sala no encuentra que el párrafo único del artículo 3º del Decreto 1743 de 1966, sea violatorio de la ley reglamentada ni de la potestad reglamentaria, cuando dispone que las prestaciones sociales de los notarios y registradores solamente se pueden tramitar cuando se acredite ante la Caja de Previsión, "el cumplimiento sobre cuota patronal y cuotas laborales suyas y de su personal subalterno, "porque, esta es una disposición de carácter coactivo cuyo objeto es obtener el cumplido efecto de la obligación que la ley ha impuesto para aquellos funcionarios de destinar un cinco por ciento (5%) de los ingresos mensuales debidamente certificado por la Superintendencia de Notariado y Registro a favor de la Caja Nacional de Previsión Social.

Por lo demás, observa la Sala, que la obligación impuesta así a los notarios y registradores por el párrafo del artículo 3º acusado, no tiene carácter excepcional, sino que, por el contrario, siendo aquéllos, funcionarios públicos, sólo pueden, como éstos obtener que se tramiten sus prestaciones sociales ante la Caja cuando estén a paz y salvo por las cuotas a que legalmente están obligados.

Por las expresadas razones no habrá de prosperar el cargo formulado por el demandante contra dicha disposición.

Inciso 2º del artículo 6º del Decreto 1743 de 1966

El doctor Gallo Celis considera que este inciso es violatorio en grado sumo de las normas transcritas por él en su libelo. El señor Fiscal está en un todo de acuerdo con el demandante.

La Sala advierte que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 10 de mayo del presente año, declaró nulo el inciso acusado, por lo cual nada cabe decir en esta oportunidad por sustracción de materia.

Parágrafo único del artículo 6º del citado decreto

Dice esta disposición: "Cuando haya desaparecido el cargo o cargos que sirvieron de base para la liquidación de la pensión de jubilación o invalidez, o se haya cambiado su primitiva denominación, corresponde al servicio civil (Departamento Administrativo y Comisión Nacional) determinar sus equivalentes, pero la Caja Nacional de Previsión podrá objetar o rechazar tales clasificaciones dando los fundamentos que tenga para ello, a efecto de que el servicio civil las reconsidere o confirme".

"Para este efecto, se tendrá en cuenta que las funciones sean idénticas y que las calidades exigidas para desempeñar el cargo actual sean las mismas".

Considera el demandante que al comparar este texto reglamentario con la norma que dice reglamentar, se ve que está dando facultades a la Caja Nacional de Previsión para poner en entredicho o discutir las decisiones a que llegue el Departamento Administrativo del Servicio Civil, sobre equivalencia de cargos. "Parece que el Gobierno al dictar el decreto reglamentario, lamentablemente olvidó que el citado Departamento Administrativo, por su naturaleza, es la entidad especializada en estas cuestiones de clasificación de personal y por eso dió facultad a una entidad de previsión completamente ignorante de estas mismas cuestiones, para objetar las equivalencias que allí se establezcan. Queda así demostrada, a simple vista, sin ningún esfuerzo jurídico, la violación, por este aspecto, del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, ya que el poder ejecutivo excedió la facultad de la reglamentación al darle poderes a la Caja Nacional de Previsión que el legislador en la Ley 4ª circunscribió única y exclusivamente al servicio civil".

El señor Fiscal está de acuerdo con el demandante, porque considera que la ley "ha atribuido al Departamento Administrativo y a la Comisión Nacional del Servicio Civil la facultad de determinar los cargos que sean equivalentes, para efectos de la liquidación de los cargos (sic) que hubieran desaparecido, o se les hubiese cambiado su primitiva denominación. El decreto coarta y restringe completamente esa facultad exclusiva del servicio civil, al conferir un derecho de veto u. objeción a la Caja Nacional de Previsión. Hay pues, aquí también, una contravención a la ley".

No está de acuerdo la Sala con el planteamiento del demandante respecto de la norma impugnada, ni acoge el razonamiento del señor Fiscal por las siguientes razones:

El parágrafo único del artículo 5º de la Ley 4ª de 1966, atribuye al Departamento Nacional del Servicio Civil la facultad de determinar el cargo o su equivalente, cuando el que sirvió de base a la liquidación de la jubilación, o a la pensión de invalidez ha desaparecido, o ha sido suprimido, o no conserva su primitiva denominación.

Con lo que no está conforme el demandante, es con la última parte de la disposición del parágrafo único del artículo 6º del decreto reglamentario, que dice: "La Caja Nacional de Previsión podrá objetar o rechazar tales clasificaciones dando los fundamentos que tenga para ello, a efecto de que el servicio civil las reconsidere o confirme".

Como se ve, no existe, en realidad, para la Caja Nacional de Previsión, el derecho de poner en entredicho las decisiones del Departamento Administrativo del Servicio Civil sobre equivalencia de cargos, ni de coartar o restringir esa facultad exclusiva de dicho organismo. Tampoco confiere un derecho de veto como lo expresa el señor Fiscal.

En efecto, la disposición acusada está reconociendo solamente un derecho que le asiste tanto a los particulares como a las entidades públicas: el de ejercitar contra un acto administrativo que desde luego, va a producir un efecto jurídico en relación con la Caja, el recurso de reposición, ya que la objeción o el rechazo de dicha entidad a la clasificación respectiva, no tiene otro efecto que el de que el servicio civil la reconsidere o confirme. Este derecho está consagrado en el artículo 13 del Decreto-ley 2733 de 1959.

De esta manera, la Sala no encuentra que la disposición impugnada viole la potestad reglamentaria ni la ley que reglamenta.

Artículo 8º del Decreto 1743 de 1966

Esta disposición es asimismo objeto de acusación por parte del demandante, pues considera que excede la potestad reglamentaria, ya que con la acepción "... por cuanto desde esa fecha es compatible esta prestación (la cesantía) con la pensión jubilaria...", "el ejecutivo está limitando el alcance de la norma contenida en el artículo 7º de la ley". Efectivamente, si como lo dice el decreto, la compatibilidad en la percepción de la pensión y la cesantía es efectiva solamente a partir del 23 de abril de 1966, debe concluirse que la norma acogida por el legislador (Art. 7º de la Ley 4ª) sólo vendría a producir plenos efectos desde el 23 de abril de 1986 en adelante, es decir, veinte años después de la vigencia de la ley, lo que constituye, por decir lo menos, un absurdo jurídico; pues solamente vendrían a hacer compatibles en forma plena cuando se haya causado una cesantía de veinte años de servicios posteriores a la ley, con la pensión a que da derecho el mismo período".

En párrafos posteriores, el doctor Gallo Celis amplía el cargo contra el artículo 8º del Decreto 1743 citado, pues estima que dicha dis-

posición desconoce los términos del artículo 7º de la ley reglamentada, que establece la compatibilidad de la pensión de jubilación y la cesantía "que hoy reconocen las leyes", en virtud de la cual se ordenó suspender los descuentos que se estaban haciendo por concepto de cesantías ya pagadas, y sin derecho a reembolso por lo ya descontado.

Sobre este particular, dice el señor Fiscal: "Conviene anotar que la Ley 4ª de 1966 comenzó a regir el día 23 de abril de ese año, fecha citada por el decreto. Una lectura sencilla de los dos preceptos lleva al convencimiento de que en este caso el decreto no hizo cosa diferente de desarrollar el mandato legal. Por lo tanto, no debe prosperar este pedimento del actor".

La Sala estima que la disposición acusada no da lugar a la interpretación que de ella hace el demandante, y que, por el contrario, a partir del 23 de abril de 1966, fecha de la vigencia de la ley, las cesantías causadas con anterioridad a su vigencia, son compatibles con la pensión de jubilación, desde el momento que, como lo anota el demandante, el artículo 7º de la citada ley se refiere a la cesantía "que hoy reconocen las leyes", por lo cual los descuentos que se estaban haciendo por concepto de cesantías ya pagadas, fueron suspendidos sin derecho a reembolso por lo ya descontado.

De esta manera no debe prosperar la solicitud de nulidad del artículo 8º del Decreto reglamentario 1743 ya mencionado.

En razón de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal 1º de la corporación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Primero. Es nulo el inciso 3º del artículo 2º del Decreto 1743, reglamentario de la Ley 4ª de 1966.

Segundo. Niéganse las demás peticiones de la demanda.

Tercero. Por la Secretaría remítase copia de este fallo a los Ministerios del Trabajo y de Comunicaciones y a la Caja Nacional de Previsión Social.

La anterior decisión fue discutida y aprobada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo en la sesión de fecha doce (12) de septiembre de 1968.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Belisario Arciniegas, Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín, Alvaro Orejuela Gómez.

Marco A. Martínez B., Secretario.

DECRETOS DEL GOBIERNO

SENTENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO.— No es procedente solicitar su nulidad.

CONSULTA DE LAS SENTENCIAS.— Su finalidad. El objeto de la consulta es tutelar los intereses de las entidades de derecho público cuando el Agente del Ministerio Público no ha apelado, y la decisión que adopte el Consejo no es un simple dictamen que pueda ser acogido o rechazado por el Tribunal sino que es obligatoria.

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

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

Ref.: Radic. N° 1437. Decretos del Gobierno. Consulta de la sentencia de junio 25 de 1968 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: **Alfonso Olaya Zalamea**.

El doctor **Cristóbal García Pinzón**, obrando como apoderado del doctor **Alfonso Olaya Zalamea** ha solicitado que se declare la nulidad del fallo proferido por el Consejo, de fecha 25 de julio de 1968, por el cual se revocó la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 25 de junio del presente año, y que fue favorable a su poderdante. Esta sentencia había llegado a esta corporación en consulta, de conformidad con lo previsto por el artículo 7° del Decreto 1722 de 1956.

Considera el señor apoderado que el fallo cuya nulidad propone, al revocar por un procedimiento de plano la sentencia del Tribunal a quo, que reconocía un derecho a su mandante. "por el trámite de un juicio ordinario contencioso administrativo, violó el principio de derecho procesal que domina el régimen judicial colombiano, de igualdad de las partes en el proceso, o de contradicción, o de bilateralidad de la audiencia, garantizado en el artículo 26 de la Constitución Nacional y acogido en el procedimiento del Código Contencioso Administrativo (Cap. XV) y en la legislación supletoria del mismo (Arts. 199, 312 y siguientes; 732, 764 y 774 del C. J.) y, por tanto, al fallar en esa forma se ha incurrido en la causal de nulidad definida en el artículo 113, ordinal 2°, del Código Contencioso Administrativo, consistente en

la **falta de personería** de una de las partes en el recurso mencionado, tramitado que (sic) con un alcance que no puede tener a la luz de la Carta constitucional, de la legislación contencioso administrativa y de los principios científicos que informan el procedimiento judicial universalmente aplicado en los países civilizados”.

Fundamenta el actor su petición relatando los hechos de que ya se hizo mención en la sentencia que ahora se trata de impugnar, hace hincapié en la circunstancia de que la Sala utilizó un procedimiento “de plano”, como lo ordena el artículo 7º del Decreto número 1722 de 1956, y que “el negocio fue notificado al Fiscal de la corporación que representaba a la parte demandada, el Estado, en contraste con la falta de citación al juicio del demandante”. Adelante critica y glosa las razones de la sentencia del Consejo, asunto que es realmente ajeno a la solicitud de nulidad que propone.

Como razones de derecho expone el doctor García Pinzón las siguientes:

1ª Que el Código Contencioso Administrativo estableció el sistema de consulta con el carácter de una segunda instancia en el artículo 134, “o sea con el carácter de una **apelación especial de oficio**, para un caso determinado, sujeta al procedimiento ordinario, contradictorio, del capítulo XV del Código. Trata de demostrar esta tesis diciendo que según el artículo 124 en los juicios que se siguen ante el Consejo de Estado, o los Tribunales Administrativos, para los cuales no se señale un trámite especial en esta ley, regirán las disposiciones del presente capítulo, las cuales constituyen el procedimiento ordinario contencioso administrativo. Complementa su tesis afirmando que lo anterior se ajusta con el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo que explica cómo se notifica la sentencia del Consejo, es decir, en la forma prevenida por el artículo 131, y que en su segundo inciso dice: “El mismo trámite se seguirá en caso de consulta”.

“Vale la pena observar que en el fondo la consulta no es, como lo dice el señor apoderado, “una apelación especial de oficio” sino un grado subsidiario de la apelación que se surte, como lo dice el artículo 134 del Código Contencioso Administrativo “si no se interpusiere apelación por el Ministerio Público, siendo procedente el recurso”, cuando las sentencias de los Tribunales declaren una obligación a cargo del Estado y, en general, de una entidad de derecho público.

2ª El apoderado del doctor Olaya Zalamea dice que “inopinada e innecesariamente, el Gobierno Nacional por medio del Decreto 1722 de 1956, estableció:

“Artículo séptimo ... Toda sentencia en lo contencioso administrativo que imponga una obligación de \$ 2.000.00, o más a cargo de una entidad de derecho público deberá ser consultada con la Sala respectiva del Consejo de Estado, la que resolverá de plano la consulta”. (Se subraya)

Reconoce el doctor García Pinzón que el legislador en este artículo “establece un nuevo sistema consultivo, distinto del que preveía el Código Administrativo”, por cuanto establece un límite de cuantía

que el Código no preveía, fija un procedimiento de plano contra el establecido en el Código, que era ordinario, contradictorio, "y no da al término "consulta" ninguna acepción especial ni hace ninguna referencia al sistema del Código". De donde deduce que la consulta de que trata el Decreto 1722 de 1956 "no puede tener y no tiene el alcance de una revisión de una sentencia de primera instancia con efecto vinculante obligatorio, para el juez de primera instancia, sino el de un simple dictamen de obligatoria obtención pero de libre aceptación por el Tribunal Administrativo".

Es peregrina la tesis del señor apoderado. Ya se ha visto que el objeto de la consulta es tutelar los intereses de las entidades de derecho público cuando el Agente del Ministerio Público no ha apelado. Sobre esto no caben dudas posibles. El mismo artículo 134 del Código Contencioso Administrativo en su segundo inciso dice que "la consulta se entiende siempre interpuesta a favor de tales personas...".

Y la decisión que tome el Consejo no es un simple dictamen que puede ser acogido o rechazado por el Tribunal. Sobre esto ya se pronunció el Consejo de Estado así: "El Consejo de Estado tiene jurisdicción para revocar una providencia recurrida no sólo en lo desfavorable al apelante, cuando dicho acto, por su propia naturaleza, debió ir a la corporación en grado de consulta". (Sentencia 29 de mayo de 1946, T. LVI, números 357-361, Pág. 444, citado por Ortega Torres).

3ª Finalmente el apoderado invoca como causal de nulidad la 2ª del artículo 113 del Código Contencioso Administrativo, así: "2. Por ilegitimidad de personería en alguna de las partes o de su apoderado o su representante legal".

El mismo doctor García Pinzón dio en el punto segundo de sus argumentos la razón para que esta causal de nulidad no prospere cuando recordó que "inopinada e innecesariamente" el Gobierno Nacional por medio del Decreto 1722 ordenó que la consulta se resolviera de plano. En el grado de consulta el Consejo examina todo el expediente que procede del Tribunal; estudia las pruebas y las alegaciones; considera la sentencia del a quo, y dicta su fallo. No puede pues, afirmarse válidamente que la parte interesada ha quedado desamparada, puesto que ante el Tribunal gozó de todas sus prerrogativas legales.

Ha querido la Sala detenerse así sea brevemente, en el estudio de los cargos formulados por la parte actora, pero hay un punto que debería haberla ocupado primordialmente: es procedente la solicitud de nulidad contra la sentencia dictada?

El artículo 482 del Código Judicial establece:

"La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo juez o Tribunal que la ha pronunciado. Con todo, pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda... etc."

No es ese el caso que ahora ocupa a la Sala. La petición de nulidad genera un incidente dentro del juicio, y a este respecto dice el artículo 456 del Código Judicial.

"En cualquier estado del juicio, **antes de que se dicte la sentencia**, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata este capítulo... etc". (se ha subrayado).

En este juicio la sentencia ha sido proferida, y, por consiguiente, el juicio ha terminado, y es improcedente que en este estado se aleguen nulidades.

En mérito de todo lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

Resuelve:

Declarar improcedente la solicitud de nulidad del fallo dictado por esta Sala con fecha 25 de julio de 1968 en el presente negocio.

Notifíquese y vuelva el expediente a la Secretaría de la Sección, para que continúe la ejecutoria del fallo.

Esta providencia fue discutida por la Sala en sesión celebrada el día diez y nueve (19) de septiembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

Belisario Arciniegas, Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín, Alvaro Orejuela Gómez.

Marco A. Martínez B., Secretario.

DECRETOS REGLAMENTARIOS

IMPUESTO A LAS VENTAS.— Trabajos de reparación. El artículo 22 del Decreto 1881 de 1966, excede no solamente lo estatuido en el artículo 1º del Decreto legislativo 1595 de 1966 sino además los alcances originales del impuesto sobre las ventas, cuando grava con él a las simples labores de rehabilitación de objetos viejos que, como es obvio, constituyen mera prestación de servicios. Rebase pues también el ámbito de la potestad reglamentaria, por cuanto no se limita a disponer las medidas necesarias para la cumplida ejecución de la norma legal, como lo estatuye el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución, sino que extiende sus efectos a hipótesis no previstas expresamente por el legislador.

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

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

El doctor Guillermo Gómez Téllez solicita del Consejo que declare nulo el artículo 22 del Decreto reglamentario 1881 de 1966, por considerarlo violatorio del artículo 1º del Decreto legislativo 1595 de ese mismo año y del artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional, pues alega que la norma acusada excede los límites de la que intenta reglamentar y, por ello, extralimita aquella potestad presidencial.

Las disposiciones-citadas por el demandante dicen así:

I. Decreto legislativo 1595 de 1966, artículo 1º:

“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 de 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”.

II. Decreto reglamentario 1881 de 1966, artículo 22:

“En los casos de reparación, construcción, refacción, reencauche y, en general cuando en cualquier forma se rehabilite para su uso algún elemento incorporándole uno o varios nuevos, la base del gravamen será el valor total del precio convenido por los contratantes”.

“Parágrafo. En los eventos previstos en este artículo habrá lugar a descontar del impuesto el que se haya pagado por las compras de los elementos incorporados”.

III. Constitución Nacional, artículo 120:

“Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: . . . 3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes”.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda con el aserto de que el texto impugnado se acomoda a la Constitución y a la ley. Pero el señor Fiscal 3º del Consejo rindió concepto en favor de las tesis expuestas por el demandante.

Como está cumplido el trámite del juicio, es la oportunidad de resolver.

El Decreto-ley 3288 de 1963 estableció el impuesto sobre las ventas para gravar las operaciones de compraventa o permuta de bienes corporales muebles que se produzcan en Colombia o en el exterior, con el fin de ser utilizados, consumidos o transformados dentro del país, salvo algunos artículos que por ser de primera necesidad, quedaron exentos del impuesto.

Posteriormente, el Decreto-ley 1595 de 1966 modificó el estatuto primitivo para hacer más claro, técnico y operante en la práctica el impuesto. Dicho decreto y otras normas referentes al gravamen fueron reglamentados por el Decreto 1881 de 1966.

Se discute ahora si el impuesto sobre las ventas puede gravar también las actividades de reparación, construcción, refacción, reencauche u otros procesos similares, encaminados todos a rehabilitar artículos que dejaron de ser útiles para el uso o servicio a que antes estuvieron destinados. Es decir, si el artículo 22 del Decreto reglamentario 1881 de 1966, que las considera susceptibles de tal gravamen, se acomoda o no a las normas orgánicas del mismo.

Mientras el demandante sostiene que aquellas actividades no están sujetas al tributo por cuanto quienes las realizan son meros contratistas de servicios, el opositor afirma que quienes se dedican a ellas tienen la calidad de productores para efectos del impuesto y, de consiguiente, deben pagarlo los beneficiarios del trabajo de rehabilitación o reparación, en los términos del artículo 22 del Decreto 1881 de 1966, que considera entonces ajustado a la Constitución y a la ley.

Un examen minucioso de las disposiciones orgánicas del impuesto sobre las ventas hace ver claramente que grava los contratos mediante los cuales una persona busca adquirir el dominio de un bien mueble corporal, sea a cambio de dinero (compraventa) o de otro objeto equivalente al que se aspire a recibir (permuta). Y aparece muy claro, asimismo, que el impuesto se causa en el momento de cumplirse las obligaciones derivadas del contrato de compraventa o de permuta, es decir, cuando se verifica la entrega real o simbólica de la cosa mueble materia de la contratación, que implica la transferencia de su dominio, salvo que el vendedor se lo hubiese reservado temporalmente en las hipótesis permitidas por la ley.

Pero así como la compraventa o la permuta son nulas cuando la propiedad del bien objeto del contrato pertenecía de antemano al comprador o al permutante, porque el contrato carece de causa para éste, el impuesto sobre las ventas no puede recaer en actividades que no impliquen el ánimo de desprenderse del dominio de un mueble a título oneroso, sino que, al contrario, presuman la existencia de tal derecho, como cuando se le entrega una cosa a un tercero con el fin de que la acondicione o la rehabilite, porque entonces también el impuesto carece de causa.

Y esto es precisamente lo que ocurre en los casos previstos por el artículo 22 del Decreto reglamentario 1881, materia de la presente acusación. No se trata, en efecto, de convenciones que impliquen una transferencia de dominio de uno a otro contratante, sino apenas de la entrega de un bien a título precario para que la persona dotada de conocimientos técnicos especiales o de simple ingenio, lo devuelva a su estado primitivo, con el fin de que pueda utilizarse nuevamente.

Es claro entonces que el precio pagado por el beneficiario del trabajo corresponde a la retribución de un servicio y no a la adquisición de un bien. Y es, asimismo, evidente que el bien objeto de la reparación ya había sido producido desde antes de contratarla, puesto que la finalidad de ella es apenas devolverle en lo posible a dicho bien la utilidad perdida por el deterioro.

La rehabilitación no puede ser tenida pues como fabricación o producción de artículos sino como simple labor de reacondicionamiento de objetos viejos, inhabilitados para el uso normal que les correspondía.

Pero si, como queda visto, las actividades de reparación no pueden ser gravadas en sí mismas con el impuesto sobre las ventas por carencia de causa, cosa distinta acontece con los repuestos y demás elementos que se hayan empleado para lograr aquella finalidad, porque, en tratándose de ellos, sí se opera una verdadera transferencia del dominio de uno o más productos en beneficio de quien posea el objeto rehabilitado, por lo cual éste debe pagar el impuesto correspondiente sobre el precio de venta de tales repuestos o elementos, conforme a las normas generales que regulan esta materia.

Los argumentos anteriores llevan a la conclusión de que el artículo 22 del Decreto 1881, acusado, excede no solamente lo estatuido en el artículo 1º del Decreto legislativo 1595 de 1966 sino además los alcances originales del impuesto sobre las ventas, cuando grava con él a las

simples labores de rehabilitación de objetos viejos que, como es obvio, constituyen mera prestación de servicios.

Rebasa pues también el ámbito de la potestad reglamentaria, por cuanto no se limita a disponer las medidas necesarias para la cumplida ejecución de la norma legal, como lo estatuye el artículo 120, ordinal 3º de la Constitución, sino que extiende sus efectos a hipótesis no previstas expresamente por el legislador.

Prospera, en consecuencia, la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de acuerdo con el concepto del señor Fiscal 3º de la corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

1º Es nulo el artículo 22 del Decreto reglamentario 1881 de 1966, materia de la presente acusación.

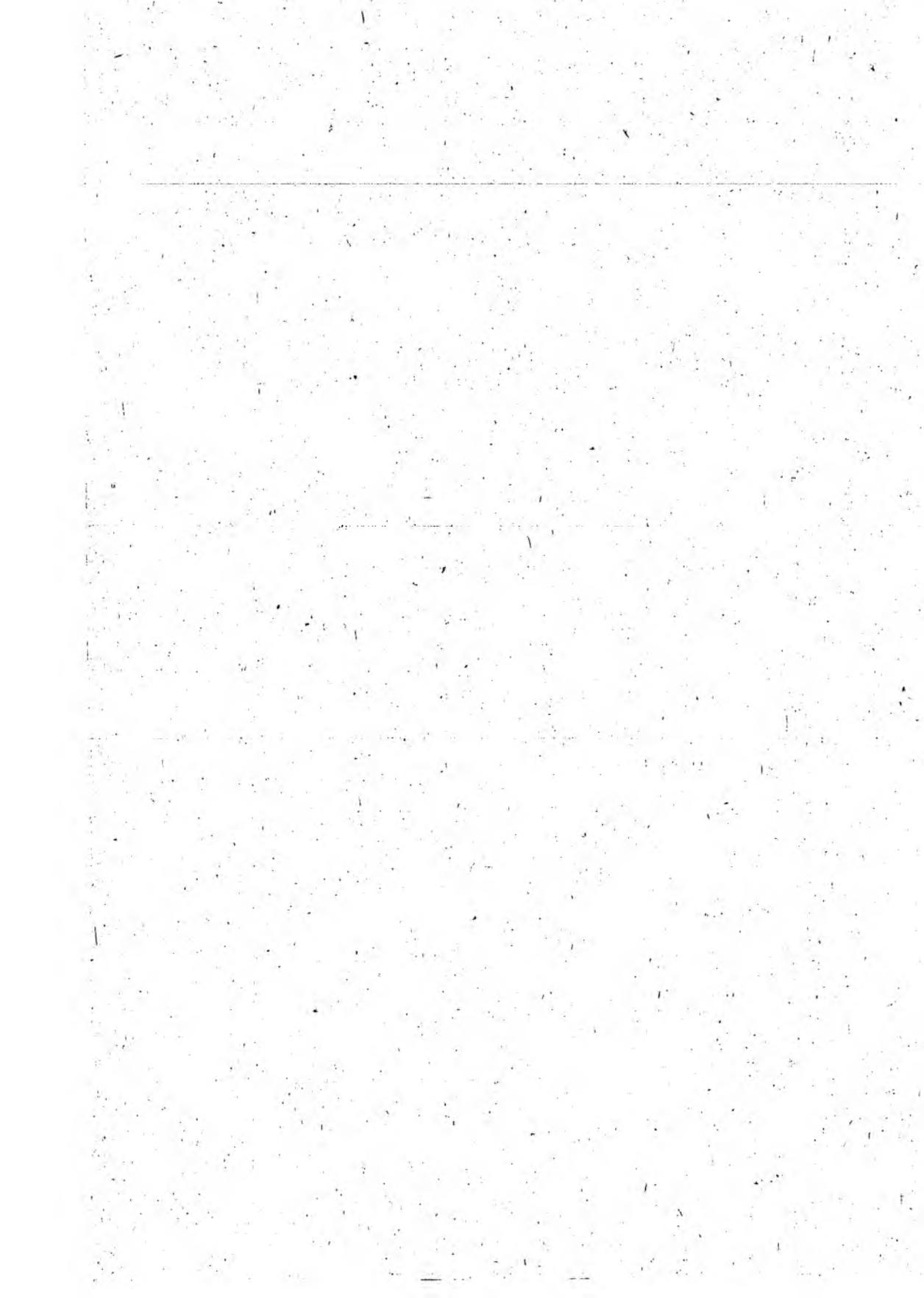
2º Comuníquese esta providencia en la forma dispuesta por los artículos 120 y 132 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Se deja constancia que la providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 28 de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Gustavo Salazar T., Miguel Lleras Pizarro.

Luis Jiménez Forero, Secretario.



CAPITULO TERCERO

**RESOLUCIONES MINISTERIALES Y
OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS**



RESOLUCIONES MINISTERIALES

NATURALEZA DEL AUTO QUE DECRETA PRUEBAS.— Contra él no procede el recurso de súplica. No solamente el texto legal pertinente sino la doctrina misma ha dado calidad de auto de sustanciación al que ordena la práctica de pruebas y condición de auto interlocutorio al que las deniega; igual cosa ocurre con el auto admisorio de la demanda que es de sustanciación y el que niega, interlocutorio. Ciertamente, cuando se decretan pruebas se cumple una mera actuación procesal que mira a la continuación del juicio; pero cuando se niegan se está afectando el derecho de la parte que las pide. Contra los autos interlocutorios al tenor del artículo 511 del Código Judicial procede el recurso de súplica para ante los magistrados restantes de la Sala de Decisión, cuando el magistrado que lo dicta no procede como juez ad quem; y contra los de mera sustanciación el recurso pertinente es el de reposición (Art. 487 del C. J.). En estas condiciones, lo procedente es, pues, desatar el recurso de reposición y negar el de súplica por improcedente.

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

(Consejero ponente: Doctor Enrique Acero Pimentel).

En el presente negocio el honorable Magistrado sustanciador decretó, por auto de 30 de abril pasado, las pruebas pedidas por los doctores Hernández Rodríguez y Preciado Peña; tal auto en la primera parte dispuso: "Por medio de peritos designados en la forma legal, estúdiense y analícense los conceptos rendidos por los peritos señores Aníbal Taborda y Alvaro Martínez Rujana, al tenor de los cuestionarios que, en relación con cada uno de dichos dictámenes, se anexan al memorial petitorio de las pruebas que se decretan".

El apoderado de la parte coadyuvante interpuso el recurso de súplica contra este proveído en procura de que la prueba no se decretara por improcedente. A su turno el representante del actor interpuso contra el mismo auto recurso de reposición fundado en las razones que expuso en su memorial y que no es del caso analizar ahora.

Sobre los recursos antedichos recayó la providencia de 14 de mayo último, en donde el mismo honorable Consejero concedió el de súplica para ante los restantes magistrados de la Sala y dispuso pasar el expediente al Magistrado que sigue en turno. En cuanto al de reposición dijo. "En virtud de que los argumentos expuestos por el doctor Gonzalo Gaitán en el memorial que antecede, en procura de conseguir que se reponga "el auto de 30 de abril de 1968", son los mismos alegados por el doctor Venegas de Francisco al interponer el recurso de súplica que se concede en el acápite anterior, teniendo la Sala de Decisión que considerar y resolver sobre la misma materia, se deniega tal recurso de reposición".

De este último auto el doctor Gonzalo Gaitán pidió aclaración "en el sentido de que no es que se deniegue el aludido recurso de reposición, ya que sí era procedente, sino que su señoría se abstiene de fallar, como bien lo dice en la parte motiva de dicha providencia, por tratarse de los mismos fundamentos de los dos recurrentes contra el auto de 30 de abril de 1968". La aclaración solicitada no se ha producido aún.

Obran a folios 51 y siguientes, los memoriales de los doctores De Francisco y Hernández Rodríguez sustentatorios de sus argumentos a propósito del auto suplicado y el del doctor Preciado Peña para quien el recurso de súplica legalmente no puede prosperar porque éste únicamente se ha establecido contra los autos interlocutorios y el suplicado lo es de mera sustanciación.

Se considera

No solamente el texto legal pertinente sino la doctrina misma ha dado calidad de auto de sustanciación al que ordena la práctica de pruebas y condición de auto interlocutorio al que las deniega; igual cosa ocurre con el auto admisorio de la demanda que es de sustanciación y el que niega, interlocutorio. Ciertamente, cuando se decretan pruebas se cumple una mera actuación procesal que mira a la continuación del juicio; pero cuando se niegan se está afectando el derecho de la parte que las pide. Contra los autos interlocutorios al tenor del artículo 511 del Código Judicial procede el recurso de súplica para ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión, cuando el magistrado que lo dicta no procede como juez ad quem; y contra los de mera sustanciación el recurso pertinente es el de reposición (Art. 487 del C. J.). En estas condiciones, lo procedente es, pues, desatar el recurso de reposición y negar el de súplica por improcedente.

En virtud de las precedentes consideraciones, la Sala de Decisión declara que no hay lugar al recurso de súplica y ordena devolver el expediente al despacho del honorable Consejero sustanciador para resolver sobre la reposición interpuesta contra el auto de 30 de abril último y proseguir la actuación.

Cópiese y notifíquese.

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

Jorge Restrepo Ochoa, Secretario.

ACTOS DE LA DIVISION DE IMPUESTOS NACIONALES

I. JUICIOS DE IMPUESTOS.— Debe impugnarse, en primer término, la respectiva liquidación.— Como la liquidación del impuesto es el acto que en definitiva coloca al contribuyente en la necesidad jurídica de satisfacer el tributo que la autoridad le cobra, resulta imperioso impugnar ese acto en primer término, desde luego que si el ataque se limita a las providencias administrativas que lo confirmaron, aun en el caso de que la justicia encuentre tachas legales contra esas providencias, siempre vendría a quedar en firme la liquidación que no ha sido acusada, por cuanto los jueces no pueden fallar ni extra ni ultra petita, y de todos modos el contribuyente, a pesar de su inconformidad con el monto del impuesto, deberá pagarlo en los términos de la liquidación que ya es un acto irrevocablemente en vigor, puesto que nadie tiene potestad para revisarla en circunstancias como la sub judice.

II. SUPPLICAS INCOMPLETAS.— Cuando las súplicas de la demanda son incompletas, se hace imposible el pronunciamiento de fondo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., agosto trece de mil novecientos sesenta y ocho.

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

La sociedad "Acueducto de San Juan del Córdoba Ltda." presentó una demanda ante el Tribunal Administrativo del Magdalena para solicitar lo siguiente:

"1º Se declare que es nula la Resolución N° 00529 de fecha 7 de junio del presente año de 1966, de la División de Impuestos Nacionales por la cual se confirmó la liquidación del impuesto a la renta y complementarios por el año gravable de 1960 practicada por la Administración de Impuestos Nacionales de Santa Marta a la nombrada sociedad "Acueducto de San Juan del Córdoba Ltda."

"2º Se practique una nueva liquidación de los mismos impuestos en la cual la renta originada en la enajenación de bienes depreciables se determine con sujeción a lo establecido en el numeral 3º del artículo 35 de la Ley 81 de 1960 y en el numeral 4º del artículo 88 del Decreto 437 de 1961".

“3º Se ordene la devolución de las sumas que según la nueva liquidación resulten cubiertas con exceso por la sociedad contribuyente”.

Cumplido el trámite de la primera instancia, el Tribunal del conocimiento, en fallo del 5 de mayo de 1967, no accedió a las súplicas de la demanda por considerar que las autoridades administrativas de impuestos habían aplicado correctamente la ley en el caso controvertido.

Apeló la demandante y pidió en oportunidad la infirmación de la sentencia recurrida. En cambio el señor Fiscal 2º del Consejo abogó porque se mantuviera lo resuelto por el Tribunal, como aparece en su concepto de fondo.

Se considera

La lectura atenta de las solicitudes hechas en el libelo, transcritas al principio, deja en claro que la sociedad actora se abstuvo de impugnar la liquidación definitiva del impuesto con cuyo monto se manifiesta inconforme, y acusó apenas ante el contencioso el proveído mediante el cual le fue resuelto desfavorablemente su reclamo administrativo contra aquella liquidación.

Acontece entonces que como la liquidación del impuesto es el acto que en definitiva coloca al contribuyente en la necesidad jurídica de satisfacer el tributo que la autoridad le cobra, resulta imperioso impugnar ese acto en primer término, desde luego que si el ataque se limita a las providencias administrativas que lo confirmaron, aun en el evento de que la justicia encuentre tachas legales contra esas providencias, siempre vendría a quedar en firme la liquidación que no ha sido acusada, por cuanto los jueces no pueden fallar ni extra ni ultra petita, y de todos modos el contribuyente, a pesar de su inconformidad con el monto del impuesto, deberá pagarlo en los términos de la liquidación que ya es un acto irrevocablemente en vigor, puesto que nadie tiene potestad para revisarla en circunstancias como la *sub iudice*.

Esta deficiencia fundamental en la parte petitoria de la demanda acarrea la imposibilidad para el contencioso de calificar a fondo las pretensiones de la sociedad actora, desde luego que en cualquier evento, vendría a quedar incólume el gravamen que le fió al contribuyente la liquidación no impugnada en el juicio, o sea que quedaría siempre sin dirimir la inquietud de la firma demandante respecto al monto del impuesto a su cargo, inquietud que en esencia fue el móvil que tuvo para instaurar la acción de que se trata.

Lo expuesto indica la necesidad de modificar el fallo apelado, en lo que atañe a la decisión de fondo que le dio a este litigio, para declarar, en cambio, que no hay lugar a pronunciamiento de fondo por la circunstancia ya anotada.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal 2º 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 ser ellas incompletas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la Sala consideró y aprobó esta providencia en la sesión del 31 de julio de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Gustavo Salazar T., Miguel Lleras Pizarro, con salvamento de voto.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Consejero doctor Miguel Lleras Pizarro

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D. E., trece de agosto de mil novecientos sesenta y ocho.

Ref.: Demanda presentada por la sociedad "Acueducto de San Juan del Córdoba Ltda." ante el Tribunal Administrativo del Magdalena.

"Dadme los hechos y yo os daré el derecho"

La discrepancia que ha surgido entre la mayoría de la Sala y el disidente, puede concretarse así:

En los juicios sobre impuestos lo que se demanda no es la resolución que puso fin a la actuación administrativa sino la operación administrativa por medio de la cual se liquidó definitivamente el impuesto, tal como lo prescribe el artículo 271 del Código Contencioso Administrativo y por tanto es inocua, desde el punto de vista de la eficacia procesal, la demanda de nulidad de las resoluciones posteriores de la administración. Si lo que se pide primeramente es lo último y se omite o tan sólo se menciona secundariamente la revisión de la liquidación, el Consejo no puede revisar el impuesto liquidado sin incurrir en el vicio de fallar más allá de lo pedido. Se supone además que al pedir la nulidad y la consecuente reparación en el mismo juicio en que se pide revisar la liquidación de impuestos se estarían acumulando acciones incompatibles: la de plena jurisdicción y la de revisión de impuestos.

El disidente afirma que cuando la intención del demandante es clara aunque la demanda haya sido redactada con errores técnicos no es legítimo abstenerse de examinar el fondo de la cuestión y de fallar, con el pretexto de tales errores.

Aunque la tesis de fondo que es materia de este debate atrae apasionadamente como para examinarla con la mayor extensión, así habrá de hacerse en otra oportunidad porque en esta no conviene demorar la publicación del fallo.

De un cierto tiempo a esta parte ha crecido la tendencia de aplicar, cada vez más extensa y más intensamente, los institutos del nuevo derecho procesal civil al procedimiento administrativo, lo que parece explicable habida cuenta de que el Código Administrativo permite satisfacer sus vacíos con las reglas del procedimiento civil y porque, al fin y al cabo, el administrativo es hijo del procedimiento civil del que con no pocas dificultades ha venido conquistando su autonomía. De ahí que los jueces administrativos rindan diaria pleitesía al procedimiento civil movidos por análogas razones a las que motivan al juez civil para respetar y defender la solemnidad procesal.

Nadie osaría negar que las reglas del procedimiento han sido concebidas para ordenar el proceso, adelantarlo sin sorpresas para las partes y permitir que se alcance pronto la meta natural que es la sentencia y por tanto la fijación del derecho de las partes. Por eso el fallo no puede declarar más de lo pedido porque ello constituiría una traición o una deslealtad con la otra parte que así sería privada de la posibilidad de defenderse. Todas las reglas del juego en el proceso civil han sido concebidas para proteger a cada parte contra las sorpresas y las deslealtades y para permitir que con la dirección del juez se alcance la meta de la sentencia. Debemos pues examinar si el proceso civil y el administrativo son iguales o al menos similares para saber si pueden aplicarse al último todas las reglas propias del primero.

Por ahora tal vez sea suficiente detenerse en una sola de las características cual es la de saber quiénes son sujetos de la relación procesal. En el procedimiento civil no hay duda de que los sujetos de la relación son el juez en representación del Estado y las partes o, como dicen los procesalistas, los sujetos activo y pasivo del derecho de acción. Veamos qué ocurre en el procedimiento administrativo. A primera vista parece que los sujetos de la relación procesal son los mismos que en el procedimiento civil y así podría concluirse con sólo observar cómo el Código en varias de sus disposiciones se refiere a las partes: una causal de nulidad es "la ilegitimidad de personería en alguna de las partes" (artículo 113); después de practicadas las pruebas se "ordena dar traslado a las partes" (artículo 130); los traslados a las partes se surten en la secretaría (artículo 130); la sentencia "se notificará personalmente a las partes" (artículo 131); etcétera. Pero si se examina con detenimiento en el proceso administrativo no podremos encontrar unas partes siquiera similares a las que caracterizan el proceso civil.

El juicio administrativo en general y probablemente sin excepción, tiene por objeto demandar y obtener del Estado por medio de su órgano competente la tutela de la legalidad. Ya sea en el juicio de nulidad en el que, al menos en principio no está implicado ningún derecho subjetivo privado, ya en el de plena jurisdicción en el que la protección del derecho subjetivo privado dependerá siempre de la legalidad del acto administrativo del que se pretende derivar el perjuicio, el objeto del proceso es siempre la legalidad de los actos de la administración. Al juicio concurren en una u otra forma la administración, que es el Estado, el Tribunal, que es el Estado, el Ministerio Público que es el Estado y el demandante, que es la parte pero no las partes. A primera vista, para el criterio de un procesalista debe resultar repugnante esta noción de juicio con una sola parte pero por difícil que parezca no hay más

remedio que aceptarla. Es situación que se parece más al proceso penal que al proceso civil. En el penal no hay sino una parte, el procesado, en frente al Estado representado por el juez y por el Ministerio Público. Esta noción de proceso con una sola parte no desaparece ni en el caso de coadyuvantes y opositores, porque la presencia de nuevas personas actuando en el proceso no varía el objeto del mismo que es la tutela de la legalidad de la administración.

Como de acuerdo con la tradición, la doctrina elaborada sólo por el juez no es muy acatable valga entonces respaldarnos en la opinión de Otto Mayer quien a este propósito dice: "Para que haya justicia es preciso que haya parte; pero, no hacen falta partes opuestas. La ley es la que confiere la calidad de parte. Cuando ella ordena que haya justicia administrativa para tal o cual acto designa también como parte al sujeto para quien él se otorga, al sujeto cuya relación con el poder público se determina por ese acto. La justicia con parte simple es, pues, el punto de partida y la regla para la justicia administrativa como lo es para la criminal".

Hay muchas otras diferencias entre el proceso civil y el administrativo, pero por hoy contentémonos con la que se ha puesto de presente para concluir, por consiguiente, que no todas las reglas y las doctrinas propias del proceso civil pueden aplicarse al administrativo y que la exquisita protección procesal en lo civil es superflua en lo administrativo.

Visto lo anterior, en opinión del disidente, el juez administrativo tiene el derecho y también la obligación de interpretar la demanda para deducir la verdadera intención del actor y conocida ésta fallar sobre lo que se pide pasando por encima de las precisiones técnicas procesales. En el presente caso no hay duda acerca de que el demandante pretende que se modifique la liquidación de impuestos y así lo dice aunque haya pedido también la nulidad de la resolución de la jefatura de impuestos. Por otro lado no hay que ser tan meticuloso en cuanto hace a la acumulación de acciones porque si bien es cierto que los juicios sobre impuestos están reglamentados en capítulo especial, también lo es que, por su naturaleza, por la materia que le es propia, es un contencioso de plena jurisdicción.

Y para que en este salvamento no falte algo de doctrina del propio Consejo de Estado, he aquí ella:

"Sentadas estas bases, se procede al estudio de la demanda en la cual el actor dice que ejércita la acción contencioso de impuestos. A pesar de la denominación empleada por el señor apoderado de la parte actora, la Sala estima que la acción en el caso hoy contemplado se encamina principalmente a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 1305 de 27 de julio de 1960, por medio de la cual se negó la exoneración solicitada por el doctor Ignacio Reyes Posada en la calidad ya anotada; y obtenida tal declaración lograr la devolución de la suma de dinero depositada para restablecer el derecho particular que se ha estimado violado. Es sabido que la demanda a la manera de los contratos y de los actos jurídicos unilaterales puede y debe interpretarse por el fallador con mira de fijar la verdadera intención que el actor se pro-

puso al formularla; para ello es indispensable contemplar el libelo en su conjunto armonizando los hechos sobre los cuales se basa la acción ejercitada con las motivaciones de derecho y las declaraciones pedidas haciendo caso omiso de vocablos empleados inadecuadamente, de fórmulas impropias y de denominaciones que no corresponden a la naturaleza de la acción ni a los elementos integrantes o constitutivos del acto cuya nulidad se pide. Ello se justifica ampliamente porque el procedimiento no es fin sino medio para hacer efectivo el derecho consagrado por la ley y porque la acción ha sido mirada como el derecho sustantivo ejercitado bajo una forma procesal. Este criterio parece corroborado por el artículo 472 del Código Judicial aplicable a los juicios contencioso administrativos y en el cual se fija la finalidad de los procedimientos y se le dan normas a los falladores para el pronunciamiento de las respectivas decisiones. En el caso sub iudice, considerados detenidamente los antecedentes del litigio, analizados los hechos sobre los cuales descansa la acción ejercitada y estudiadas las súplicas de la demanda a la luz de las normas que regulan la contribución por concepto de repavimentación y reconstrucción de andenes y sardineles en las vías públicas; contempla la categórica petición relativa a la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 1305 de 27 de julio de 1960; y observando el fin perseguido, a saber la devolución de la suma de dinero depositada, se ve que el doctor Samper Bernal, como apoderado de la sociedad "Fábrica de galletas y confites Noel", se propuso ejercitar la acción de plena jurisdicción, acción procedente en el evento de que se trate hacer desaparecer el fundamento sobre el cual se hizo la liquidación del tributo". (Fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., junio 13 de 1964. Consejero ponente: Doctor Francisco Eladio Gómez G.).

"Antes de seguir adelante, la Sala pone de presente que en verdad el actor ejercita la acción, impetrando la declaratoria de nulidad de las dos resoluciones acusadas, para que luego por consecuencia de su anulación, se haga por la jurisdicción contencioso administrativa "... la liquidación de los impuestos que corresponda pagar al contribuyente por el año de...", planteamiento en el que va envuelto un indudable error de técnica, ya que, como lo ha venido repitiendo en numerosas jurisprudencias el Consejo de Estado, la Ley 167 de 1941 contentiva del Código de lo Contencioso Administrativo, en el capítulo XXIII. "De los juicios sobre impuestos", artículo 271 y siguientes, no consagra propiamente una acción de nulidad contra los actos administrativos que liquiden definitivamente un impuesto contra persona determinada, sino la "... acción para pedir que se revise la operación administrativa correspondiente, y se declare que no está obligada (la persona demandante, se agrega) a cubrirlo, o se haga una nueva liquidación en la cual se fije la suma a su cargo".

"Y al haber procedido de tal manera el Consejo, además de respetar la letra expresa de la ley, ha consultado la "exposición de

motivos" que acompañó el proyecto de lo que luego vino a ser la Ley 167 mencionada, exposición que en lo pertinente dijo:

'a) Fuera de la ley, los actos creadores de un impuesto—ordenanzas y acuerdos municipales— son susceptibles de los recursos comunes a los actos administrativos en general (contencioso de anulación y de plena jurisdicción). Mas 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, con alguno de estos objetos: para que se declare que no hay obligación de cubrir el tributo; para que se haga una nueva liquidación, que sustituya la realizada por el funcionario o agente administrativo correspondiente, cuando sea errónea o indebida, o para que se reintegren o devuelvan las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente.

c) Como se trata de una revisión, se preceptúa que en ella sólo se tendrá en cuenta para estimarlas aquellas pruebas que hubieren sido aducidas en la vía administrativa, y para atenuar el rigor del principio se permite mejorar o completar en la vía jurisdiccional las que se hubieren hecho valer en la actuación administrativa..."

"Así, pues, con base en un criterio enteramente formalista, la Sala podría considerar configurada la conocida excepción perentoria de 'ineptitud sustantiva de la demanda', ya que las peticiones no se ajustan a lo dispuesto por el texto expreso de la ley, pero en este caso, como al igual lo ha hecho en múltiples anteriores por lo que puede estimarse que constituye jurisprudencia definida al respecto la Sala simplemente se limita a anotar el error de técnica procesal existente, sin más consecuencia, y por el contrario, fundamentada en un criterio interpretativo de la demanda y de la acción, atendiendo más al fondo que a la forma, a los objetivos y finalidades perseguidos al solicitar el actor que como consecuencia de la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa..." "se haga por ese honorable Tribunal la liquidación de los impuestos que corresponda pagar al doctor N. N. por el año de... dé por aceptado que en efecto la acción instaurada no tiene por meta sino la revisión de las operaciones administrativas por las cuales las entidades fiscalizadoras que del orden tributario han intervenido en la declaración de renta y patrimonio del demandante por el año de 1953, fijaron el monto de los impuestos nacionales respectivos e hicieron otras ordenaciones". (Fallo del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Bogotá, D. E., julio 17 de 1959).

Miguel Lleras Pizarro.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

PRESTACIONES SOCIALES.— A herederos de suboficiales fallecidos.— En los grupos a) y b) que establece el artículo 114 del Decreto 501 de 1955, se contemplan para los herederos del suboficial fallecido, dos clases de prestaciones inmodificables y una tercera condicional; las dos invariables están contenidas en los literales a) y b) de cada uno de los artículos 114 y 115 y la condicional, en el literal c) de las dos disposiciones. La primera prestación se refiere al pago de una denominada indemnización, equivalente en el primer grupo a 48 meses de sueldo y en el segundo a 36 meses. La segunda prestación en ambos grupos es exactamente la misma: al pago doble de la cesantía a que tuviere derecho el causante. En cambio la prestación reconocida en el literal c) de cada uno de los dos artículos, está condicionada: “si el fallecido hubiere cumplido diez años de servicio”. En este caso, los herederos tendrán derecho a una pensión mensual. Pero hay un tercer grupo de suboficiales o marineros no muertos en combate o en misión de servicio, a los cuales se refiere el artículo 116 del decreto estableciendo una división: Aquellos que murieron antes de cumplir los diez años de servicios y aquellos que fallecieron habiendo cumplido diez o más años de servicio. En el primer caso, los herederos tienen derecho a una indemnización en dinero igual a 24 meses del sueldo correspondiente al grado del causante, y el auxilio de cesantía, a que tuviere derecho. En el segundo evento, los herederos tienen derecho a una pensión mensual pagadera por asignación mensual de retiro y el auxilio de cesantía que le hubiere correspondido. En el primer caso, no hay pensión y en el segundo sí la hay; en el primero hay indemnización y en el segundo no la hay.

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

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

Ref.: Radicación N^o 887. Resoluciones Ministeriales. Nulidad de la Resolución N^o 0661 de febrero 7 de 1966, artículos 1^o, 5^o y 6^o del Ministerio de Defensa Nacional. Actor: Carmen Vera vda. de Conde y otros.

En demanda presentada el 7 de junio de 1966 por el doctor Marcos Gómez Rodríguez, como apoderado de la señora Carmen Vera vda.

de Conde y de sus menores hijos Alberto Vicente, Jesús Hernando, Ahidéc, Nidia, Gilma, Edgar, Gustavo y Doris Mabel Conde Vera, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que el Consejo hiciera las siguientes declaraciones:

“Primera. Que es nula la Resolución N° 0661 de 7 de febrero de 1966 proferida por el Ministerio de Defensa, en la parte del artículo 1º, donde reconoce una pensión jubilatoria a favor de la señora Carmen Vera vda. de Conde y de sus menores hijos, pero sin tener en cuenta al fijar la cuantía de dicha prestación la oscilación del sueldo que en todo momento ha tenido un cabo 1º del Ejército desde el día 2 de septiembre de 1959 en que falleció el causante, hasta la fecha, y el subsidio familiar de que trata el artículo 103 del Decreto 501 de 1959, o sea el 29% de la asignación de retiro de que hubiere gozado el mismo.

“Segunda. Que son nulos igualmente los artículos 5º y 6º, de la parte resolutive de la mencionada resolución originaria del Ministerio de Defensa, mediante los cuales se dispuso negar el cómputo del subsidio familiar, el pago de la compensación por muerte a mis poderdantes y ordenó descontar la suma de veintiséis mil quinientos sesenta y un pesos con sesenta y cinco centavos (\$ 26.561.65), de las mesadas pensionales reconocidas en la resolución, por concepto del pago de cesantía y compensación por muerte a que se refiere la Resolución 2416 de 21 de junio de 1960.

“Tercera. Que en su lugar, se disponga por la honorable Sala, que la señora Carmen Vera vda. de Conde y sus menores hijos, tiene derecho a que el Ministerio de Defensa le reconozca y pague a su favor una pensión jubilatoria sobre el 85% del sueldo básico que en todo momento haya devengado y devengue un cabo 1º del Ejército con inclusión de todas las primas, partidas y bonificaciones que determina el estatuto orgánico de las Fuerzas Militares, Decreto 501 de 1955.

“Cuarta. Que se declare por la honorable Sala, que el Ministerio de Defensa está en la obligación de reconocer y pagar a mis poderdantes la indemnización o compensación por muerte por haber fallecido al servicio del Ejército Nacional y la cesantía correspondiente de acuerdo con el tiempo de 33 años reconocido en la hoja de servicios del militar fallecido por ser prestaciones diferentes a la pensión jubilatoria y que en manera alguna son incompatibles con ella”.

Disposiciones violadas

El señor apoderado citó las siguientes: Artículo 116 y su párrafo; artículos 121 y 103 del Decreto 501 de 1955; Decreto 253 de 1963 y 3208 de 4 de diciembre de 1965; Ley 4ª de 1966 y artículo 1º del Decreto 1117 del mismo año.

Oportunamente el doctor Gómez Rodríguez corrigió su demanda y en ella expuso los siguientes hechos:

"1º El Ministerio de Guerra, mediante la Resolución Nº 2416 de 21 de junio de 1960, en virtud del fallecimiento del señor José Vicente Conde Mantilla a quien consideró como un empleado civil del ramo de guerra, reconoció a mis mandantes tan sólo la suma de veintiséis mil quinientos sesenta y un pesos con cincuenta y cinco centavos moneda corriente, por los siguientes conceptos:

"a) La suma de \$ 13.148.50 moneda corriente, equivalente a 25 meses de sueldo que devengaba el causante a título de indemnización o seguro de vida;

"b) La suma de \$ 13.418.50 moneda corriente valor del auxilio de cesantía que corresponde al mismo causante por 25 años, 6 meses y 8 días de servicio".

"2º Posteriormente, con fecha 8 de agosto de 1961, el suscrito como apoderado de la señora Vera vda. de Conde y de sus menores hijos, solicitó al Ministerio de Guerra, la formación de la hoja de servicios del fallecido José Vicente Conde Mantilla, a objeto de que una vez elaborada y aprobada, se reconociera a mis poderdantes las prestaciones sociales a que tiene derecho por el respectivo "status militar" del causante.

"3º El hoy Ministerio de Defensa, mediante la Resolución Nº 0661 de 7 de febrero de 1966 reconoció a la esposa legítima e hijos menores del cabo 1º del Ejército José Vicente Conde Mantilla una pensión jubilaria sobre el 85% del sueldo, la prima de antigüedad del 32% y la prima de Navidad, por haber fallecido al servicio del Ejército cuando tenía un servicio de 33 años por aproximación legal.

"4º Mas ocurre que, como se advirtió en la demanda ya presentada, la Resolución Nº 0661 expedida por el Ministerio de Defensa, si bien reconoció la pensión jubilaria a que tienen derecho mis mandantes, no tuvo en cuenta al liquidar dicha prestación partidas que deben sumarse al sueldo para determinar la cuantía de la pensión reconocida, como el subsidio familiar, el monto verdadero de la prima de Navidad, y el derecho de oscilación de sueldos que consagran las normas militares que regulan la materia.

"5º Así por ejemplo, en el punto b) el artículo 1º de la resolución demandada de manera parcial, en los aspectos que lesiona a mis poderdantes, tan sólo reconoció a éstos la suma de \$ 22.624.40, por concepto de cesantía por 23 años, ordenamiento éste violatorio de la ley, porque como ya se dijo, el artículo 116 del Decreto 501 de 1955 estatuye que debe reconocerse "el auxilio de cesantía que le hubiere correspondido" al causante o sea el de 33 años.

"6º El artículo 5º de la mencionada resolución que se viene impugnando, niega a los herederos del cabo 1º José Vicente Conde Mantilla, el cómputo para efectos de la cuantía pensional del subsidio familiar y el pago de la compensación por muerte, con base en una interpretación equivocada de la ley, especialmente en cuanto respecta a la indemnización por muerte que es una pres-

tación diferente y autónoma de la cesantía y la pensión y compatible con éstas, ya que se causa simplemente por la muerte del militar en servicio activo.

“7º Debe por consiguiente, reformarse el artículo 1º de la resolución demandada a efecto de que se declare por la honorable Sala que tanto la esposa legítima como los herederos del cabo 1º José Vicente Conde Mantilla, tienen derecho a que se les reconozca la pensión jubilatoria desde la fecha en que los hace la resolución del Ministerio de Defensa, pero con todas las prerrogativas legales a que los hace acreedores el status militar del causante, y además debe reconocerse el pago de la cesantía correspondiente a 33 años, y el auxilio de indemnización por muerte equivalente a 24 meses de sueldo que le fue negado en el artículo 5º del citado acto administrativo”.

“8º Hechos los anteriores pronunciamientos, es obvio que puede quedar en pie, el ordenamiento contenido en el artículo 6º de la resolución demandada, y por lo mismo, es el caso de aclarar la demanda en el sentido de que se prescinde de la nulidad de dicho artículo como equivocadamente lo hace la demanda inicialmente presentada”.

El Ministerio de Defensa Nacional constituyó como apoderado al doctor Pedro Humberto Lineros Zúñiga, quien propuso las excepciones de declinatoria de jurisdicción por considerar que la Resolución Nº 0661 no revivía los términos en relación con la Nº 2416 del 21 de junio de 1960. Anota además que aparece una omisión ostensible no sólo en la demanda original sino en su corrección, consistente en que el apoderado no determinó la cuantía, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 528 de 1964. Adelante se ocupará la Sala de estas consideraciones del apoderado del Ministerio de Defensa, quien en su memorial pide al Consejo que niegue las solicitudes de la demanda.

El señor Fiscal Primero del Consejo, doctor Joaquín Caro Escallón en su vista de fondo que obra a folios 50 a 59 del expediente, estima que deben negarse las peticiones del libelo.

A su vez, el apoderado de la actora solicitó audiencia pública, la cual fue celebrada el día 12 de agosto pasado y en ella tanto el doctor Gómez Rodríguez, como el señor Fiscal, ratificaron sus puntos de vista.

Ha llegado el momento de decidir, y a ello procede la Sala, estudiando primero las excepciones propuestas por el doctor Lineros Zúñiga.

A este respecto, la Sala comparte plenamente el concepto de su colaborador Fiscal, cuando dice:

“En cuanto al primer punto, es cierto que el artículo 23 del citado Decreto 2733 de 1959 establece que ni “la petición de revocación de un acto, ni la providencia que sobre ella recaiga, reviven los términos legales para el servicio de las respectivas acciones contencioso administrativas”, pero sucede que el Ministerio revocó en todas sus partes la resolución primitiva, vale decir, que la reemplazó íntegramente por la número 0661, de manera que la pri-

mera desapareció, y existe jurídicamente, sólo la nueva situación planteada por la resolución acusada. Por este aspecto, pues, no tiene fundamento la alegación del apoderado del Ministerio de Defensa”.

En relación con la omisión —según el apoderado del Ministerio— consistente en que el demandante, ni en su libelo original, ni en la adición, determinó la cuantía de la acción conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 528 de 1964, y ello conduce a la ineptitud de la demanda, la Fiscalía considera que, en estricto rigor, no existe esa irregularidad, en efecto, de la simple lectura de las peticiones formuladas, se llega a la conclusión de que la cuantía de lo reclamado excede de \$ 50.000.00”.

No prosperan pues, las excepciones propuestas por el señor apoderado del Ministerio de Defensa.

En consecuencia, la Sala debe entrar a estudiar el fondo del asunto, previas las siguientes consideraciones:

1º El apoderado de la parte actora considera que la resolución acusada no hace el reconocimiento de la pensión en forma oscilante, sobre la base de la asignación en actividad que en todo tiempo corresponda a cada grado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 121 del Decreto 501 de 1955.

Sin embargo, el literal a) del numeral 1º y el numeral 2º de la Resolución N° 0661 de 1966, sí hace ese reconocimiento, teniendo en cuenta las oscilaciones de los sueldos de un cabo 1º del Ejército.

2º Siguiendo el orden que emplea el señor Fiscal a este respecto, debe referirse la Sala a la acusación contra la resolución demandada porque no computó en la pensión decretada la prima de alojamiento o subsidio familiar, con lo cual, según el doctor Gómez Rodríguez, se violaron normas generales contenidas en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

No es del caso aplicar aquí dicho Código por cuanto existen disposiciones especiales para los militares como el parágrafo del artículo 116 del Decreto 501 de 1955, que según el señor Fiscal es el que regula el caso particular sometido al estudio de la Sala: “... tendrán derecho a recibir una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público que se liquidará en la forma prevista para la asignación mensual de retiro”. De donde se concluye que para liquidar la pensión de la cual se trata, se debe adoptar el sistema de liquidación de la asignación de retiro regulado por el artículo 15 del Decreto 325 de 1959 que expresamente excluye el subsidio familiar en el cómputo de la asignación de retiro.

3º Alega el señor apoderado que los herederos del señor José Vicente Conde Mantilla tenían derecho a la indemnización por muerte.

A este respecto el señor Fiscal cita tres casos distintos contenidos en los artículos 114, 115 y 116 del Decreto 501, así:

a) Suboficiales o marineros muertos en combate o por acción directa del enemigo. Artículo 114;

b) Suboficiales o marineros muertos en accidente en misión del servicio. Artículo 115;

c) Suboficiales o marineros muertos en servicio activo, por causas diferentes a las previstas en los dos apartes anteriores. Artículo 116.

Y anota que para el primer grupo el decreto prevé que el suboficial sea ascendido en forma póstuma, al grado inmediatamente superior, como recompensa por acción heroica.

Pero, prescindiendo de ese ascenso en los grupos a) y b) el decreto contempla para los herederos del suboficial fallecido, dos clases de prestaciones inmodificables y una tercera condicional, "las dos invariables están contenidas en los literales a) y b) de cada uno de los artículos 114 y 115 y la condicional, en el literal c) de las dos disposiciones. La primera prestación se refiere al pago de una denominada indemnización, equivalente en el primer grupo a 48 meses de sueldo y en el segundo a 36 meses. La segunda prestación en ambos grupos es exactamente la misma: "al pago doble de la cesantía a que tuviere derecho el causante".

En cambio la prestación reconocida en el literal c) de cada uno de los dos artículos, está condicionada: "si el fallecido hubiere cumplido diez años de servicio". En este caso, los herederos tendrán derecho a una pensión mensual. Pero hay un tercer grupo de suboficiales o marineros no muertos en combate o en misión de servicio, a los cuales, se refiere el artículo 116 del decreto estableciendo una división:

Aquellos que murieron antes de cumplir los diez años de servicios y aquellos que fallecieron habiendo cumplido diez o más años de servicio. En el primer caso, los herederos tienen derecho a una "indemnización en dinero igual a 24 meses del sueldo correspondiente al grado del causante, y el auxilio de cesantía, a que tuviere derecho". En el segundo evento, los herederos tienen derecho a una "pensión mensual pagadera por asignación mensual de retiro y el auxilio de cesantía que le hubiere correspondido". En el primer caso, no hay pensión y en el segundo caso sí la hay; en el primer caso hay indemnización y en el segundo no la hay.

El suboficial Conde Mantilla murió en servicio activo, pero por causas diferentes a las contempladas en los artículos 114 y 115 del Decreto 501 de 1955 y en el momento de su fallecimiento llevaba más de diez años de servicio, por lo cual no le correspondía a sus herederos la indemnización por muerte.

4º Por lo que hace a que la cesantía estuvo mal liquidada en la resolución acusada porque se ha debido reconocer por un lapso de 33 años y no solamente por 23 como se decretó; la Sala considera que no es del caso pronunciarse sobre los argumentos del señor Fiscal del Consejo y del señor apoderado de la parte demandante, que son contrapuestos, si se tiene en cuenta que el actor falleció en el año de 1959 (fl. 32 del cuaderno administrativo), y a que, como se dijo antes la resolución demandada le reconoció cesantía correspondiente a 23 años.

En efecto, como lo dijo la Sala en sentencia de 2 de noviembre de 1967 en el caso del señor Alfonso Mesa Matuk, la fecha desde la cual los funcionarios del Ministerio de Guerra (hoy de Defensa Nacional) tienen derecho al auxilio de cesantía, es el 1º de enero de 1942. El artículo 27 del Decreto 2332 de 1946 "por el cual se reglamentan las prestaciones sociales y se crea la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros del Ministerio de Guerra", establece que los empleados y obreros del Ministerio de Guerra, de carácter permanente, tendrán derecho al auxilio de cesantía y "para la liquidación de este auxilio se tendrá en cuenta el tiempo de servicio con posterioridad al 1º de enero de 1942".

Así, desde 1942 hasta 1959, año del fallecimiento del señor Conde Mantilla hay 17 años y el Ministerio de Defensa reconoció y pagó a sus herederos una cesantía correspondiente a 23 años, luego no es del caso de acceder a esta súplica de la demanda.

En mérito de todo lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sesión celebrada el día doce de septiembre de 1968, de acuerdo con su colaborador Fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente, previa devolución del administrativo.

Belisario Arciniegas, Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín, Alvaro Orejuela Gómez.

Marco A. Martínez B., Secretario.

RESOLUCIONES MINISTERIALES

ACTOS NULOS Y ACTOS INEXISTENTES.— El acto administrativo producido por un funcionario incompetente es nulo pero no inexistente.— Retiro de las Fuerzas Militares.— La situación de retiro, es aquella en que queda el suboficial o marino de las Fuerzas Militares, que sin perder su grado militar, por disposición del Gobierno y con sujeción a las normas del Decreto 501 de 1955, deja de prestar su servicio de actividad. Así pues, una disposición emanada del Comando del Ejército no es la conducente para producir un retiro. Ciertamente, existen funciones delimitadas para las distintas entidades las cuales deben ser cumplidas por aquellas personas a las cuales la ley se las haya atribuido, de esta manera, si se produce un acto administrativo, por una persona o entidad sin facultad para producirlo se está quebrantando la norma que establece dicha delimitación de funciones. De la misma manera para la producción de los actos administrativos, se debe acudir a un procedimiento previamente establecido, para evitar que se cometan arbitrariedades, y garantizar que se mantenga el orden jurídico. En este campo es donde se aprecia claramente el sometimiento de la administración pública a las normas jurídicas, que es la dinámica del principio de la legalidad que se encuentra inherente en todo acto administrativo; de modo que si un acto administrativo es producido por un funcionario incompetente y sin el procedimiento establecido se está en presencia de un acto nulo, pero no inexistente, a términos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

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

(Consejero ponente: Doctor Nemesio Camacho R.).

Ref.: Radicación N° 1312. Resoluciones Ministeriales. Nulidad con restablecimiento del derecho contra la Resolución N° 04680 de agosto 30 de 1967 del Ministerio de Defensa Nacional. Actor: Luis Zwinglio Carrasco Benavides.

En demanda presentada el 11 de enero de 1968 por el doctor Bernardo Enrique Peralta Ortiz, como apoderado del señor Luis Zwinglio

Carrasco Benavides, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, solicitó que el Consejo hiciera las siguientes

Declaraciones

“Primera. Es nula la Resolución N° 04680 de 30 de agosto de 1967 del Ministerio de Defensa Nacional (antes Guerra), que negó al actor, cabo 2° del Ejército Luis Zwinglio Carrasco Benavides o Zwinglio Melatón Carrasco Benavides, con la consiguiente **formación de hoja de servicios militares**”.

“Segunda. Como consecuencia de lo anterior, el cabo 2° del Ejército Luis Zwinglio o Zwinglio Melatón Carrasco Benavides, se halla investido del status legal de suboficial del Ejército en servicio activo, con el grado adquirido de cabo 2° y hasta la fecha en que el Gobierno Nacional, en forma legal, lo llama a calificar servicios.

“Tercera. Además, declárase que el cabo 2° del Ejército Luis Zwinglio o Zwinglio Melatón Carrasco Benavides, tiene derecho a ser llamado a calificar servicios, en la forma y modo como determina la ley, para que en la correspondiente oficina de personal se le elabore la **hoja de servicios militares**, incluyendo como tiempo de servicio los correspondientes desde su ingreso regular al servicio activo y hasta tanto sea retirado definitivamente del mismo, sin solución de continuidad alguna.

“Cuarta. Igualmente, el actor tiene derecho a que se le reconozcan los sueldos causados y dejados de percibir, con la prescripción especial del artículo 137 del Decreto 501 de 1955, la cesantía correspondiente a sus servicios y demás prestaciones sociales que consagran las leyes.

“Quinta. El Ministerio de Defensa Nacional, deberá dar cumplimiento a esta sentencia, dentro de los términos del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo”.

Hechos

En resumen, fueron relacionados en la demanda, los siguientes:

1° El actor ingresó al Ejército como soldado conscripto en el Batallón de Ingenieros Codazzi, en Palmira. Posteriormente ascendió al grado de cabo 2° con el lleno de los requisitos legales. Durante su carrera militar no fue sometido a tribunales disciplinarios que determinasen su separación del servicio activo, por mala conducta, ni tampoco incurrió en faltas que afectasen la moral y el prestigio de las Fuerzas Militares. Por el contrario su comportamiento fue ejemplar.

2° Cuando el actor prestaba en forma destacada sus servicios en la unidad a que fue destinado, le fue causada la **“baja”** de tal unidad, **“según orden del día número 25, para el día 24 de abril de 1957, artículo 96 del Comando del Ejército, pero sin que ello pueda entrañar retiro del servicio activo”** (fl. 8 antecedentes administrativos).

3º El actor, es, como consecuencia de su ingreso regular al servicio del Ejército, y por haber obtenido su ascenso al grado de cabo 2º, del cual es titular, **suboficial en servicio activo**, sin haber sido desinvestido por acto administrativo válido de funcionario competente. En efecto, de conformidad con el artículo 82 del Decreto 501 de 1955 los suboficiales se retiran del servicio activo **por disposición del Gobierno** y con sujeción a las normas pertinentes del citado estatuto. Y de conformidad con el artículo 57 de la Carta el Gobierno Nacional lo constituye en cada caso particular el Presidente y el Ministro respectivo, cuyos actos constituyen actos administrativos válidos.

4º En el caso sub judice no se ha producido acto administrativo válido que haya determinado el retiro del actor del servicio activo. Sólo existe —como dice el actor— “una **orden innocua** emanada de un funcionario, cuya jerarquía no le señala capacidad administrativa para producir retiro del servicio activo, función ésta que compete muy a otra clase de autoridad”.

5º Posteriormente, cuando el actor solicita del Gobierno Nacional la definición del status militar de actividad, reconocimiento de tiempo de servicios y otras prestaciones sociales, el Ministerio de Defensa Nacional no accede a las peticiones del actor, alegando que la **orden del día** del Comando del Ejército que ordenó su “baja” no fue impugnada a tiempo y causó estado, se hizo inmodificable y por esta razón el Ministerio de Defensa Nacional, no tiene facultad que le permita revocar o modificar la citada orden del día.

Disposiciones violadas

Dice a este respecto el señor apoderado:

El acto administrativo contentivo de la República N° 04680 de 30 de agosto de 1967 del Ministerio de Defensa Nacional, viola las siguientes disposiciones:

El artículo 30 y 169 de la Constitución Nacional; los artículos 1º y 2º del Decreto 1187 de 1917; el artículo 11 del Decreto 1207 de 15 de mayo de 1942, y finalmente el artículo 82 del Decreto 501 de 1955.

Considera el apoderado del actor que de acuerdo con las anteriores disposiciones legales, los militares, por mandato expreso de la Carta constitucional, gozan de ciertos derechos y prerrogativas que el Estado debe proteger. Así, para proveer el retiro del servicio activo de un militar, se deben reunir, no solamente, el lleno de los requisitos legales sino, además, debe ser decretado por órgano competente y en este caso, por el Gobierno Nacional y no por el Comando del Ejército.

Por otra parte, considera el demandante que el acto impugnado viola derechos adquiridos, por cuanto habiendo ingresado regularmente al servicio del Ejército como miembro del mismo, en la categoría de suboficial, goza del amparo y protección que establece el Decreto 501 de 1955. Es así, que no habiendo sido legalmente desposeído del status militar, por acto administrativo válido, goza actualmente de dicho status, y por lo tanto, de la actividad en el servicio, hasta tanto el Go-

bierno Nacional no decreta su retiro del servicio activo, en la forma y el modo determinado por la ley.

Además, el suboficial Carrasco Benavides no puede permanecer indefinidamente en la situación actual, y por lo tanto considera el señor apoderado, tiene derecho a que se le pase a la situación de retiro, previas las formalidades legalmente establecidas.

Finalmente —afirma el demandante— la resolución acusada viola el Decreto 1207 de 1942, pues pretende ratificar el acto inno- cuo de un agente sin capacidad para producir efectos jurídicos en sus actos, desconociendo además, la forma establecida para el retiro de un militar en servicio activo. Así pues, el acto acusado es **inexistente** por carencia de competencia y ausencia total de las formalidades exigidas para producir el retiro del servicio activo del señor Carrasco Benavides. Tiene pues derecho el actor a que se le defina el status militar de actividad, del cual no ha sido desinvertido y se le llame a calificar servicios en la forma legal, ya que constituyendo el status militar un estado jurídico verdadero y no un hecho material, si el titular pierde la "actividad material, no por ello pierde el derecho a su status militar de actividad".

Habiéndose agotado el trámite legal de este juicio, sin que se observe ninguna causal de nulidad, procede la Sala a decidir previas las siguientes

Consideraciones

1ª Es cierto, como lo afirma el demandante que la disposición que determinó el retiro del actor, fue dictada por un funcionario que no tiene competencia para ello, pues según el Decreto 501 de 1955, en su artículo 82, al definir la situación de retiro, considera que es aquella en que queda el suboficial o marinero de las Fuerzas Militares, que sin perder su grado militar, por **disposición del Gobierno** y con sujeción a las normas de este estatuto, deja de prestar su servicio de actividad. Así pues, dicha disposición emanada del Comando del Ejército, no era la conducente para producir el retiro del demandante.

Ciertamente, existen funciones delimitadas para las distintas entidades las cuales deben ser cumplidas por aquellas personas a las cuales la ley se las haya atribuido, de esta manera si se produce un acto administrativo, por una persona o entidad sin facultad para producirlo se está quebrantando la norma que establece dicha delimitación de funciones.

De la misma manera para la producción de los actos administrativos, se debe acudir a un procedimiento previamente establecido, para evitar que se cometan arbitrariedades, y garantizar que se mantenga el orden jurídico.

En este campo es donde se aprecia claramente el sometimiento de la administración pública a las normas jurídicas, que es la dinámica del principio de la legalidad que se encuentra inherente en todo acto administrativo, de modo que si un acto administrativo es producido por un funcionario incompetente y sin el procedimiento estable-

cido, se está en presencia de un acto nulo, pero no inexistente, a términos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo que dice:

“Artículo 66. Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados. Esta acción se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere”.

2ª El señor Fiscal 2º de la corporación considera que se trata “de un acto complejo interno porque en él hay dos voluntades concurrentes a la formación del acto administrativo que pertenecen a la misma entidad, a saber: 1º La orden del día Nº 25 del 24 de abril de 1957 del Batallón de Ingenieros Nº 3 “Códazzi” y lo 2º, la Resolución Nº 4680 del 30 de agosto de 1967, hoy enjuiciada”.

Si así fuera, habría sido necesario impetrar la nulidad de las partes que configuran dicho acto, so pena de encontrarse ante una inepta demanda.

Aquí no hay acto complejo sino, un solo acto jurídico que fue la orden del día atrás mencionada. Por consiguiente no prospera la excepción propuesta.

La Resolución acusada número 04680 de 30 de agosto de 1967 realmente y en el fondo resolvió una solicitud de revocatoria directa de la orden del día número 25 de 24 de abril de 1957, en forma negativa. Y si bien en el libelo no se demanda sino la resolución del Ministerio de Defensa Nacional, lo que se quiere obtener también es la nulidad de la orden del día que dio de baja al actor en 1957. Hubiera podido entonces acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, pero el demandante esperó diez años para formular peticiones al Ministerio de Defensa Nacional, lo que se quiere obtener también es la nulidad de la orden acusada, que no revive los términos para impugnar el acto que lo separó del servicio irregularmente, de acuerdo con el artículo 22 del Decreto 2733 de 1959.

Su acción, pues, está caducada a términos del artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día veinticuatro de octubre de 1968, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, en desacuerdo con su colaborador Fiscal,

Falla:

Declárase probada la excepción de caducidad de la acción.

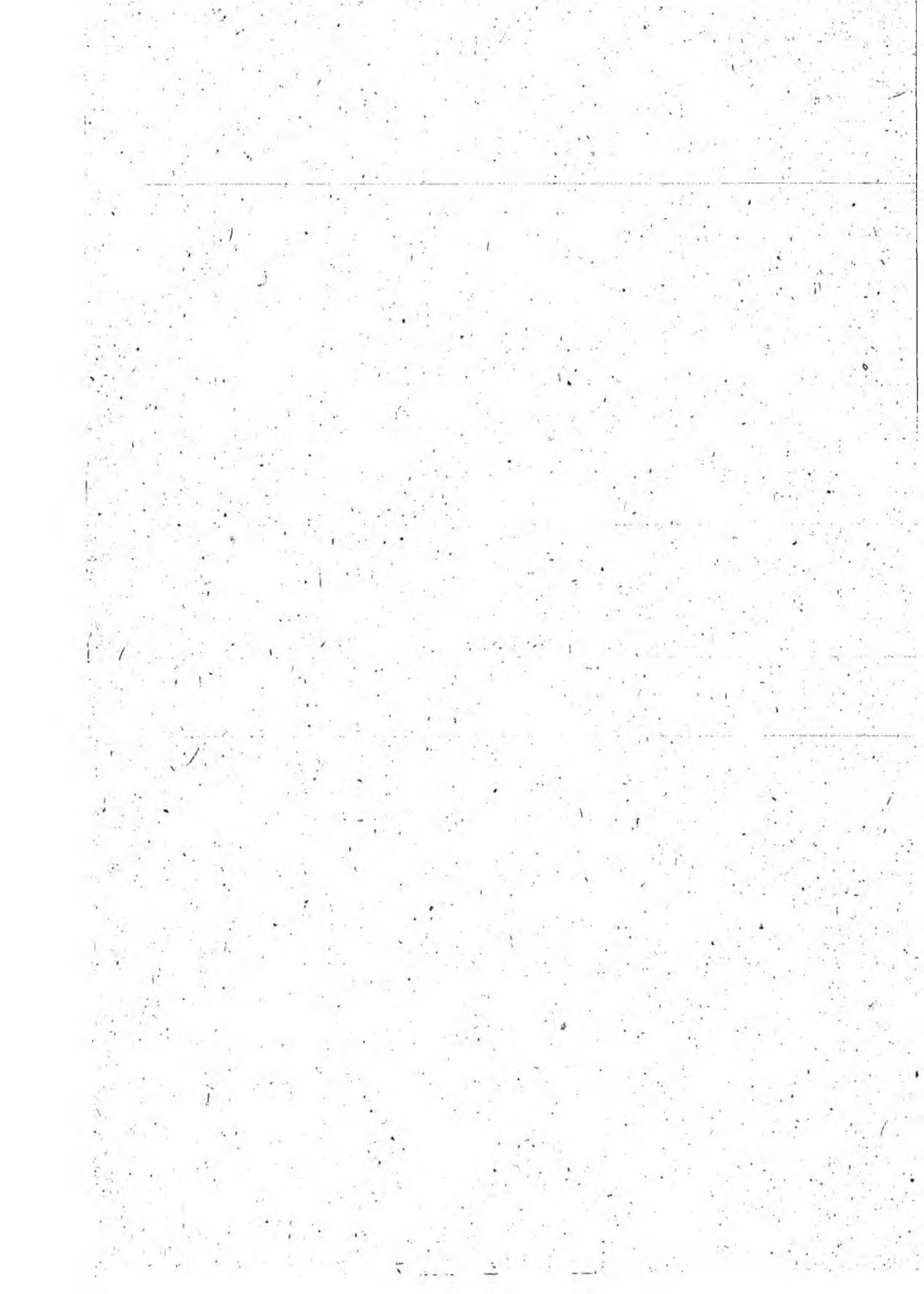
Cópiese, notifíquese y archívese.

Belisario Arciniegas, Nemesio Camacho Rodríguez, Andrés Holguín, Alvaro Orejuela Gómez.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

CAPITULO CUARTO

**ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES Y PERSONAS
ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL**



ACTOS DE LA DIVISION DE IMPUESTOS NACIONALES

PRINCIPIO DE PRECLUSION.— Si es verdad que sólo la sentencia en firme genera la cosa juzgada y liga al juez en el proceso, en forma que en ningún momento puede ser desconocida por él y que por lo mismo, los autos de sustanciación e interlocutorios, aun ejecutoriados, no obligan al juez cuando han sido el resultado de un error o de un procedimiento equivocadamente dirigido, también es cierto que no pueden revocarse oficiosamente por el mismo funcionario que los dictó, aunque puede desconocerles su valor en actuaciones posteriores o en la providencia de fondo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.— Bogotá, D.E., julio veinticinco (25) de mil novecientos sesenta y ocho (1968).

(Consejero ponente: Doctor Hernando Gómez Mejía).

Conoce el Consejo de Estado del recurso de apelación interpuesto por el doctor Hernando Castilla Samper, apoderado de Pan American World Airways Inc., contra el auto de 27 de junio de 1966, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio de nulidad de la Resolución número R-02955-H de 4 de agosto de 1962, emanada de la División de Impuestos Nacionales.

Antecedentes

Por auto de 12 de mayo de 1966, notificado el 18 del mismo mes y año, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda en el juicio referido, por haberla encontrado ajustada a los requisitos legales.

Posteriormente el mismo Tribunal, en providencia de 27 de junio de 1966, argumentando que la demanda no ha debido ser admitida por no haberse dado cumplimiento al inciso 5º del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo resolvió lo siguiente:

“Por tanto, declárase sin valor procesal alguno el auto de fecha doce (12) de mayo de mil novecientos sesenta y seis (1966) y en su lugar se dispone no dar curso a la demanda del presente negocio”.

Contra esta providencia interpuso el apoderado del demandante recurso de reposición y el subsidiario de apelación. Habiéndose negado

el primero, los autos fueron enviados al Consejo de Estado para surtir el segundo. Agotado el trámite de la segunda instancia durante la cual el apelante alegó para pedir revocatoria de la providencia protestada, se procede a decidir del mérito del recurso.

Consideraciones del Consejo de Estado

Tanto en su alegato de reposición ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como en el que presentó ante el Consejo de Estado, el señor apoderado ha sostenido que fue ilegal la providencia acusada por cuanto el Tribunal no podía de oficio revocar una providencia debidamente ejecutoriada. Dice así el doctor Castilla Samper:

“Ese honorable Tribunal carece de facultad legal para revocar de oficio la providencia de fecha 12 de mayo pasado que admitió la demanda en el juicio de la referencia, encontrándose éste apenas en tramitación: Si algún vicio hay de forma o de fondo, sustantivo o procedimental, corresponde a las partes alegarlo o, al mismo Tribunal, pero en ambos casos, en la oportunidad legal que tienen para ello. No es posible declarar sin valor o revocar de oficio y sorpresivamente una providencia que se encuentra ejecutoriada y, que, por tanto, es una ley del proceso. Carecerían de certeza los procedimientos, si admitida su tramitación y a propósito de cualquier solicitud, o sin ella, se pudiera en cualquier momento revocar de oficio el auto que admite la demanda”.

En realidad le asiste razón al apelante. Si es verdad que sólo la sentencia en firme genera la cosa juzgada y liga al juez en el proceso, en forma que en ningún momento puede ser desconocida por él y que, por lo mismo, los autos de sustanciación e interlocutorios, aun ejecutoriados, no obligan al juez cuando han sido el resultado de un error o de un procedimiento equivocadamente dirigido, también es cierto que no pueden revocarse oficiosamente por el mismo funcionario que los dictó, aunque puede desconocerles su valor en actuaciones posteriores o en la providencia de fondo.

Como nuestro procedimiento está fundamentado en el sistema de las preclusiones, en virtud del cual el juicio está dividido en ciclos, períodos o etapas, pasados los cuales no es dable retrotraer la actuación, ni ejercer ciertas facultades procesales, los jueces no pueden oficiosamente revocar o dejar sin efecto autos ejecutoriados y apenas sí les es dado retrotraer la actuación cuando ésta se invalide por algún motivo de nulidad decretado por el mismo juez, de oficio, o a petición de parte. Claro está que, como se advirtió, un juez no puede quedar ligado indefinidamente a errores cometidos en el curso del proceso así se encuentren en providencias ejecutoriadas, pero para ello es necesario esperar una oportunidad procesal que le permita subsanar el error y desconocer la actuación equivocada, oportunidad que será indudablemente la sentencia u otra cualquiera en que haya de tomar determinaciones contrarias a lo ya resuelto, pero dejando intacto por lo menos en el aspecto procesal, el auto equivocado y limitándose simplemente a desconocerle consecuencias jurídicas. Pero, se repite, no revocando su propia providencia, sino desconociéndole sus efectos.

Sobre este punto se expresó así la Corte Suprema de Justicia en providencia publicada en el Tomo XLIII de la Gaceta Judicial. Pág. 631:

“Dentro del ordenamiento procesal aparecen dos consecuencias generales:

1ª Que las Resoluciones ejecutoriadas, exceptuadas las sentencias, no vinculan al juez cuando quedan desligadas del conjunto totalitario del procedimiento, en cuanto los efectos de ellas mal pueden tender a la consecución del acto jurisdiccional que ha de constituir el fin del proceso, rompiendo, por lo tanto su unidad.

2ª Que sólo tienen efecto retroactivo las resoluciones que decretan la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, el juez no puede de oficio ni a petición de parte, revocar, modificar o alterar un acto ejecutoriado (salvo si se decreta la nulidad de la actuación) no a causa de que por su ejecutoria se convierta en ley del proceso, sino porque el procedimiento es una relación en movimiento integrada por una sucesión de actos encaminada a la obtención ya dicha de un acto jurisdiccional, el cual es, al mismo tiempo, se repite, fin del proceso y estructura de éste. Si fuese posible estar retrotrayendo la actuación se desvirtuaría el sistema preclusivo que configura entre nosotros el procedimiento civil. Por ejemplo, si el juez admite ilegalmente una tercería en un juicio ejecutivo o la acción real del tercer acreedor en un juicio de venta o la adjudicación de prenda y de los bienes hipotecados, esos actos no lo vinculan para el momento de dictar las correspondientes sentencias, porque al romper la unidad procesal quedaron aislados y por lo tanto, no pueden producir efecto en esa circunstancia. Si en un pleito el juez decretó el embargo de bienes y designó secuestre, esa providencia no lo vincula para dejar de convertir a éste en simple interventor si en el momento de practicar la correspondiente diligencia de secuestro observa que se trata de un establecimiento industrial o comercial, o viceversa. . .”.

Quede, pues, muy claro el pensamiento de que el juez puede enmendar sus errores aunque estén consignados en autos ejecutoriados; pero para ello necesita una oportunidad procesal adecuada como sería la sentencia u otra providencia que al rectificar la equivocación, deje sin efecto el auto errado, pero de ninguna manera puede oficiosamente revocar un auto que tiene el sello de la ejecutoria.

De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal de instancia no podía revocar el auto admisorio de la demanda, tal como lo hizo en la providencia apelada, porque si equivocadamente aquella se admitió, la oportunidad para enmendar el error está indudablemente en la sentencia cuando, al entrar a estudiar el problema debatido, debe hacerse primero y en forma oficiosa un análisis de los presupuestos procesales. Ese análisis como es obvio debe hacerse al estudiar la admisión de la demanda pero si ésta se admitió equivocadamente, es en el momento del fallo en donde se presenta la oportunidad procesal para declarar la falta de cualquiera de dichos presupuestos.

En razón de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, revoca el auto de 27 de junio de 1966, dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de que se ha hecho mérito.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 25 de julio de 1968.

Juan Hernández Sáenz, Hernando Gómez Mejía, Miguel Lleras Pizarro, Gustavo Salazar Tapiero.

Luis Jiménez Forero, Secretario.

ACTOS DE LA EMPRESA COLOMBIANA DE TURISMO

I. EMPRESA COLOMBIANA DE TURISMO.— Naturaleza jurídica.— Aunque esta Empresa se halle constituida como una sociedad anónima, no se trata sin embargo, de una de aquellas empresas típicamente comerciales, como las reguladas por el Código de Comercio. Puede pensarse que es una sociedad anónima sui generis por numerosos factores: origen legal, fiscalización de la Contraloría, patrimonio mayoritario del Estado, etc., e incluso podría afirmarse que es sociedad anónima sólo en su forma, pero que, en el fondo y de hecho, es una empresa de economía mixta de carácter público, adscrita a la administración. Bien sabido es, por lo demás, que las instituciones o fenómenos jurídicos son lo que corresponde a su esencia o naturaleza, independientemente del nombre con que se las designe.

II. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.— Para conocer de acciones de plena jurisdicción de carácter laboral. Lo que resulta decisivo para fijar la competencia en estos casos, es estudiar la naturaleza del establecimiento o empresa de que se trate y los objetivos del contrato mismo.

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

(Consejero ponente: Doctor Andrés Holguín).

El doctor Eduardo Castro Osorio, obrando como apoderado del señor Jorge Mutis Escobar, en demanda presentada el 29 de noviembre de 1967, solicitó al Consejo de Estado que declare la nulidad de los actos administrativos emanados de la "Empresa Colombiana de Turismo S. A." que constan en las comunicaciones números 2417, 3459 y 3896 de agosto 2, septiembre 19 y octubre 23 de 1967, "por medio de las cuales en su orden —dice— el Gerente de la entidad citada niega la solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de jubilación imputada por mi mandante, y en el mismo sentido se resuelven los recursos de reposición y subsidiario de apelación propuestos contra la primera de ellas", y —agrega el apoderado en el libelo— que, como consecuencia de esa nulidad, se restablezca a su mandante en su derecho en el sentido de que se le reconozca y ordene pagar una pensión de jubilación desde el 29 de agosto de 1966, en cuantía de \$ 3.656.25, pen-

sión que debe ser pagada —dice la demanda— por la misma Empresa Colombiana de Turismo S. A.

El Consejero sustanciador, doctor Nemesio Camacho Rodríguez, en providencia de fecha 16 de diciembre de 1967, no admitió la demanda, por considerar que el Consejo de Estado es incompetente para conocer de ella, y ordenó devolverla al interesado.

La parte demandante interpuso el recurso de súplica ante los restantes Consejeros de la Sección Segunda, para que se revoque el auto de 16 de diciembre y, en su lugar, se acepte la demanda y se ordene darle el curso de ley.

Sustanciado el recurso, la Sala de Decisión procede a resolverlo, con base en las siguientes

Consideraciones

En el auto recurrido, después de citar un concepto emitido por la Sala de Consulta del Consejo de Estado respecto de la Empresa Colombiana de Turismo S. A., concluye el Consejero sustanciador:

“No parece que las relaciones que existen entre la Empresa Colombiana de Turismo S. A., y sus empleados subalternos, sean de carácter público, sino más bien, de carácter privado y por consiguiente regidas por las normas ordinarias que regulan las relaciones de patrón a trabajador particulares”.

“En estas condiciones esta Sala Unitaria no acepta la anterior demanda por incompetencia del Consejo para conocer de ella y ordena que le sea devuelta al interesado”.

La Sala de Decisión no comparte los puntos de vista expuestos por el Consejero sustanciador, por las siguientes razones:

1. La “Empresa Colombiana de Turismo S. A.” es una persona de derecho público. Así lo expresó la propia Sala de Consulta del Consejo de Estado en el concepto citado en el auto recurrido, al decir que se trata de una sociedad de economía mixta de carácter público. Es claro que, en el desarrollo de su objeto social, puede adoptar y de hecho adopta procedimientos que pertenecen al derecho privado, pero ello es precisamente lo que ocurre con los establecimientos públicos y otras entidades similares que, siendo desmembración del Estado, y haciendo parte de la administración, adoptan tales prácticas para hacer más expedita o ágil su gestión.

2. Se trata, pues, sin lugar a duda, como lo definió la Sala de Consulta, de una empresa de “economía mixta”. Tal clase de empresas, en las cuales hay patrimonio del Estado y de los particulares, son bien de carácter público, bien de carácter privado.

Para determinar ese carácter, es necesario, en opinión de la Sala, tener en cuenta cuatro factores principales: en primer lugar, si es una empresa de creación legal; en segundo, si el aporte patrimonial mayoritario es estatal; tercero, si los fines que busca —aplicando así la teoría teleológica que sostienen numerosos tratadistas, franceses en especial— son fines estatales; y cuarto, si está sujeta a control fiscal del Estado.

En el caso concreto de la "Empresa Colombiana de Turismo S. A.", se trata de una empresa de economía mixta, de creación legal, con patrimonio abrumadoramente mayoritario aportado por el Estado; además, los fines que persigue no son aquellos que busca cualquiera de las empresas particulares de turismo sino que se confunden con el desarrollo de la economía nacional, mediante el estímulo del turismo tanto a escala nacional como internacional y está vigilada por la Contraloría General. Puede concluirse, por tanto, que es una empresa mixta de carácter público: al asignarle tal carácter —como lo hizo la Sala de Consulta, se repite— es obvio que sus actos deben estimarse como actos administrativos, sujetos al control de la justicia de lo contencioso administrativo.

3. Dice, en efecto, el artículo 20 del Decreto 528 de 1964 que la jurisdicción de lo contencioso administrativo "está instituida para definir los negocios originados en las decisiones que tome la administración, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, con excepción de los casos contemplados en los numerales 2º y 3º del artículo 73 de la Ley 167 de 1941". Emplea el texto una expresión muy amplia: operaciones, hechos, actividades; de manera que el juicio surgido con motivo de hechos, actividades o decisiones de la "Empresa Colombiana de Turismo S. A." —como en el presente negocio— es de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, debiendo entenderse, por lo demás, que dicha empresa hace parte de la administración, no sólo por las razones consignadas en los dos puntos anteriores y en especial porque está sometida a la vigilancia de la Contraloría General de la República, lo que sería inaceptable si se tratara de una empresa de carácter privado, sino también —como luego se verá— en virtud de lo dispuesto por el Decreto número 1050 de 1968.

4. Para la Sala es especialmente significativo el argumento formulado en cuarto lugar por el recurrente al observar que el demandante no está reclamando una prestación o indemnización que provenga de actos de carácter comercial cumplidos por la "Empresa Colombiana de Turismo S. A.", en razón de estar organizada como una sociedad anónima, sino que, por el contrario, ha solicitado que se declare la nulidad de tres actos administrativos, emanados de la citada Empresa, que no le reconocen el derecho a gozar de una pensión de jubilación como servidor público: en este aspecto, la cuestión planteada en la demanda, consiste, básicamente, en saber si es posible acumular el tiempo servido en la Empresa Colombiana de Turismo S. A. al tiempo servido en diversos cargos oficiales. Este punto es de la mayor importancia porque, aún en el supuesto de que se aceptara que la relación establecida entre la Empresa y el demandante es la originada en un contrato, por tratarse de una sociedad anónima, no por ello podría negarse la posibilidad de esa acumulación de tiempo servido. Es decir, no podría desconocerse, con miras al reconocimiento de la pensión, que el empleado de la "Empresa Colombiana de Turismo S. A." ha estado en una situación reglada, directa o indirectamente, por el derecho público, y no en una simple relación contractual, laboral, de derecho privado, como la de cualquier empleado de una sociedad anónima particular; esto es, se trata de un empleado oficial.

5. Hay un antecedente, en la jurisprudencia del propio Consejo de Estado, que merece citarse de manera especial. En fallo de 7 de marzo de 1963, el Consejo declaró nulo un oficio del Banco Popular y declaró que el señor Ernesto Ferro Páez tiene derecho a que dicho Banco le reconozca y pague una pensión mensual vitalicia liquidada sobre el promedio del sueldo devengado en el último año de servicios, pudiendo el Banco repetir contra las demás entidades obligadas, de conformidad con el tiempo trabajado.

Posteriormente, el Banco Popular S. A. (es decir, una entidad muy similar a la Empresa de Turismo S. A., por cuanto sus fondos son oficiales pero, en su funcionamiento, ha adoptado la forma de una sociedad anónima) pidió la revisión del citado fallo, alegando, entre otras cosas, que el Consejo de Estado carecía de competencia para pronunciarse sobre un acto del Banco, por ser éste una institución de derecho privado (lo mismo, pues, que ha sostenido en el presente caso la Empresa Colombiana de Turismo S. A.). El Consejo de Estado negó las súplicas de la demanda instaurada por el Banco, mediante sentencia dictada el 16 de mayo de 1964. Es interesante observar que, dentro del juicio revisorio, el Fiscal conceptuó que el Banco Popular S. A. es una entidad oficial: que sus trabajadores deben considerarse como empleados oficiales, con derecho a que se les compute el tiempo servido en otras entidades de derecho público; que el Consejo de Estado, por tanto, es competente para pronunciarse sobre los actos del Banco; y que, por todo ello, la demanda de revisión del Banco no debía prosperar.

Dice la sentencia de 16 de mayo de 1964 que la acción revisoria no procede por la causal de incompetencia de jurisdicción, por lo cual lo que debe estudiar la corporación es si hubo o no una fiel interpretación de la ley; y agrega:

“El fallo cuya revisión se ha pedido tiene un completo estudio sobre la creación, funcionamiento y reglamentación del Banco Popular, para llegar a la conclusión, que ratifica hoy la Sala de que el Banco Popular tuvo su origen en la ley; que su reglamentación y funcionamiento obedecen a pautas fijadas por normas legales; que su capital está constituido con dinero del Estado; y que si ciertamente existen algunos accionistas privados, en la Junta Directiva, sus miembros son mayoría oficial designada por el Presidente de la República”.

Agrega el fallo citado:

“Por manera que según el artículo 64 de la Constitución que para efectos de incompatibilidad de sueldos considera como empresas o instituciones públicas aquellas en que tenga parte principal el Estado, de acuerdo con los datos que acaban de transcribirse, es manifiesto el carácter de establecimiento público descentralizado que tiene el Banco Popular”.

Agrega también el fallo de 1964, que, por haber cumplido el señor Ferro los cincuenta años estando al servicio del Banco, a éste “le corresponde reconocerle y pagarle tal prestación (pensión de jubilación), pudiendo repetir por las cuotas correspondientes contra las otras entidades a las que hubiera servido...”.

Concluye afirmando la misma sentencia que la tesis que el Consejo acoge es "que el Banco Popular es un establecimiento público semi-oficial, descentralizado y que por lo tanto las relaciones de trabajo de sus servidores, son del mismo carácter, es decir, se trata de trabajadores oficiales cuyos servicios son acumulables a otros de su misma clase".

Todos estos argumentos, formulados en dos fallos sucesivos del Consejo de Estado, son precisamente aplicables al caso de la Empresa Colombiana de Turismo S. A.; por lo cual debe concluirse que el Consejo de Estado sí es competente para conocer de la demanda instaurada por el señor Jorge Mutis Escobar.

6. Debe observarse que el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945 dice que las relaciones de los empleados públicos con la administración no constituyen contrato de trabajo y se rigen por leyes especiales, a menos —agrega— "que se trate de la construcción o sostenimiento de obras públicas, o de empresas comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con ánimo de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

La única expresión que hipotéticamente podría ser aplicable, en tal disposición, a la "Empresa Colombiana de Turismo S. A." es la de "empresas comerciales" que se exploten con ánimo de lucro, pues es claro para la Sala que aquélla no es una empresa de construcción o sostenimiento de obras públicas —aunque en desarrollo de su objeto pueda construir y sostener algunas obras, vr. gr., hoteles— ni agrícola, ni ganadera.

Pero, piensa la Sala, la Empresa Colombiana de Turismo S. A. no es una típica o genuina empresa "comercial", porque lo que la caracteriza es que cumple, si no fines esenciales del Estado, sí fines que son propios de éste, como lo son el fomento y desarrollo de la economía nacional, en una rama que cada día cobra mayor impulso, independientemente del lucro que eventualmente pueda reportar; porque, en el supuesto de que arrojara pérdida, tal vez tendría que seguir funcionando, mediante un apoyo más decidido del Estado colombiano, dada la trascendencia que tiene el turismo dentro del país y a escala internacional; porque a diferencia de las empresas normales de tipo comercial, aquélla tiene su origen en una ley, concretamente en el Decreto-ley 272 de 1957, lo que resultaría inconcebible respecto de una empresa comercial privada; porque, como ya se indicó, es supervigilada por la Contraloría General de la República, punto de la mayor trascendencia, ya que esta entidad sólo vigila entidades públicas; porque sus estatutos deben ser aprobados por el Gobierno, el cual, además, ha intervenido de manera decisiva en la formación de su Junta Directiva, lo cual sería también exótico en una persona privada; porque el mismo Decreto 272 de 1957, en el cual tiene su origen, considera expresamente el turismo y el fomento de estas actividades como una necesidad de "interés general"; y, sobre todo, porque los programas que cumple, en desarrollo de sus objetivos fundamentales, los realiza con un criterio y una finalidad que no son nunca los de un "comerciante" sino

los de una institución, dotada de patrimonio mayoritario del Estado, que persigue altos propósitos relacionados con la economía nacional.

Tampoco puede calificarse la Empresa Colombiana de Turismo S. A. como empresa o instituto industrial (Art. 3º de la Ley 90 de 1946) por las mismas razones que acaban de señalarse, que impiden clasificarla como empresa comercial. Y tampoco es una institución idéntica a las de los particulares, pues basta pensar en su origen legal, en el control estatal, en los fines que acaban de indicarse. Los particulares pueden constituir empresas comerciales de turismo, pero no pueden establecer una como "La Empresa Colombiana de Turismo S. A.", cuyos objetivos y planes hacen parte de los del Estado y debe, por tanto, ser manejada con un criterio diferente.

7. Es cierto que la Empresa Colombiana de Turismo está constituida como una "sociedad anónima". Sin embargo, así ocurre con otras empresas de economía mixta de carácter público e incluso con establecimientos descentralizados que, no por el hecho de haber adoptado esa forma de constitución, han dejado de hacer parte de la administración, y sus actos siguen siendo actos administrativos acusables ante la justicia de lo contencioso.

Estima la Sala que, aunque la tantas veces mencionada Empresa se halle constituida como sociedad anónima, no se trata, sin embargo, de una de aquellas empresas típicamente comerciales, como las reguladas por el Código del Comercio. Puede pensarse que es una sociedad anónima sui generis —por los numerosos factores atrás relacionados: origen legal, fiscalización de la Contraloría, patrimonio mayoritario del Estado, etc.—, e incluso podría afirmarse que es sociedad anónima sólo en su forma, pero que, en el fondo y de hecho, es una empresa de economía mixta de carácter público, adscrita a la administración. Bien sabido es, por lo demás, que las instituciones o fenómenos jurídicos son lo que corresponde a su esencia o naturaleza, independientemente del nombre con que se las designe.

8. Es claro que, si se llegare a afirmar que la "Empresa Colombiana de Turismo S. A." es una compañía anónima privada (como ella lo sostiene), puramente comercial, movida exclusivamente por un ánimo de lucro igual al de los particulares; es decir, si no se viere diferencia alguna entre aquella Empresa y una cualquiera de las compañías privadas destinadas a fomentar el turismo y obtener ganancias con ello, en tal caso no podría considerarse la citada Empresa como "mixta de carácter público", ni sus actos podrían ser juzgados como actos administrativos, sujetos al control del Consejo. Pero si, como cree la Sala que debe hacerse, se asigna a esa institución una función vinculada con la economía nacional, se recuerdan su origen y su control estatales y se entiende que sus fines y objetivos rebasan los de los particulares, es forzoso llegar a una conclusión enteramente distinta.

9. Es cierto que el Decreto 528 de 1964 dice que la justicia de lo contencioso administrativo conoce de las controversias de plena jurisdicción de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controviertan actos del orden nacional (Art.

30), departamental, municipal, intendencial o comisarial (Art. 32), fijando la competencia del Consejo y los Tribunales según la cuantía del negocio y la persona de derecho público de la cual emane el acto.

Pero es claro que cuando esa norma hace la excepción de los asuntos que provengan de un **contrato de trabajo** (caso en el cual la acción debe intentarse ante la justicia laboral) se está refiriendo muy claramente a los auténticos o genuinos contratos de trabajo, esto es, a los regulados por el Código Laboral, o sea a aquellos celebrados entre un patrono particular y un asalariado, o incluso por una empresa de economía mixta de carácter privado con sus asalariados.

Es muy importante, por consiguiente, atender a la naturaleza del contrato que origina la acción. En general, la administración no celebra contratos con sus funcionarios; éstos quedan en una situación legal o estatutaria. Pero incluso en el caso de que un Ministerio o un establecimiento público celebre un contrato de prestación de servicios con uno de sus empleados, ello no le resta al vínculo su carácter de relación de derecho público.

En auto de 22 de noviembre de 1967, en la demanda promovida por el doctor Luis Alfonso Romero Rey, relacionada con el SENA, con ponencia de Consejero doctor Belisario Arciniegas, dijo la Sala, después de citar el artículo 1º del Decreto 1732 de 1960: "Tomando en consideración esta disposición, hay que concluir que los empleados de los establecimientos públicos, ya estén frente a la administración en una situación estatutaria o bien vinculados a ella por un contrato de trabajo, son lógicamente de la rama ejecutiva del poder público".

De esta manera, lo que resulta decisivo —para fijar la competencia— es estudiar, en cada caso, la naturaleza del establecimiento o empresa de que se trate y los objetivos del contrato mismo.

En un caso estudiado recientemente por esta misma Sala (demanda del doctor José Joaquín Bernal Arévalo relacionada con la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, con ponencia del Consejero que ahora sustancia este recurso) se dijo:

"El problema jurídico aquí planteado consiste en saber si los empleados de la Empresa Eléctrica de Bogotá tienen derecho a que sus pensiones sean reajustadas de acuerdo con las normas de la Ley 4ª de 1966 o si, por el contrario, están sólo amparadas por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo" "y demás normas que las reglamentan, modifican o adicionan, todas ellas de carácter privado".

"De una manera más amplia, la cuestión planteada se refiere al "status" de los empleados de dicha Empresa, con miras a determinar si se trata de trabajadores oficiales o privados y, consiguientemente, si su situación jurídica se rige por las normas propias de los servidores públicos o por las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas concernientes a los trabajadores del sector privado. Pero, como es claro que el carácter que se asigne a tales empleados, depende esencialmente de la naturaleza de la Empresa en la cual prestan sus servicios, es indis-